**PEDRO GERMANO DOS ANJOS**

# **CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO:** Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

**Salvador – BA**

**2010**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**PEDRO GERMANO DOS ANJOS**

**CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO:** Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pelo(s) seguinte(s) examinador(es):

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, Estado da Bahia, ____ de _____ de 2010.

A meus pais,
pela educação e ternura constantes.

À Irene,
pela abnegação e dedicação incontidas.

## AGRADECIMENTOS

Toda construção de um pensamento é necessariamente dialógica, pelo que, embora interminável a busca por respostas, é sempre iniciada por pontos de partida conhecidos e terminada em pontos desconhecidos. Nesse passo é que as produções acadêmicas não podem ser individuais no sentido material, cabendo a colaboração de diversos autores e professores, todos a influenciarem as perguntas a serem feitas na pesquisa.

Nessa ordem de idéias, cabe agradecer àqueles que direta ou indiretamente colaboraram, seja no conteúdo do diálogo, seja na preparação psíquica e ambiental do pesquisador. Agradeço a Deus, o grande propiciador de todos os diálogos, por tudo que nos proporciona, na presença invisível porém marcante de Pai misericordioso, a sustentar e dirigir o nosso pensamento ao Infinito Amor que provém Dele. Agradeço à minha amada família, José Augusto, Luiza Helena, Lucas e André, intensos estimuladores do estudo e da fraternidade na minha vida através da convivência diária.

À amada Chris, cuja dedicação me conquista a cada dia, propiciando a paz de que necessito para agir em todas as dimensões da vida, o equilíbrio nas horas difíceis e o envolvimento intenso e terno a todo momento, elementos identificadores do Amor eterno.

Aos queridos João Virgílio, Elizabete, Junior e Polliana, pela atenção e carinho investidos, pelo acolhimento no seio familiar de que sou beneficiário feliz.

Ao meu orientador, Professor Doutor Saulo Casali Bahia, por me apontar o rumo no diálogo do direito constitucional. Aos Professores Harrison Ferreira Leite, Manoel Jorge e Silva Neto, Fredie Didier, Rodolfo Pamplona e Roxana Borges, pelo estímulo e exemplos de verdadeira dedicação acadêmico-científica.

Aos colegas Eduardo Monteiro, Edval Borges Segundo e Lucas Rêgo, pela companhia nesse caminho esclarecedor do Mestrado e pelas discussões sempre estimulantes à produção de ideias e revisões de pontos de partida.

A todos, o meu *muito obrigado*.

## RESUMO

A pesquisa tem por objeto o controle jurisdicional da execução orçamentária, no que pretende investigar a sua possibilidade e forma, baseando-se na configuração da norma constitucional orçamentária e na necessidade do diálogo constitucional entre os Poderes Públicos para a efetivação dos direitos constitucionais a prestações fáticas. Trata-se de discutir a responsabilidade cedida ao administrador para a gestão da *res publica* e sua participação através do Orçamento Público a fim de promover políticas públicas, particularmente no âmbito da discricionariedade administrativa. Igualmente, deve-se ter em conta a busca de uma alternativa jurisdicional e constitucionalmente possível ao controle efetivo do Poder Executivo, além do aspecto da legalidade formal. Para tanto, é caracterizada a norma constitucional orçamentária como norma de caráter duplo (princípio e regra), o que gera efeitos na sua aplicação mediante regras de precedência condicionada a par das razões definitivas institucionalizadas nas Leis de Orçamento Público. Além disso, conseqüências residem na sua aplicação como um processo hermenêutico instrumental da efetivação de necessidades públicas identificadas na Constituição Brasileira de 1988. A solução proposta reside na possibilidade constitucional, teórica e pragmática, de um controle jurisdicional de legalidade orçamentária, subsidiário e relativo às *dotações de força constitucional*, conceito desenvolvido nesse trabalho. Uma vez instituída uma regra de precedência entre as necessidades públicas e assumida a natureza instrumental do Orçamento Público, o Poder Judiciário não pode se furtar ao diálogo com os demais Poderes, protegendo o Orçamento ou superando-o em casos excepcionais, através da tutela objetiva dos direitos sociais (necessidades básicas) face os deveres públicos estatais.



**Palavras-chave**: Direito Constitucional, Orçamento Público, Regras e Princípios, Controle Jurisdicional, Direitos Fundamentais Sociais.

**ABSTRACT**

The research aims the jurisdictional control of budget execution, which seeks to investigate its ability and form, based on the configuration of the constitutional budget norm and the need for dialogue between the constitutional public powers for the realization of constitutional rights to factual benefits. This is to discuss the responsibility transferred to the administrator for the management of *res publica* and its participation through budget law, aim to promote public policies, particularly in the context of administrative discretion. By the other hand, should consider the search for an alternative accountability of executive by judicial power, in a constitutional possibility for the effective control of the executive power, beyond the aspect of formal legality. Therefore, it is characterized the budget as a constitutional norm of a double aspect (principle and rule), which effects its implementation by conditional precedence rules in light of definitive reasons institutionalized in the Laws of the Public Budget. Furthermore, consequences lie in its application as a hermeneutic process of instrumental enforcement of public needs, identified in the 1998 Constitution of Brazil. The proposed solution is the constitutional possibility, theoretical and pragmatic, a judicial control of legality of the budget, subsidiary and related on the *constitutional appropriations*, concept developed in this paper. Once established a rule of precedence between public needs and taken the instrumental nature of the public budget, the Judiciary cannot refuse to dialogue with other powers, protecting the budget or overcome it in exceptional cases, through the objective custody of social rights (basic needs) always when needs are deprecated by constitutional or unconstitutional.

**Keywords:** Constitutional Law, Public Budget, Rules and Principles, Jurisdictional Control, Fundamental Social Rights.

**SUMÁRIO**


**INTRODUÇÃO** 10

**I – O ORÇAMENTO E A ATUAÇÃO EXECUTIVA** 23

**1. ORÇAMENTO PÚBLICO: PANORAMA HISTÓRICO** 23

2. **A NORMA CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA** 31

2.1. NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS 31

**2.1.1. Enunciado normativo e norma** 32

**2.1.2. Diferenciação entre Regras e Princípios** 39

2.1.2.1. Distinções iniciais 39

2.1.2.2. Dependência aos aspectos fáticos 47

2.1.2.3. Superação, adscrição e exceção nas regras 51

2.1.2.4. Sobrejacência 52

2.2. PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO: REGRA OU PRINCÍPIO? 55

**2.2.1. Norma orçamentária como princípio** 56

**2.2.2. Norma orçamentária como regra** 62

**3. O CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO DO ORÇAMENTO PÚBLICO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** 65

3.1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONAIS 67

**3.1.1. Orçamento de capital e leis de programa no Brasil** 72

3.2. O SISTEMA DAS FINANÇAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 76

**3.2.1. Princípios sobrejacentes ao planejamento orçamentário** 77

3.2.1.1. Princípios democrático e republicano 77

*3.2.1.1.1. Orçamento, Estado democrático e os sistemas de governo* 89

*3.2.1.1.2. Natureza das escolhas orçamentárias sob o princípio democrático* 95

3.2.1.2. Princípio da Eficiência Administrativa 99

*3.2.1.2.1. Orçamento-Programa* 104
3.2.1.3. Princípio da Publicidade Administrativa 106
**3.2.2. Princípios e Regras subjacentes ao planejamento orçamentário** 109
3.2.2.1. Subprincípios orçamentários 110
3.2.2.2. Regras orçamentárias 114
**4. CARÁTER TELEOLÓGICO DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO** 118
4.1. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ORÇAMENTO: A BASE TELEOLÓGICA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO 118
**4.1.1. Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer** 120
4.1.1.2. A ontologia da compreensão 120
4.1.1.3. Fusão de horizontes 121
4.1.1.4. As variáveis da compreensão 124
**4.1.2. Natureza hermenêutica do processo das escolhas orçamentárias** 126

**II – CONTROLE JURISDICIONAL ORÇAMENTÁRIO: O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NECESSÁRIO**

**5. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE DESPESA PÚBLICA** 133
5.1. TIPOS DE CONTROLE DO ORÇAMENTO: CONCLAMAÇÃO A UM NOVO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA 133
**5.1.1. Controle dos gastos públicos: perspectiva atual** 133
**5.1.2. Controle de legalidade e de legitimidade** 135
**5.1.3. Controle institucional interno e externo** 131
5.2. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE OS TRÊS PODERES: CONTROLE JUDICIAL E OS CUSTOS DOS DIREITOS 140
**5.2.1. A 'Vontade de Constituição' e a eficácia das normas constitucionais** 147
**5.2.2. Limitações fáticas de relevo** 152
5.3. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E AS NECESSIDADES PÚBLICAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS PRÉ-DETERMINADAS 157

**5.3.1. O que deve ser priorizado no âmbito teleológico do Orçamento: a classificação das Necessidades Públicas** 160
**5.3.2. Necessidades Públicas como pretensões objetivas de Direitos Fundamentais** 165
5.3.2.1. Situações e relações jurídicas 165
5.3.2.2. Direitos Fundamentais e Necessidades Públicas 170
5.3.2.3. Pretensões e posições dos Direitos Fundamentais 173
**5.3.3 Classificação das Necessidades Públicas: uma ordem de precedência conforme a natureza basilar dos direitos em sua feição objetiva** 178
5.3.3.1. Necessidades Públicas *stricto sensu* 180
5.3.3.2. Necessidades Públicas *stricto sensu* emergenciais 185
5.3.3.3. Necessidades de utilidade média 186
5.3.3.4 Necessidades Públicas de possibilidade regrada 187
**5.3.4. Orçamento como conjunto de razões definitivas às razões *prima facie* das Necessidades Públicas** 189
5.4. A DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA 192
**5.4.1. As circunstâncias fáticas como restrições à liberdade do administrador: discricionariedade em graus** 195
**5.4.2. Graus da discricionariedade orçamentária** 201
**6. FUNÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO: FUNDAMENTOS ÚLTIMOS E PRAGMÁTICA** 206
6.1. NATUREZA HERMENÊUTICA DA JURISDIÇÃO 208
**6.1.1. Jurisdição Hermenêutica e Orçamento** 212
**6.1.2. Novas Opções Constitucionais e a Jurisdição** 214
6.2. O DIÁLOGO CONVERGENTE À PARTICIPAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO 217
6.3. TIPOS DE CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO 229
**6.3.1. Via do controle judicial *em prol* do orçamento** 230
**6.3.2. Via do controle judicial *contra* o orçamento** 232

**CONSIDERAÇÕES FINAIS** 238
**REFERÊNCIAS** 241

## INTRODUÇÃO

A razão de existência do Estado de Direito é a satisfação das necessidades sociais, traduzindo-se na máxima estabilidade das instituições, na satisfação das necessidades públicas e na ordenação das condutas dos seus membros. [1]

No que concerne à satisfação das necessidades públicas, o Estado por seus representantes deve colocar-se em movimento através do processo legislativo orçamentário, produto da discussão entre o Executivo e o Legislativo a fim de se prever as receitas e fixar as despesas para determinado período, ou seja, manifestação sobre o patrimônio público e seus fins mais prioritários.

Confrontando a realidade brasileira atual, um dos fatos mais recorrentes se constitui na disparidade entre os planos de governo, leis orçamentárias e execução das despesas públicas.

Ao ser instado, o Poder Judiciário, ainda vacilante, toma posições opostas: de um lado deixa se reconduzir a falácias sobre discricionariedade, dispositivos "meramente programáticos", leis "meramente formais" e "separação rija dos Poderes", frustrando o seu próprio papel de defensor do ordenamento jurídico e suas garantias (*autocontendo-se*).

De outro, perfaz intervenção no campo orçamentário de maneira totalmente atécnica e subtraída de qualquer análise econômico-orçamentária[2], com a justificativa *cega* de que a Constituição gera direitos inquestionáveis e absolutos, aproximando-se cada vez mais do denominado *ativismo judicial,* vindo a confundir o intérprete do Direito e a causar sérios, porém silenciosos, danos à coletividade, por efeito da realocação desordenada de recursos públicos. Trata-se de um desequilíbrio que gera insegurança e injustiça, o qual deve ser superado.[3]

O tema revela-se bastante controverso, tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência pátria e estrangeira, e engloba a discussão da responsabilidade cedida ao administrador para a gestão da *res publica*, a efetiva liberdade do mesmo e a busca de uma alternativa jurisdicional e constitucionalmente possível de controle efetivo do Poder Executivo, afora o simples aspecto de legalidade.

---

[1] A respeito, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo 1. 6° Ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 11.

[2] Análise que trazem HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

[3] Esse binômio *autocontenção judicial e ativismo* é bem caracterizado por BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 06-09.

De outro modo, é de se refletir sobre a contemporânea teoria dos princípios[4] e direitos fundamentais, fruto da concepção hermenêutico-filosófica de Hans-Georg Gadamer. Questiona-se uma possível relativização dos direitos face às escolhas orçamentárias prévias (ponderação com o princípio democrático), em sendo essas atinentes a interesses coletivos, também fundamentais da sociedade humana.

Sobre a questão do controle do orçamento, a literatura jurídica se manifesta em apenas dois sentidos: o primeiro diz respeito ao procedimento legislativo e à natureza da Lei Orçamentária; o segundo, ao sentido da possibilidade de intervenção judicial em se tratando de direitos humanos e prestações de fazer do Estado dirigidas a indivíduos que pleiteiem em processo judicial.

Acerca do procedimento legislativo e natureza do Orçamento, a doutrina majoritária apregoa a natureza apenas formal dessa lei, ou seja, como *ato-condição* que o Parlamento concede ao Executivo a fim de que esse possa usar legitimamente o dinheiro público. Seu maior expoente é o francês Léon Duguit e, entre os brasileiros, Dejalma de Campos e James Giacomoni.

Já Alfredo Augusto Becker e Francisco Alves dos Santos aludem à possibilidade do Orçamento ser encarado como lei material, ou seja, documento modificável somente por outra lei, que assim se torne padrão de legalidade, o que possibilita um controle judicial.

Em relação à possibilidade de intervenção judicial, a natureza da medida vem sendo discutida pela doutrina apenas no âmbito do direito individual, como Ana Paula de Barcellos[5] e Flávio Galdino.[6] Já no âmbito jurisprudencial, a ADPF nº. 45 incita à defesa judicial de necessidades públicas constitucionais, porém não traça delimitações a respeito.

Ainda no ínterim da possibilidade do controle, fala-se, com Regina Helena Costa e Gustavo Amaral, sobre a existência de um "mínimo vital" a ser resguardado. Mas se discute a sua fonte jurídica e se a norma que o legitimaria seria *programática*, o que impede a sua exigibilidade.

Ambas as correntes sobre a possibilidade de intervenção, porém, estão sob o paradigma da Constituição suprema e dirigente, contrapondo-se à doutrina da *reserva do possível* (colisão apenas aparente). Esse o principal argumento para a não intervenção no Orçamento, porque o direito deve se submeter à capacidade econômica do Estado (teoria dos custos dos direitos).

Demonstra-se, assim, que a discussão sobre o problema proposto não é completa, pois por um lado acentua-se o caráter jurídico, no que afastado da economia e ciência política (e *cumpra-se a decisão a qualquer custo*) e por outro se infere que o caráter político-econômico do Orçamento subjuga os

---

[4] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[5] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007.

[6] GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

direitos constitucionais, mesmo em esfera coletiva, a dependerem esses exclusivamente do alvitre do administrador (e *abstenha-se o judiciário de interferir*).

De qualquer modo, com vistas à releitura do panorama acima traçado, tem-se como referenciais teóricos acerca da possibilidade do controle jurisdicional dos atos de execução do orçamento, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e de Ronald Dworkin,[7] do controle jurisdicional de Celso Antônio Bandeira de Mello[8], da ótica de Karl Engisch[9] acerca do poder discricionário dos juízes e administradores e da perspectiva de Gustavo Amaral sobre as escolhas trágicas na alocação de recursos.

Há cizânias na doutrina e jurisprudência que necessitam ser superadas, sobre a natureza material das leis orçamentárias e o controle de legalidade *amplo* dos atos discricionários transcendente ao aspecto formal, discutindo-se o controle judicial de razoabilidade (que decorreria de princípios *constitucionais*).[10]

Preconiza-se, inclusive, nova visão à tripartição das funções estatais e o equilíbrio entre as mesmas, correlacionando-as às teorias da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse,[11] e da Teoria dos Princípios, de Humberto Ávila,[12] no âmbito constitucional.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais e a própria posição jurídica dos "direitos a algo", será utilizada a doutrina de Robert Alexy, especialmente no que se refere à inclusão do interesse coletivo como direito fundamental e na linha da argumentação jurídica (constitucionalismo discursivo).[13]

A análise sobre a correlação entre Estado de Direito e efetividade dos Direitos Fundamentais faz-se necessária, já que as normas constitucionais a respeito possuem destinatário específico, sendo problema árduo do pensamento jurídico contemporâneo a transcendência dos direitos fundamentais para além da sua simples exortação em documentos jurídicos, principalmente o problema da eficácia das normas programáticas.

O dever de atuação do Poder Público no âmbito dos direitos fundamentais pode ser identificado como tendência do Estado de Direito pós-liberal, pela mudança da função de *garantir*

---

[7] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, passim.
[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, passim.
[9] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
[10] HORVATH, Estevão. *Princípio do não-confisco no Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 53-66; MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3ª Ed. vol. 1. Salvador: Podivm, 2007, p. 223/224.
[11] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
[12] ÁVILA, Humberto. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. In: Revista de Direito Administrativo, nº. 217, jul-set. São Paulo: Renovar, 1999.
[13] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

para a de *promover*. [14] Nesse sentido é a *racionalização do poder* preconizada por Boris Mirkine-Guetzèvitch, ocorrida a partir do pós Primeira Guerra.[15]

A análise, porém, diz respeito à união ideal entre a Constituição e o Orçamento Público, à realidade constitucional e a realidade extra constitucional, no bojo da *atividade financeira* exercida pelo Estado, nos precisos moldes explicados por Aliomar Baleeiro.[16]

No entanto, no que se refere à escolha das "necessidades-alvo" do Estado em certo período, observa-se que apenas o Poder Executivo é incumbido formalmente de realizá-la. Essa natureza política é aventada por José Souto Maior Borges[17] e o mesmo Aliomar Baleeiro.[18]

Assim, de um lado a Constituição Federal prescreve obrigações de fazer ao Estado, como obrigações mínimas a cumprir, voltadas ao atendimento das necessidades públicas; de outro, o administrador deve proceder à realização de um planejamento orçamentário, a fim de satisfazer necessidades da população governada, especificamente (art. 165, C.F./88).

Em ambos os sentidos, pois, a decisão de escolha das necessidades está contida no âmbito político, mas em duas dimensões diferentes, embora complementares. Por um lado, a Assembléia Geral Constituinte e o Poder Constituinte derivado já procedem a uma escolha geral, chegando a necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, em qualquer período da história.

Como exemplo máximo das escolhas já delineadas constitucionalmente, o artigo 6º da Constituição. Mas ele não é o único, até porque provido de grande abstração, em simples enunciação de direitos. A Constituição Federal de 1988 faz menção a deveres explícitos do Estado brasileiro referentes a certas áreas e abrangentes de todas as esferas político-administrativas, como se vê nos artigos 196 (Saúde), 205 (Educação), 215 (Cultura), 217 (Desporto), 225 (Meio Ambiente), 226 (Família) e 227-230 (direitos da Criança e Adolescente e do Idoso).

Inclusive, há regras que os especificam, para não restar no plano da mera enunciação dos deveres estatais. Regras de cunho orçamentário são as provenientes dos artigos 198, §2º, e 212 as quais preconizam, respectivamente, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, exceções constitucionais à regra da não vinculatividade da receita de impostos (art. 167, IV, CF).

Além da escolha constitucional que, como se vê, não é meramente programática mas normativa, concede-se competência ao *planejamento orçamentário 'específico'* ao Chefe do Poder Executivo, com a iniciativa e o veto, e ao órgão Legislativo, participando através da deliberação e

---

[14] BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri – SP: Manole, 2007, p. 13.
[15] MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, passim.
[16] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 04.
[17] BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 13/14.
[18] BALEEIRO, *Op. Cit.*, p. 78.

aprovação de leis orçamentárias. Nesse diapasão, constitui-se a feitura da lei do orçamento um processo complexo, determinado constitucionalmente como democrático.

A necessidade de um planejamento das contas públicas é processo contínuo ao longo da história humana, fenômeno que acompanha a ampliação do seu possível objeto: a satisfação das necessidades públicas, determinadas nas Constituições como direitos e interesses coletivos, a serem cumpridos ou protegidos pelo Estado, o ente competente por excelência.

A evolução dos direitos e a ampliação do objeto orçamentário se dão através dos movimentos constitucionalistas, os quais também merecem abordagem no trabalho. Na Revolução paradigmática de 1789, reconheceu-se Direitos do Homem e do Cidadão do ponto de vista liberal, ou seja, enfatizou-se as liberdades públicas dos indivíduos em face do Estado.[19]

O lema da Revolução Francesa em verdade serviu de esteio à configuração do Estado não interventor nos negócios individuais, sendo peculiar a sua *passividade* no tocante ao quadro de desigualdades sociais que pululavam na sociedade liberal, sem espaço político para a tentativa de se reduzi-las.[20]

Por outro lado, o movimento iniciado em resposta ao liberalismo econômico que inflamou tal absenteísmo estatal trouxe a preocupação social à tona, no sentido de destinar ao Estado o dever de zelar pela vida de seus cidadãos, passando a intervir na Economia quando necessário (mesmo que tal preocupação possa ter advindo de um receio ante a expansão do socialismo, pela ameaça social figurada pelos embates soviéticos, como aponta Mirkine-Guetzévitch).[21]

Como tais movimentos sociais destacam-se sobremaneira a Revolução Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, contribuintes ao fenômeno do *Constitucionalismo Social*, "com a nota peculiar de modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico para consecução de sociedade menos desigual [...]."[22]

Observe-se que historicamente os "constitucionalismos" foram respostas a situações de opressão aos seres humanos, primeiramente contra os excessos do Estado absolutista (no que dificultavam os interesses burgueses), e secundariamente contra o Estado absenteísta, diretamente responsável pela ampliação do fosso de desigualdade social.

Demais disso, a partir da discussão entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse pode ser analisada a interação entre realidade constitucional e extra constitucional, no ideal de correspondência entre normas constitucionais e fatores reais de poder, com o fito de não se ter o mero reconhecimento fátuo de direitos – a mera *folha de papel* – na tentativa constante de

[19] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158.
[20] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45-46.
[21] MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 81-82.
[22] NETO, *Op. Cit.*, p. 47.

construção objetiva da efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente (correspondência aos *fatores reais do poder* e *força normativa da Constituição*).

As teorias de Lassale e Hesse se tocam neste sentido: preconizam a correspondência entre o que se apregoa na Constituição e o que se cumpre das normas constitucionais, ou mesmo o que se determina como vinculante a partir das normas constitucionais.

Pode-se aduzir que Lassale esteve diante do confronto formal x material, na busca de um critério sob o qual se poderia diferenciar uma mera folha de papel que contém a assinatura do rei e do seu povo proclamada como Constituição de um documento jurídico efetivo, oriundo da "fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucionais".[23]

Constituição no sentido lassaleano seria a força ativa que, através da exigência da necessidade de fundamento, conformasse as demais leis e instituições a seu modo específico.[24]

Em face de todos os *fatores reais de poder* que se beneficiam à custa da população (monarquia, aristocracia, industriais e banqueiros), Ferdinand Lassale contrapõe a consciência social do país e a cultura coletiva (elementos metafísicos, diferentemente dos anteriores), a pequena burguesia e a classe operária (ou seja, o povo).[25]

Interessante notar que esses últimos fatores constituem certa antítese contra os demais porque representariam uma força contra a união do monarca, da aristocracia, da grande burguesia e dos banqueiros em dominar o povo.

Os fatos, segundo o autor francês, demonstram a possibilidade de que esses últimos fatores reais tentem privar a pequena burguesia e a classe operária das liberdades políticas. No entanto, a privação da liberdade individual ou a implantação de uma lei contrária ao princípio da personalidade da pena, por exemplo, causariam revolta tal que seja capaz de pressionar os Poderes do Estado e acabar com tais pretensões. Perceba-se o discurso sociológico semelhante ao marxismo, na contraposição "classe dominante" (fatores "dominantes", como o rei, a grande burguesia, a nobreza, os banqueiros) e "classe dominada" (classe operária, pequena burguesia).[26]

De qualquer modo, a conceituação de Lassale segundo a qual a Constituição de qualquer país é a "soma dos fatores reais do poder que regem uma nação"[27] é premissa para se afirmar que após a positivação os fatores reais tornam-se *direito*, ou seja, seus interesses são erigidos como instituições jurídicas e, assim, os fatores reais podem se utilizar do direito repressivo para punir condutas que atentem contra suas intenções. Chama a atenção, no entanto, que há declarações

---

[23] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª Ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio do Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 06-07.
[24] Idem, p. 10.
[25] Idem, p. 14-16.
[26] Idem, p. 17.
[27] Idem, ibidem.

encobertas, com o intuito de não aclarar a verdadeira intenção dos dispositivos, os quais apenas servem às instituições jurídicas, i.e., os fatores reais do poder escritos.[28]

O discurso de Ferdinand Lassale de certo modo enfatiza o uso em que o direito pode servir à reprodução de um sistema econômico e político a ele subjugado, o que pode ser explicado pela sua ativa militância com Karl Marx.[29]

De outro lado, diz Konrad Hesse que Lassale subordina a capacidade regulatória de uma Constituição à sua compatibilidade com o conjunto dos fatores reais do poder, sob pena de ser mero pedaço de papel. Na falta da compatibilidade, o conflito é inevitável e a Constituição escrita infalivelmente sucumbe diante dos fatores dominantes no país. Resume a concepção de Lassale:

> As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país.[30]

Mas Hesse sustenta que há uma tensão necessária e imanente entre norma e realidade. Pela concepção de Lassale a constituição escrita sucumbiria necessariamente, já que os fatores de poder se sobrepõem ao quanto escrito, muitas vezes obstando ações constitucionais a fim de se proteger interesses de classe.

Assim entendido, o Direito Constitucional não teria qualquer objetivo nobre, restaria adstrito a *justificar* – função indigna de qualquer ciência – as relações de poder dominantes em uma sociedade.

Se a Constituição jurídica dever expressar a relação de poder, opera-se a negação da Ciência do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado. Por outro lado, se se admite a possibilidade de ocorrer o movimento inverso – a Constituição determinar as relações da vida para as quais for cabível – a doutrina de Lassale perde seu fundamento, já que a Constituição jurídica, mesmo a despeito da realidade fática não se constituiria *mera folha de papel*, mas instrumento jurídico a fim de se ordenar e motivar a vida do Estado.[31]

O ponto de partida de Konrad Hesse é a existência da relação de condicionamento recíproco entre norma e relações da vida. Tais fenômenos só podem ser estudados em um mesmo contexto. Aqui Hesse introduz a existência das circunstâncias fáticas de aplicação, as quais não seriam suficientes para retirar a pretensão de aplicação do texto constitucional, embora capazes de diminuí-la.

---

[28] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª Ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio do Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 18.
[29] Prefácio em LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição.* 6ª Ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio do Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XI a XIV.
[30] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 09.
[31] Idem, p. 12.

> Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.[32]

Assim, a Constituição deve refletir não fatores reais do poder, mas leis sociais, culturais, políticas e econômicas imperantes, de onde extrairá a possibilidade da própria aplicação. "A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se." Resume o próprio Konrad Hesse:

> [...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.[33]

A Constituição teria força ativa por si própria sempre que os seus mecanismos de ação fossem realizados, sempre que existir a disposição institucional ou pessoal de se conformar a ela. Enfim, a Constituição passa a ser força ativa se se fizerem presentes na consciência geral – notadamente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas a "vontade de Constituição".[34]

Konrad Hesse assim, embora possua uma tônica diversa porque reitera a força modificadora da realidade a partir da Constituição, subordina a sua aplicabilidade à *vontade de Constituição,*[35] aproximando-se de Lassale quanto à afirmação de que a Constituição escrita sucumbe quando não signifique a vontade dos seus aplicadores.

Mas a descrição de Lassale não deve justificar o estado de coisas. A força modificadora deve ser enfatizada e Hesse chegou a um ponto essencial: a questão da vontade em se aplicar, mesmo contrariamente aos fatores de poder, o texto constitucional, encontrando-se uma normatividade modificadora de todas as vontades, inclusive da política dominante oligárquica.

Ora, enquanto não houver uma vontade em cumprir os *direitos sociais*, fica-se apenas com a mera *folha de papel* que os proclama, exatamente o teor da crítica feita por Lassale: não havendo uma correspondência entre papel e fatores de poder não há normatividade.

O caso brasileiro é exatamente esse. A virada hermenêutica em sede constitucional se dá justamente em razão de uma atuação mais incisiva dos aplicadores da constituição, em prol de uma interpretação dos textos em que se confere maior liberdade e mais proteção. O que pode ser evidenciado do embate entre ambos os autores é que maior ou menor normatividade depende menos do texto constitucional e mais da própria vontade do aplicador, o qual resta no ínterim de uma tensão entre norma social e realidade política.

---

[32] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 15.
[33] Idem, p. 19.
[34] Idem, p. 20.
[35] Idem, ibidem.

Contra a concepção da Constituição como justificação dos interesses dos fatores reais de poder, pesa que, na medida em que todos os institutos, notadamente os constitucionais, estão sujeitos a uma revisão através da ponderação racional, as intenções menos nobres e irrazoáveis podem ser descobertas e eliminadas pelos juristas.

Nesse caso, o que restaria ao Presidente, ao Parlamento, à Aristocracia e à grande burguesia seria apenas a tentativa de obstaculizar o procedimento de intervenção jurídica, o que reiteradamente algumas classes fazem ao sobrestar processos de inquérito, ações civis públicas, ações de improbidade, CPIs e ADIs, por exemplo, ou mesmo ao tentar alterar as próprias fontes normativas.

De todo modo, uma das formas de se impingir uma interpretação voltada à proteção dos direitos humanos, principalmente após períodos de Guerra ou unipartidarismo opressor, com a intenção de se criar meios possíveis à realização da vontade constitucional, ou seja, na busca de efetividade dos direitos fundamentais, dá-se pelo reconhecimento constitucional de valores e opções políticas, os quais influenciaram as Assembléias Constituintes a elencarem por si mesmas as necessidades básicas as quais todo ente federativo, em cada Estado, deve perseguir.

Muitas disposições da Constituição Federal de 1988 estipulam desde *deveres do Estado* e prioridades políticas, até vinculações de receitas e limites objetivos à execução orçamentária (como o art. 34, VII, *e*). Em vista disso, é possível identificar as dotações orçamentárias que devem ser incluídas necessariamente nos orçamentos. Há uma *força constitucional,* cuja consequência é impingir um dever como prioridade orçamentária em todas as esferas de poder.

No caso dos direitos prestacionais, no entanto, já que derivam de necessidades públicas por serem "sociais e econômicos" e estão na dimensão dos interesses da coletividade, o instrumento de efetividade deve ser diferente, por serem *positivos*. Não por acaso Robert Alexy os chama de *direitos a ações positivas fáticas e normativas.*[36]

Nesse sentido é que a *praxis* jurídica necessita da formulação de um controle efetivo aos direitos prestacionais no âmbito coletivo, que necessariamente se coadune à prática orçamentária, como um *check and balance* imprescindível ao equilíbrio entre as Funções Constitucionais, com o uso precípuo da ponderação, já que as necessidades podem ser relativizadas no caso concreto.

Porém, a identificação da possibilidade do controle jurisdicional é incompleta (e até arbitrária) se não se apregoar uma finalidade social específica. Desse modo, e face a ingerência entre as funções, a atuação mediadora da aplicação da Lei Fundamental pelo Judiciário contra a inércia do Poder Executivo deve ser pensada no sentido de garantir as possibilidades mínimas de sobrevivência ao indivíduo, com vistas inclusive à constituição da cidadania, *porém apenas na dimensão coletiva.*

---

[36] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 201-203.

A garantia do mínimo vital e das liberdades públicas constituiria, pois, o Estatuto Mínimo do Cidadão, sem o qual não há cidadania legítima ou liberdade fática, nem exercício pelo povo do poder reconhecido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição.[37]

Importante salientar, de todo modo, que as teses científicas devem atinar-se a interesses políticos e sociais, sendo úteis de alguma forma à coletividade.[38] Essa circunstância não deve passar despercebida pela pesquisa, até porque tem como justificativa o reconhecimento fático de atuações inidôneas da Administração Pública no que concerne à aplicação de dotações orçamentárias, com consequências graves para a violação de direitos fundamentais.

Por outro lado, através da análise da jurisprudência sobre o tema, observa-se que o Poder Judiciário ainda não solidificou entendimento quanto à maneira adequada de se encarar o dever de prestações positivas do Estado.

Ora nega qualquer espécie de controle[39], ora concede pedidos direcionados à fruição de determinado bem por uma única pessoa (por todos, RMS 23184/RS – STJ), não atentando para a organização prévia do Orçamento ou para a qualificação dos gastos como *públicos*.

Por isso, e como a essência do Direito é a realização prática,[40] cumpre identificar um *possível* controle jurisdicional das ações do Poder Executivo no que toca aos direitos fundamentais prestacionais, tendo-se em vista a exigência constitucional de efetividade da existência digna, mediada pelas regras da vinculação de receitas de impostos e contribuições especiais (art. 195, CF/88) e pelas regras da transparência e eficiência da Administração Pública, conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Isso, ao tempo em que se deve conceber tal exigência apenas direcionada a fins coletivos e subordinada a uma organização racional prévia. O que se deve perquirir, *pari passu,* é sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e em que medida esse proporciona dignidade e cidadania aos indivíduos, de modo a criar uma razoável exigibilidade do Estado para a concretização, mesmo que de forma mínima.

No bojo, pois, dessa eventual exigibilidade do Estado está a questão do controle da execução orçamentária, em que graus, sob quais critérios e fins.

Analisar-se-ão casos concretos e posições jurisprudenciais e doutrinárias, com a finalidade de fundamentar e limitar teleologicamente o exercício do controle jurisdicional das questões

---

[37] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. vol I. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154 e ss.

[38] ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Coleção Estudos. Tradução Gilson Cesar C. de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2002. , p. 21 et. seq.

[39] Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 (Processo nº. 192688 - STF), RE 70278/GB. 2ª turma. Rel. Adaucto Cardoso, decisão 13/11/1970 DJ 02/04/71 (STF), AgRg no RESP 261144/SP. 2ª turma, Rel. Paulo Medina, decisão: 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143 (STJ), AgRg no Resp 263173/GO – RSTJ 166/160, AgReg no Resp nº. 252083/RJ, 2ª turma, Rel Min. Nancy Andrighi, DJ 26/03/2001, REsp nº. 63128/GO, 6ª turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 20/05/1996.

[40] JHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de Marcos Zani. São Paulo: JG Editor, 2002, p. 70.

orçamentárias, com o desiderato do mínimo vital e a consequente cidadania legítima, na perspectiva do *interesse coletivo*.

Em sede de metodologia como *autocompreensão da ciência*,[41] necessário lembrar que o apelo de Martin Heidegger à busca do sentido do Ser (e não do ente como se esse fosse o Ser) serve à pesquisa jurídica. Trata-se de um equívoco cientificista tratar apenas das fontes formais do direito, pelo qual não se atenta para a diferença ontológica entre ser e ente e para a contingência do ser-aí (relação entre tempo e ser).

Nesse entender, preconiza Heidegger a não realização de um modo tão objetivo de se perguntar, determinar e fundar o ente, evitando-se a *submissão* peculiarmente limitada a esse, para que realmente se manifeste.[42] Assim, deve-se atentar a fim de não recair no mesmo equívoco, como o fez o modelo positivista legalista ao confundir Direito com direito positivo.

Desse modo é que se busca, na análise do fenômeno jurídico, a sua centralidade na linguagem. Importante pois a concepção de Heidegger da linguagem como a *casa do ser* e de Hans-Georg Gadamer da linguagem como *modo de ser no mundo*, o que gera efeitos para o momento de aplicação.[43] Deve-se demonstrar, portanto, a concepção hermenêutica do saber humano e da jurisdição, necessariamente linguístico e criativo de sentido, contrapondo-a à concepção liberal clássica do objetivismo da interpretação (afeto ao juiz de Montesquieu).

A adequação metodológica, pois, revela a perspectiva multifacetada do conhecimento humano, pelo que se pode invocar a teoria do *pluralismo metodológico* de Paul Feyerabend, pois a visão, a qual o reducionismo científico preconiza como única racional, na verdade é apenas uma acepção de mundo, restando por vezes equivocada e sempre incompleta, mesmo analisada insitamente aos limites reduzidos.[44]

Nesse jaez, vale colacionar ensinamento de Paulo Freire sobre o modo do pesquisador, o qual serve de exemplo para o processo de mudança de paradigma identificado por Thomas Kuhn:[45] "O erro na verdade não é ter um certo ponto de vista, mas absolutizá-la e desconhecer que, mesmo do acerto de seu ponto de vista é possível que a razão ética nem sempre esteja com ele."[46]

O conhecimento possível em determinada época (temporalidade), sobre o sentido de algo (Ser) deve ser visto com relatividade. Relatividade que se demonstra no processo identificado por Gadamer como sendo de *fusão de horizontes*, iniciado por uma *situação hermenêutica*, no ínterim

---

[41] HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982, p. 211.
[42] HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos.* Coleção Os Pensadores. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 234.
[43] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559 e ss.
[44] FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1977, p. 01.
[45] KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas.* 9ª ed. Tradução Beatriz Vianna e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 95.
[46] FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*: saberes necessários à prática educativa. 39° ed. Coleção Leituras. São Paulo: Paz e terra, 1996, p. 09.

de sua ontologia da compreensão. Além disso, ultrapassar-se o paradigma cientificista torna-se uma importante tarefa para as chamadas ciências sociais através de uma *ação catalisadora*.[47]

É com essas advertências, principalmente sobre a consciência dos efeitos históricos da tradição, que a pesquisa sobre o controle jurisdicional da execução orçamentária pode contribuir, para além da limitação ofertada pela metafísica do ente (no sentido de Heidegger), para uma bem-vinda mudança de paradigma não apenas científico, mas pragmático, no âmbito do Estado e do cumprimento dos direitos fundamentais.

Ante todo o exposto, o propósito geral da Dissertação é verificar a possibilidade e o grau do controle judicial da execução orçamentária, notadamente do ponto de vista teórico e constitucional. Além disso, e na medida em que esse for possível, delimitar de forma teleológica a atuação do próprio controle, com base no mínimo de existência digna, no respeito ao Orçamento constitucionalmente adequado e na perspectiva do interesse coletivo.

Estruturalmente, o trabalho divide-se em duas partes: a primeira intitula-se *Orçamento e Atuação Executiva* e engloba os primeiros quatro capítulos; a segunda divisão atém-se aos fundamentos e pragmática do controle jurisdicional, denominando-se *Controle Jurisdicional Orçamentário: O Diálogo Constitucional Necessário.*

Na primeira parte, trata-se de expor no primeiro capítulo um panorama histórico sobre o instituto do Orçamento Público. No capítulo segundo será investigada a natureza da norma constitucional orçamentária, sendo relevante uma investigação sobre a diferença entre princípios e regras jurídicas. Ao final, será exposta a norma orçamentária como princípio do *planejamento da atividade pública* e como regra constitucional, seus fundamentos e primeiras consequências.

No capítulo terceiro, será investigado o *conceito jurídico-positivo do Orçamento Público* a partir das noções engendradas nos capítulos anteriores*,* colacionando-se os antecedentes constitucionais do Orçamento como norma, os tipos de leis orçamentárias aplicadas no Brasil e o Sistema de Finanças Públicas na Constituição de 1988. Na caracterização do princípio do planejamento, serão expostos os princípios e regras *sobre* e *subjacentes, de per si*. No quarto capítulo será discutido o caráter teleológico do orçamento, a partir do marco teórico da hermenêutica filosófica, sendo identificada a natureza hermenêutica e política do processo de escolhas orçamentárias.

Constante da segunda parte, *Controle Jurisdicional Orçamentário: O Diálogo Constitucional Necessário,* o quinto capítulo tratará dos tipos de controle dos gastos públicos, situando o controle jurisdicional no diálogo constitucional necessário ao cumprimento dos direitos fundamentais. Serão expostos dois condicionantes de eficácia constitucional, aspectos relevantes

[47] SANTOS, Boaventura de Souza. *Um Discurso sobre as Ciências*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 20.

da teoria dos *custos dos direitos,* uma proposta de classificação das necessidades públicas e a natureza da discricionariedade orçamentária.

O sexto capítulo cuida da pragmática do Controle Jurisdicional, lastreado na natureza hermenêutica da jurisdição, expondo o possível controle em duas vias: na *defesa* do Orçamento como conjunto de decisões democráticas (abstenção e imposição ao Executivo); e na *superação* do Orçamento, dada a omissão inconstitucional, a qual restringe direitos fundamentais com base em sopesamento não fundamentado racionalmente.

Logo, a Dissertação tenta teorizar sobre a instituição de um controle jurisdicional dos atos de execução orçamentária, dado o potencial para se constituir um instrumento da efetividade de direitos fundamentais prestacionais e da real cidadania no Estado Democrático de Direito através da ação do Poder Judiciário, porém sem identificar-se com um ativismo ignorante da organização prévia orçamentária e da natureza pública das despesas do Orçamento.

# I – O ORÇAMENTO E A ATUAÇÃO EXECUTIVA

## 1. ORÇAMENTO PÚBLICO: PANORAMA HISTÓRICO

O orçamento público, segundo ensina James Giacomoni,[48] surgiu primeiramente na Inglaterra, por volta de 1822, como instrumento disciplinador das finanças públicas, o meio que possibilitasse aos órgãos de representação um controle político sobre os atos do Poder Executivo.

Aduz o mesmo autor que o orçamento também era visto sob o seu aspecto jurídico: o Código de Contabilidade francês definia-o como "lei que fixa a despesa e estima a receita". Este também era o entendimento segundo a Constituição Imperial Alemã de 1871: "todas as receitas e despesas do império devem ser estimadas e agrupadas em um orçamento sob a forma de lei".

A concepção da época era a Liberal e, desse modo, a manutenção do equilíbrio financeiro mediante a diminuição dos gastos públicos era o objetivo máximo do orçamento público, então rotulado de "lei de meios", representando tão somente os meios pelos quais o Estado agiria, ao intervir apenas excepcionalmente na atividade econômica – despesas correntes, em suma.

Ainda antes do final do séc. XIX, porém, a concepção de responsabilidade estatal transmudou, sendo que principalmente após a Revolução Russa de 1917, e as Constituições Mexicana e de Weimar, deixou-se de acreditar na infalibilidade do *laissez-faire.* A atuação do Estado alargou-se, a fim de corrigir distorções do sistema econômico e aplicar programas de desenvolvimento, como no caso de Lord Keynes e sua teoria do intervencionismo anticíclico, em que se apregoa a participação do Estado no sentido de incrementar o investimento público, lastreado na teoria de que tal participação funciona como multiplicador econômico.[49]

Tal pode ser evidenciado no exemplo que Keynes fornece com as obras públicas:

> [...] o emprego total causado (por exemplo) por um incremento de obras públicas será dez vezes superior ao emprego primário proporcionado pelas próprias obras públicas, supondo que não haja redução de investimentos em outros setores. Apenas no caso de a comunidade manter seu consumo inalterado a despeito do aumento do emprego e, portanto, da renda real ficará o aumento do emprego restringido ao aumento do emprego primário proporcionado pelas obras públicas.[50]

Assim é que o investimento estatal gera mais benefícios (até porque pode arcar com orçamentos deficitários) do que a abstenção total.

> Se as tendências psicológicas do público são realmente as que supomos, estabelecemos aqui a lei de que o aumento de emprego consagrado ao investimento estimula necessariamente as indústrias que produzem para o consumo, determinando,

---

[48] GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 13º ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 64/65.
[49] KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 141-144.
[50] Idem, p. 136.

> assim, um aumento total do emprego que é um múltiplo do emprego primário exigido pelo próprio investimento.[51]

Nessa análise keynesiana do impacto no nível de desemprego causado pelas obras públicas, afirma-se que "[...] em tempos de desemprego rigoroso, as obras públicas, ainda que de duvidosa utilidade, podem ser altamente compensadoras."[52] Porém, à medida que se alcança o *pleno emprego* o investimento perde seu multiplicador, o que aconselha o abandono do investimento público, de modo que "se torna cada vez mais difícil alcançar novos aumentos do emprego através de investimentos crescentes."[53]

Assim, o investimento público, do ponto de vista keynesiano, poderia até ser inútil de maneira imediata, mas ainda assim seria melhor do que nenhum investimento. Nesse sentido e em evidente analogia com a exploração do ouro em jazidas, Maynard Keynes exemplifica que até *enterrar dinheiro* e depois conceder a exploração para empresários faria o desemprego diminuir e a riqueza aumentar. "Claro está que seria mais ajuizado construir casas ou algo semelhante; mas se tanto se opõem dificuldades políticas e práticas, o recurso citado não deixa de ser preferível a nada."[54]

A teoria de Keynes foi perdendo adeptos com o agravamento da crise da dívida pública no final dos anos 70, passando-se a apregoar (novamente) o equilíbrio orçamentário, a fim de se extirpar as *ações deficitárias* do Estado, como a manutenção incondicionada a empresas públicas e o aumento do gasto público. As Constituições americana, francesa e alemã foram reinterpretadas para, mesmo diante de dualidades como neoliberalismo *versus* socialismo, houvesse corte de gastos e equilíbrio orçamentário e econômico, tendência que não escapou à Constituição Brasileira de 1988.[55]

De qualquer modo a função dos orçamentos flutua como a concepção do Estado na Economia, e de qualquer modo a partir de Keynes não se abandonou a exigência, em menor ou maior grau, de ações estatais de investimento mais sofisticadas que enterrar dinheiro, como, por exemplo, a utilização das funções extrafiscais dos tributos (como renúncia de receita mediante diminuição de alíquota de impostos sobre a circulação de bens de consumo), hoje tão frequente.

Ademais, em razão da ênfase no aspecto econômico do orçamento como tendência mundial após a 1ª Guerra Mundial, surge o orçamento duplo, consistente na divisão entre orçamento de custeio e de capital, influência da doutrina de Keynes, conforme anota Aliomar Baleeiro:

---

[51] KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 136.
[52] Idem, p. 143.
[53] Idem, ibidem.
[54] Idem, p. 145.
[55] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 73-75.

> O impacto dessa ênfase do aspecto econômico nos problemas orçamentários arruinou dois dos princípios clássicos do orçamento: o da *anualidade* e o da *unidade.* Ao invés do orçamento uno e único, sugeriram técnicas de duplo orçamento: o *ordinário* (ou de custeio) e o de *capital*, embora coordenados entre si.
>
> Em lugar do orçamento por exercícios financeiros, equilibrados em cada ano, propuseram e realizaram orçamentos 'cíclicos' ou adaptados às flutuações de conjuntura, ajustando-se os *déficits* na depressão aos saldos no *boom* ou fase alta dos negócios. [grifos do autor][56]

Enquanto o orçamento de custeio se emparelha com o orçamento equilibrado (receitas e despesas simples do Estado), o orçamento de capital trata de um viés programático do Estado interventor cíclico, necessariamente abarcando períodos mais longos e prevendo-se somas mais vultuosas.

O modelo segue protótipos sueco e dinamarquês de amplo sucesso, sendo adotado pelo Brasil a partir da CF/46, com complementação através da Lei Complementar de nº 3, de 1967. Na CF/88 tal modelo orçamentário subiu a nível constitucional, com a previsão do plano plurianual e o dever de coerência no planejamento, como visto acima. Nesse ínterim, a acepção moderna dos orçamentos públicos:

> [...] instrumentos da administração, de forma que auxiliassem o Executivo nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. A partir de suas características como documento de antecipação, o orçamento representaria a própria programação de trabalho do governo.[57]

Assim, o orçamento é instrumento da Administração, delineado conforme programas do governo e no confronto entre o histórico da gestão anterior e a situação atual do Tesouro: na base dessas informações é que se traça o programa de trabalho para o exercício seguinte, através da sua escolha política das prioridades. Aliomar Baleeiro assim se manifesta quanto a *Orçamento*:

> Nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas criadas em lei. [58]

Hodiernamente, Ricardo Lobo Torres afirma que "[...] todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social."[59]

Afirma também que o orçamento se originou como autorização dos estamentos e cortes sobre a cobrança de impostos (autorização dos tributos), concepção a qual foi alterada substancialmente após o constitucionalismo, consistindo em documento obrigatório a todo

---

[56] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 431.
[57] GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 13º ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 67.
[58] BALEEIRO, *Op. Cit.*, p. 411.
[59] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 02-03.

governo a fim de que esse prestasse contas do que foi utilizado no ano anterior e o que seria arrecadado e usado no ano seguinte.[60]

Desse modo, já se pode verificar o início do viés democrático do orçamento público, tratando-se, em um primeiro momento, de ato indispensável do Poder Executivo *perante* o Poder Legislativo, mas no âmbito estritamente de *defesa*, por influência marcante dos direitos fundamentais de primeira geração.

O orçamento deixa de ser autorização para se cobrar tributos, a fim de figurar como um balanço patrimonial do erário e, ao mesmo tempo, *propor*, planejar a vida financeira do Estado por certo período de tempo.

A influência da concepção liberal é marcante nessa *segunda fase* do Orçamento Público, constituindo-se, portanto, o Estado Fiscal Clássico (séc. XIX e início do séc. XX). Essa teoria clássica se baseia na distinção entre lei formal e lei material, a fim de indicar a natureza de lei meramente formal do orçamento público.

A partir da crise do estado fiscal, atravessando-se o Estado do bem-estar social e chegando-se ao Estado dos direitos fundamentais, o Orçamento (já erigido a subssistema constitucional) sofre alterações de monta, a fim de que, por um lado, abarque novas ações estatais conferidas ao Executivo e, por outro, possibilite uma maior intervenção do Poder Legislativo na sua configuração e controle.

Trata-se, portanto, de uma *terceira fase* na concepção do Orçamento Público, em que o Poder Legislativo, muito além de simplesmente autorizar os feitos do Executivo para o próximo ano, realmente envida por alterar as configurações do governo para o futuro, balizando as iniciativas do governo eleito (presidencial ou parlamentar) já no âmbito do planejamento da coisa pública, tal como ocorre com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Ricardo Lobo Torres aduz que tal alargamento das funções do Legislativo é desarrazoada no sistema de governo presidencialista, mesmo porque se trata de tendência do parlamentarismo. Consolidou-se com a LDO um

> [...] injustificável alargamento da competência do Legislativo, o que tem causado graves danos à ordem financeira, como se constatou pelos resultados da Comissão Parlamentar de Inquérito aberta em 1993 para apurar os escândalos da Comissão Mista do Orçamento.[61]

Como a atribuição nos regimes anteriores de instituir tetos das despesas era do Chefe do Poder Executivo, o referido autor opina que com a LDO não há mudança substancial:

> De sorte que a transferência de tais diretrizes para o Congresso soa falsamente, já que é o próprio Presidente da República quem elabora o projeto da Lei de Diretrizes

[60] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 04.
[61] Idem, p. 90-91.

> Orçamentárias e não tem ela a função reguladora da atividade administrativa que possui nos modelos europeus parlamentaristas.[62]

Há dois pontos a considerar: a função reguladora de um instituto apenas se revela no imbricamento das regras atinentes à sua aplicação. Assim, a lei de diretrizes que *sirva* como controle não o faz por elementos próprios, mas por ser usada com esse intuito.

De outro lado, não há óbice para que um instrumento estrangeiro tenha a mesma função reguladora, conquanto se tenha um regime diferenciado, no ínterim do presidencialismo. Justamente por isso que a tese sobre a vinculação da lei orçamentária (como a LDO) não pode ser afastada, no Brasil presidencialista, apenas porque nos países *parlamentaristas* ela não foi aceita.

A crítica que usualmente se faz, então, é contraditória. Observe-se que a LDO chega como instrumento de controle da atividade administrativa quando aplicada no âmbito do parlamentarismo. Nesse âmbito, pois, é rechaçada a tese da vinculação do administrador ao Orçamento por cada rubrica, uma vez que já há controle por meio legislativo (ínsito ao sistema parlamentarista).

A contradição está em criticar a importação da LDO, por ser um instituto *estrangeiro* mal aplicado no presidencialismo e defender a natureza formal do Orçamento, *baseados na própria doutrina e jurisprudência estrangeira.* Ora, nos países parlamentaristas a lei formal cabe porque há controle legislativo. No Brasil, tendo-se outro sistema, a tese pode prosperar, propriamente por ser outro sistema.

Justamente apregoar-se a falta de vinculação da LDO fulmina o instituto no presidencialismo, uma vez que no parlamentarismo trata-se de verdadeiro controle cooperativo do Legislativo e Executivo, por mais o orçamento não gere direitos subjetivos.

A existência de escândalos de corrupção não se refere à utilidade de um instituto. Serve para a doutrina engajada com a interpretação e aplicação da Constituição tentar engendrar corretivos, impossibilitando que os erros aconteçam novamente.

Ademais, ressalte-se o maior caráter democrático do instituto, pelo que se apregoa maior atuação do Poder Legislativo no ínterim do Orçamento, além da ampliação e objetivação de uma *responsabilidade fiscal*, a figurar como dever do Administrador Público. Trata-se mais de um controle e instrumento de cooperação entre os Poderes do que um obstáculo ao governo pelo Executivo. Essa cooperação pode ser alcançada no sistema presidencialista dessa forma.

A separação estrita entre os Poderes deve ser superada para um ideal de cooperação, porque se o Legislativo não pode, sem fundamentação constitucional, obstaculizar a ação do Executivo, muito menos esse último é extremo senhor, sobre qualquer potestade, da coisa pública. Esse problema é tormentoso principalmente no sistema presidencialista, pelo que o Executivo não

---

[62] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 91.

pode, a par da ausência de verificação intercorrente de legitimidade do governo (salvo extremas situações como crimes políticos), ser retirado do governo somente por não cumprir a vontade democrática da lei do Orçamento, hipótese cabível no sistema parlamentarista.

Observe-se que a concepção do Orçamento Público, conquanto possa ser universalizada, conta fundamentalmente com o sistema de governo adotado. Isso quer dizer que o sistema de governo é o ponto fundamental a partir do qual deve recair qualquer análise sobre o modo de constituição do orçamento e os seus efeitos (alcançados e devidos) na realidade institucional e social do Estado considerado.

Assim, o Orçamento é instituto bem diverso em cada sistema governamental, sendo isso mais um alvitre à importação dos institutos e concepções estrangeiras ao sistema constitucional brasileiro. Esse imbricamento entre orçamento e sistema de governo será analisado mais adiante, quando da remissão à teoria da separação dos poderes.

Suficiente para a altura do presente debate é a verificação de que a concepção de Estado determina a possível concepção de Orçamento e, logo, a sua caracterização como lei se diferencia conforme o regime político (democrático ou autocrático) instaurado em dado país. [63]

É possível identificar, pela análise das Constituições mais atuais, o surgimento de uma *quarta fase* do Orçamento, a qual acompanha o diapasão da inauguração da fase anterior: o seu caráter democrático, ampliado sobremaneira na terceira fase histórica analisada, ganha foros de participação política direta, através da cada vez mais recorrente inclusão no direito positivo (inclusive no Brasil), da possibilidade da descentralização administrativa com participação popular.

Essa tendência não é exclusiva do Orçamento, embora nessa matéria tenha gerado maiores consequências. Em verdade, a mudança na democracia representativa já é anseio dos movimentos políticos de esquerda que, não mais radicais a ponto de preconizarem um afastamento da democracia representativa, insuflam uma reforma democrática, envidando por aproximar a participação política do cotidiano do povo governado e governador.

A esquerda rende-se à democracia ao aceitar o governo representativo, as eleições multipartidárias e os eleitorados amplos, abandonando assim a meta de atingir uma sociedade puramente socialista (entrega de bens de produção ao povo). Isso ocorre por dois motivos, diz Paul Hirst:

> [...] por um lado, a democratização do Estado e da sociedade mais ampla fornece um objetivo e uma estratégia de esquerda alternativos ao projeto socialista tradicional de socializar os meios de produção; por outro, as formas de ampliação da democracia

[63] Sobre o embate entre a autocracia e a democracia como diferentes formas de governo conforme o grau de liberdade política, v. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 405-6.

> propostas visam a suprir as maiores falhas da democracia representativa, que limita o campo para a iniciativa política de esquerda.[64]

A nova esquerda democrática, principalmente com matriz na Europa e Estados Unidos, vem adotando a reivindicação democrática como insufragável princípio político, mas isto não é "apenas uma moda ou causalidade; é uma reação a uma conjuntura em que a democracia representativa tornou-se incontestável e insuperável."[65]

Duas tendências dos movimentos de esquerda são identificadas por Paul Hirst: a primeira é o novo republicanismo, "tendência baseada na ideia de cidadania, que defende o fortalecimento da participação ativa em instituições políticas comuns, básicas, e a ampliação dos direitos sociais e políticos dos cidadãos."[66]

A segunda é uma tendência mais marcadamente contrária ao Estado, "que advoga o papel decisivo das iniciativas dos cidadãos na 'sociedade civil' e se fundamenta numa sociedade civil organizada e ativa para agir como fiscal e substituto do Estado."[67]

Fundamental é ter em conta que essas duas correntes são pólos do mesmo discurso, buscando maior participação e envolvimento do cidadão como meio de revitalizar as formas de governo estabelecidas pelo sufrágio, ao tempo em que ganha apoio dos movimentos sociais contemporâneos contra a discriminação das minorias e em prol do meio ambiente.[68]

Na matéria orçamentária, de matriz constitucional, há a gênese de uma *quarta fase*, a qual amplia o caráter democrático do Orçamento porque não é somente através da democracia representativa institucional (Poder Legislativo em todas as esferas federativas, com a iniciativa do Executivo) que se alcança o controle de gastos do Executivo, nem são propostas alterações e emendas: a representação local através de Conselhos Sociais recebe atribuição de propor e auxiliar o Poder Executivo na gestão específica de recursos.

Assim, para além do Orçamento participativo, tem-se os Conselhos Sociais, instâncias privilegiadas que, a par das suas especificidades temáticas (Conselhos de Saúde, FUNDEB, Transporte Escolar, etc.), concorrem ao caráter democrático no planejamento da coisa pública e figuram como instância de representação não-institucional dos vários grupos sociais erigidos como importantes à manutenção da sociedade, como a criança e o adolescente e as comunidades periféricas.

---

[64] HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 08.
[65] Idem, p. 08.
[66] Idem, p. 09.
[67] Idem, ibidem.
[68] Idem, ibidem.

Obviamente tais institutos sofrem limitações à sua plena efetivação, mas de qualquer modo configuram uma tendência cada vez mais confirmada pela legislação e movimento do Estado contemporâneo.[69]

Para se entender melhor a tendência à participação política, há de se entender a *virada hermenêutica* e a sua influência sobre o direito, além de se cogitar da importância da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais. É preciso entendê-la no âmbito da teoria geral do direito, para depois especificar-se com relação à norma constitucional do orçamento público e à natureza da lei orçamentária em si. É o que se faz a seguir.

[69] HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 09-10.

# 2. A NORMA CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA

As formas de manifestação do fenômeno orçamentário ao longo dos tempos foi multifacetada. Primeiramente, surgiu como simples necessidade de autorização e avaliação dos estamentos nobres sobre os atos do governo. Após, transmudou-se em atividade de revisão pelo Poder Legislativo das contas do Executivo (1ª *virada democrática*) e, hodiernamente, até o processo orçamentário com viés fortemente democrático através de institutos de participação direta (2ª *virada democrática*).

De qualquer modo, porém, houve uma norma constitucional orçamentária a partir do movimento constitucionalista. "Com efeito, é inútil procurar antes das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII a figura do orçamento."[70] A caracterização da mesma torna-se pungente, a fim da análise sobre a possibilidade de uma atuação judicial e social sobre os seus pressupostos e consequentes.

Trata-se de análise sobre a natureza da norma orçamentária conforme o paradigma da teoria dos princípios, tema que merece análise pela possibilidade de novas conclusões a respeito da concepção da lei orçamentária em si e das consequências específicas que advém da classificação.

Nesse sentido, encarar a norma orçamentária como princípio ou regra é deveras importante para as consequências normativas tanto da sua observância como impositivo constitucional pelos entes federados quanto do seu caráter instrumental (meio para o cumprimento de estados de coisas) em relação ao Estado e seus deveres. Por isso o cabimento de uma análise aprofundada da teoria dos princípios, cujos pressupostos serão, inclusive, ampliados e discutidos como catalisadores das concepções tradicionais, principalmente sobre a classificação da eficácia das normas constitucionais mais à frente.

## 2.1. NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

A primeira ideia que importa ressaltar em relação à caracterização normativa do *planejamento orçamentário* é a possibilidade das alternativas entre princípio ou regra. A obrigatoriedade constitucional referida aos entes federados de planejar a receita e a despesa pode

[70] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 03.

ser visto como princípio ou como regra, ou até mesmo ambos, mas nunca algo diferente de seu aspecto normativo, como por exemplo um *valor* do ordenamento.

Pode-se entender a perspectiva das *alternativas inclusivas*, de modo que a norma tem a feição de regra ou princípio conforme se orienta a análise das disposições, segundo o estado de coisas a ser alcançado ou a conduta a ser seguida nos casos normais.

Assim é possível admitir-se a existência das espécies normativas em razão de um único dispositivo, mas ao invés de alternativas exclusivas, ou regra ou princípio, "um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)."[71]

Humberto Ávila faz crer que tudo depende do intuito do aplicador: se quiser enaltecer a perspectiva comportamental em detrimento da finalidade que lhe dá suporte (regra) ou proporcionar fundamentação, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos (princípio).

Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor inicialmente constitui um ponto de partida de uma regra, e permite que esse valor seja identificado para exigir outros comportamentos, ainda não descritos expressamente ('fonte' de um princípio).

Por exemplo, a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade tributárias são *regras*, pois instituem a proibição de tributo sem prévia lei, de que a lei instituidora retroaja para fatos econômicos anteriores e de que a mesma alcance fatos posteriores em prazo exíguo (*vacatio legis*). Os dispositivos que as albergam, (art. 150, *caput* e III, CF/88) podem, *et contrario,* originar o princípio do planejamento tributário, vez que instituem a promoção do *estado de coisas* da segurança jurídico-tributária, resvalando até no princípio da confiança do contribuinte.[72]

Por isso, necessária a digressão acerca da distinção atual entre princípios e regras, como espécies do gênero *norma*. Tal explicitação trará benefícios teóricos e práticos para a análise sobre o modo da aplicação do orçamento público como exigência constitucional.

### 2.1.1. ENUNCIADO NORMATIVO E NORMA

[71] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69. Humberto Ávila introduz a perspectiva dos postulados, que se diferem de regras e princípios (normas a aplicar) pelo seu caráter de *metanormas* (normas sobre a aplicação de outras normas), como o exemplo da proporcionalidade. A terminologia realmente não importa nesse âmbito, bastando-se identificar a diferença no objeto normativo: normas a aplicar e normas sobre aplicação.

[72] Idem, p. 68-70.

Antes mesmo da discussão sobre a distinção entre princípios e regras faz-se necessária a análise da norma como produto da interpretação. Envolve-se na atividade jurídica um processo de compreensão de textos normativos, a fim de aplicá-los aos diversos setores da vida, dada que essa é a finalidade última do direito: regrar as práticas sociais, sendo, ele mesmo, uma das práticas sociais.[73]

Na esfera do direito não são poucos os doutrinadores que salientam a importância da interpretação. Longe de corroborar com o conhecido brocardo '*in luminis cessat interpretatio'*, autores como Alf Ross,[74] Karl Larenz,[75] Ronald Dworkin[76] e Robert Alexy asseveram a sua necessidade na aplicação de todos os textos legais, unindo a essa tarefa interpretativa a tarefa argumentativa: *o conceito de norma é semântico*. [77] Por sua vez, Tércio Sampaio chega a teorizar sobre o nível *pragmático* da comunicação normativa.[78]

Aliás, como precursor tem-se o próprio Hans Kelsen, o qual apregoou a existência de um *quadro de normas aplicáveis* a ser construído pela Ciência do Direito, a partir da interpretação dos textos legais. O quadro seria um rol de *possíveis normas, interpretações, diante do texto a ser aplicado.*[79]

Lênio Streck afirma que foi fundante ao esclarecimento da questão a teoria de Gadamer, a partir do qual se começou a entender que o processo hermenêutico é sempre produtivo. Assim, não pode o intérprete equiparar-se ao leitor originário, não pode ignorar o sentido jurídico original e o atual, "erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica equiparação entre vigência e validade, entre texto e norma."[80] De qualquer modo, para mudar tal realidade, há de se ter em conta que há normas e enunciados normativos e, de todo modo, norma é o significado de um enunciado normativo.[81] Há, mesmo, normas sem enunciados, como o caso das luzes de um semáforo.

> Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios

---

[73] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 88-89.
[74] ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 184-185.
[75] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 282.
[76] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40 e 64. Também: DWORKIN, *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81-82.
[77] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53-54.
[78] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[79] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.
[80] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 219.
[81] ALEXY, *Op. Cit.*, p. 53-54.

> para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo.[82]

Tal critério, afirma percucientemente Alexy, deve ser formulado à luz da existência de modalidades deônticas, do dever, da proibição e da permissão. Logo, norma vem a ser uma "entidade semântica, isto é, um conteúdo de significado que inclui uma modalidade deôntica."[83]

As *expressões deônticas* são os dispositivos normativos, ou seja, os enunciados dos quais se possa interpretar um diretivo de conduta, um *dever ser,* através de modalidades deônticas e do contexto normativo, pelo qual se deve entender "não somente os outros enunciados que estão em conexão com esse enunciado, mas também seu uso, isto é, as circunstâncias e regras de sua utilização."[84] Isso, inclusive nos casos em que a legislação afirme que um sujeito 'tem direito a algo' (modalidades deônticas complexas). [85]

Karl Larenz, por sua vez, já asseverou que a aplicação do Direito é um processo hermenêutico:

> Na Jurisprudência trata-se, para além da compreensão de expressões linguísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. [...] A Jurisprudência é precisamente por isso uma ciência [...] porque problematiza por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação.[86]

Assim, os sentidos normativos são construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, uma linguagem prescritiva. O fenômeno jurídico é uma realidade linguística,[87] como expõe Georg von Wright, para quem a formulação da norma-prescrição em linguagem é chamada de *promulgação* (linguagem aqui em sentido amplo). Norma e formulação divergem.[88]

> La ejecución verbal es, además, necesaria para el establecimento de la relación entre la autoridad de la norma y el sujeto de la norma y del que hace la promesa y el que la recibe. Por la razón mencionada, *las prescriciones puede decirse que dependen del lenguage*.[89] [grifo nosso]

Os dispositivos são o objeto da interpretação, as normas o seu produto. Georg v. Wright afirma a dependência do Direito à linguagem:

---

[82] Idem, p. 54. A mesma crítica se faz à teoria sobre a eficácia da norma partindo-se *apenas* do enunciado normativo, como o faz José Afonso da Silva.
[83] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.
[84] Idem, p. 55.
[85] Idem, p. 54-56.
[86] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005*,* p. 282-3.
[87] Para Paulo de Barros Carvalho, com nítida influência kelseniana, o direito é discurso prescritivo posto de forma técnica e discurso descritivo posto de forma científica. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02-08.
[88] WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 109.
[89] Idem, p. 110.

> Las formulaciones de las normas pertenecen al lenguaje. 'Lenguaje' tiene en este caso que ser entendido en un sentido amplio. Una luz de tráfico, por ejemplo, normalmente sirve como formulación de una norma. Un gesto o una mirada, incluso cuando no van acompañados de palabras, alguns veces expresan um mandato. [90]

Para Karl Larenz, a regra do Direito tem a forma linguística de 'proposição jurídica' e se distingue da 'proposição enunciativa'. Essa descreve os fatos que são ou já foram e, assim, submete-se ao critério de verdade; aquela prescreve uma conduta, subordinando-se ao critério da validade. Tem-se, pois, a proposição jurídica (completa e incompleta) que enuncia as regras, partindo-se do texto e utilizando-se a linguagem para se expressar, de modo diverso da enunciação. [91]

No mesmo sentido, Robert Alexy: a relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação e, para compreender essa diferenciação é suficiente dizer que com enunciados afirmativos se expressa que algo *é*, enquanto enunciados normativos expressam que algo *deve-ser.*[92]

Segundo Karl Larenz a forma da proposição jurídica seria um *hipotético-condicional:* previsão normativa e consequência jurídica – e essa ligação é a idiossincrasia da proposição jurídica, independentemente do cumprimento fático. Essa forma descreve a norma de maneira geral, podendo identificar tanto uma *regra* quanto um *princípio.*[93]

Cabe salientar que de qualquer modo a norma (gênero que se subdivide em regra e princípio) é o produto da atividade de interpretação dos dispositivos normativos, sempre no âmbito de interpretação do *todo* da lei e, regressivamente, das conexões sintáticas das orações. A proposição jurídica – forma linguística da norma, a qual apenas existe em um plano abstrato enquanto não interpretada, isto é, aplicada factualmente – não é *contemporânea* ao texto normativo. Consequentemente, não há *correspondência* entre norma e dispositivo, não de forma biunívoca.[94] Tudo depende do contexto normativo e das condições de sua aplicação.

> A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, *verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica*, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isso que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Contudo, para isso, ele

---

[90] WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 109-110.

[91] Larenz entende 'proposição jurídica' como 'norma jurídica', diferentemente de Hans Kelsen, para quem proposição jurídica indica o enunciado normativo da Ciência do direito, acerca das normas. Nesse sentido não seriam normas propriamente, aproximando-se do conceito de K. Larenz de proposição enunciativa e de Alexy de enunciados sobre validade normativa. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005*,* p. 350; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008*,* p. 63.

[92] ALEXY, *Op. Cit.,* p. 58.

[93] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007*,* p. 40-41.

[94] Idem*,* p. 31; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1189-1192.

> precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar o recorte teórico da realidade.[95] [grifo nosso]

Assim, a eficácia de uma norma ou mesmo a sua identificação passa necessariamente com a questão da estrutura de sua *mensagem,* nos termos utilizados por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Precisamente a aplicação do texto jurídico gera uma proposição, que é a *significação* do receptor, não mais o *significante* do emissor. A mensagem, nesse sentido, ocorre em dois níveis: o da relação de cometimento e o do conteúdo ou relato. A primeira se expressa digitalmente por meio dos operadores linguísticos deônticos (proibido, permitido, obrigado) e o segundo é constituído por descrições de ações, de suas condições e suas consequências.[96]

Observe-se que Karl Larenz descreve, tal como exposto acima, apenas o conteúdo normativo da norma (relato), no que 'descreve a conduta' (até porque, naquele passo, fala apenas em regras). Contudo, o cometimento é essencial para a mensagem normativa, apontado a direção para a conduta descrita, e nesse ponto a norma se afasta do texto normativo, mesmo que venha explícita o *functor deôntico*, ao tempo em que se diferencia da *afirmação*.

Na essência, é como a descrição da Ciência do Direito em Hans Kelsen, o 'quadro de normas aplicável' situada em determinada *situação hermenêutica*:

> [...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas a várias soluções [...]. [97]

Tal também pode se esclarecer a partir da lição de Ferraz Jr.:

> Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em consequência, que toda interpretação é duplamente contingente. [...] Para seu controle precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas. [98]

Segue o autor aduzindo que os códigos são, de novo, *discursos que precisam igualmente ser interpretados,* o que torna a fala ainda mais complexa. O problema da interpretação jurídica, pois, põe-se nesse universo de complexidades. Sobre o tema, ainda vale acrescentar Herbert L. A. Hart:

---

[95] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* técnica, decisão dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 114.
[96] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49-54.
[97] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.
[98] FERRAZ JR., *Op. Cit.,* p. 260-261.

> As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra. [...] Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. [99]

Da existência de tipos interpretativos e, logo, da possibilidade de surgirem variadas normas a partir de dispositivos legais, vislumbra-se que "a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto." [100]

A linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza como uso. A atividade do intérprete, assim, quer julgador, quer cientista, não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. "Sua atividade consiste em constituir esses significados".[101]

Isso não quer dizer a inexistência de um elemento mínimo de sentido nos textos (elemento tal que a teoria objetivista da interpretação enleva como primordial e absoluto), a dizer, objetivo. Muitos significados já estão incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.[102] Em razão disso, fala-se em *reconstrução* do significado:

> [...] a uma, porque [*a interpretação jurídica*] utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos. A duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos,* que são, por assim dizer, constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual. [103]

Aqui se pode apontar a existência de uma *situação hermenêutica.* A moldura kelseniana nada mais é do que a referência (inconsciente, é verdade) ao conjunto de interpretações possíveis no âmbito de dada *situação hermenêutica*. O "uso linguístico público" (ou *tradição*) já indica ao intérprete (ao lhe formar a pré-compreensão) as possibilidades interpretativas possíveis (em plano muitas vezes inconsciente), preparando a atividade criativa desse mesmo intérprete, a qual pode inovar ao questionar seus pré-conceitos, auxiliando o desenvolvimento do espiral hermenêutico.[104]

Daí Gadamer afirmar a existência de pré-conceitos, os quais, longe de tornarem a interpretação defeituosa, são propriamente os que possibilitam a interpretação e a comunicação, o

---

[99] HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito.* 5ª Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 17.
[100] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007*,* p. 31-32.
[101] Idem, p. 32. O mesmo entendimento se observa em CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário,* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008*,* p. 8-10.
[102] Trata-se da pré-compreensão de Gadamer acerca da tradição. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 407 e 451.
[103] ÁVILA, *Op. Cit.,* p. 33-34.
[104] GADAMER, *Op. Cit.*, p. 401.

diálogo. A sua superação é imprescindível ao avanço na compreensão dos problemas, mas sempre a condicionam, até o seu próprio avanço.[105]

A partir dos argumentos expendidos, já se pode asseverar que a norma é o produto da reconstrução dos sentidos de um texto normativo. Diz-se 'normativo' pois está ínsito no ordenamento jurídico positivo, como 'instrumento introdutor de normas', como bem observa Paulo de Barros Carvalho.[106]

> A definição do texto põe em relevo a componente adscritivo-decisória da interpretação, afastando-se de uma concepção de interpretação como atividade meramente cognoscitiva ou dirigida ao conhecimento. A actividade do intérprete (discurso do intérprete) reconduz-se à seguinte *forma standard*: "T" significa "S", em que T é a variável do texto normativo (enunciados) e S a variável do sentido ou significado atribuído pelo intérprete ao texto.[107]

Assim, e logicamente, a norma individual apenas surge no caso concreto, após a seleção dos instrumentos introdutórios cabíveis (conforme a experiência jurídica e as técnicas fornecidas pelo 'sistema externo', conforme Karl Larenz) e sua posterior interpretação.

> A conformação definitiva da situação como enunciado *depende da seleção das normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis*; mas estas também dependem, por um lado, das circunstâncias que chegaram ao conhecimento do julgador e, por outro lado, do seu conhecimento de novos e mais estritos complexos de normas. [grifo nosso]. [108]

Nesse ínterim o autor alemão faz remissão ao 'ir e vir de perspectiva', em que a situação de fato é determinada juridicamente não pela descrição contida no texto aplicável, mas pela interpretação normativa dada a esse texto, em um *sentido positivo*. A influência de Gadamer é evidente: há um círculo hermenêutico, o qual tem um *sentido ontológico positivo,* pois o sentido é construído através do próprio processo hermenêutico sobre as interpretações já realizadas anteriormente.

> Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.[109]

---

[105] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 407 e 451.
[106] CARVALHO, *Op. Cit.*, 56-57.
[107] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1187.
[108] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 398.
[109] GADAMER, *Op. Cit.*, p. 402.

A compreensão assim tem a tarefa constante de elaborar projetos adequados às coisas que, como projetos, são antecipações de sentido que devem apenas ser confirmadas 'nas coisas'. *A objetividade é a confirmação que uma opinião prévia obtém através da sua própria elaboração*.

Desse modo, a delimitação dos textos pertinentes ao conteúdo de uma suposta norma (princípio ou regra) é muito importante, até a fim de verificar seus componentes: o caráter, o conteúdo, a condição de aplicação, a autoridade, os sujeitos e a ocasião.[110]

Por outro lado, o processo hermenêutico com sentido ontológico positivo que se dá a partir dessa seleção (e das concepções prévias dos textos selecionados) é fundamental a fim de que se objetive o aspecto normativo, verificando-se a conduta que deva ser efetuada, bem como o estado de coisas a ser alcançado, sempre no aspecto da temporalidade.

Feita a diferenciação entre dispositivo e norma, passa-se à diferenciação entre regras e princípios, como espécies do gênero norma, a partir do qual serão expendidas considerações acerca da norma do planejamento orçamentário.

## 2.1.2. DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

### 2.1.2.1. DISTINÇÕES INICIAIS

Conforme Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras é a base da teoria de fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.[111] Mas tal diferenciação auxilia a solução de conflitos normativos para além desse objeto, servindo de base à fundamentação também dos deveres estatais e das funções soberanas do Estado. Por isso a sua pertinência, uma vez que o controle da execução orçamentária inclui a identificação dos deveres estatais os quais devem ser realizados através das políticas públicas.

Antes da discussão sobre princípios e regras, o direito era visto como um conjunto de *regras*,[112] cuja aplicação *eventualmente* requeria a apreciação de determinados *princípios*. Nesse direito eminentemente *regrado*, pois, a existência de princípios era meramente subsidiária.

Dworkin critica a denominada por ele 'teoria dominante do direito', em parte o positivismo jurídico, ao sustentar que "a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das *regras* que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso."

---

[110] WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 87.
[111] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.
[112] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61-62.

[grifo nosso][113] O direito positivo brasileiro possui típico exemplo dessa concepção *regrada* do Direito, em que os princípios, longe de obter uma proeminência de existência na análise pré-casuística, eram invocados somente na hipótese de lacunas.[114] Por outro lado, Dworkin identifica que

> [...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.[115]

Alexy já expõe a existência de modelos de ordenamento baseados na proeminência de regras ou princípios. Afirma porém que modelos puros de regras ou de princípios não conseguem regular satisfatoriamente a vida humana,[116] seja porque não abrem espaço para a discussão das regras existentes, seja porque caem em um perigoso subjetivismo, em ambos os casos distorcendo objetivos normativos e a realidade normada.

Com o fito de evitar incertezas e prosseguir na crítica a esse positivismo que sugere um modelo de regras, parte-se das premissas de Alexy: tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados por meio das expressões deônticas básicas da obrigação, da permissão e da proibição.[117]

A perspectiva quanto às finalidades ou quanto à conduta devida influenciam sobremaneira na distinção de uma norma em regra ou princípio. Ronald Dworkin envidou por inaugurar uma nova fase do pensamento jurídico, baseado na identificação de tipos de máximas jurídicas, diferentes das regras. Inicialmente utiliza o termo 'princípio' de maneira genérica, a indicar todos os padrões que não são regras. Assim princípio designaria padrões de justiça, políticas e outros tipos. "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]."[118]

Os *princípios* (sentido estrito), por sua vez, são padrões cujo objetivo é conceder justiça ou equidade, ou ainda qualquer dimensão da moralidade, já que para Dworkin a moral é parte essencial do jurídico. "Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem

---

[113] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. VII-VIII.
[114] Art. 4º da LICC: "*Quando a lei for omissa*, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." A concepção subsidiária da aplicação dos princípios é tão marcante que essa é a *única* ocorrência da palavra *princípio* em uma lei que diz respeito notadamente à aplicação de leis no direito brasileiro.
[115] DWORKIN, *Op. Cit.,* p. 35-36.
[116] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135.
[117] Idem, p. 87.
[118] DWORKIN, *Op. Cit.,* p. 36.

ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio."[119]

Ressalte-se que pelo próprio Dworkin tal distinção entre princípio e política pode ruir caso um princípio seja interpretado como expressão de um objetivo social. Esse alerta deve ser analisado perante os princípios jurídicos da Constituição de 1988, a qual absorveu políticas em sede normativa. Isso será discutido adiante quando discorrer-se sobre as necessidades públicas constitucionais.

De qualquer modo, no exemplo do princípio (sentido estrito) da *boa-fé* impede-se por razão de justiça que alguém se beneficie da própria torpeza ou ilícito. Mas isso é bem diferente do que uma norma que estipula limite máximo de velocidade em uma avenida, ou elenca requisitos formais de um ato para que seja considerado válido.

Lastreado na diferença que se tem entre normas como a boa-fé e a do limite máximo de velocidade, Dworkin marca sua primeira e mais marcante distinção entre regras e princípios: o modo final de aplicação, ou seja, a maneira com que cada uma das normas estabelece condições que tornem a sua aplicação necessária.

Enquanto a regra segue um 'tudo ou nada' (*all or nothing*), oferecendo descritivamente as condições de aplicação, o princípio, por não as oferecer, enuncia "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma *decisão particular*."[120] [grifo nosso]

Em outras palavras, enquanto a regra é aplicada ao modo tudo-ou-nada, em que a sua não aplicação decorre necessariamente de uma exceção ou de uma antinomia (a regra é excepcionada por outra ou então a regra é inválida), o princípio aplica-se de maneira 'mais ou menos'. Quando inaplicável, não é excetuado ou retirado do sistema, mas simplesmente afastado em sua eficácia, *não prevalece.*

Ademais, para Dworkin os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. As regras são apenas *funcionalmente* importantes (em razão de uma regra reger mais sensivelmente determinada conduta), mas não qualitativamente, enquanto partes do mesmo conjunto.[121]

Na decisão particular, decide-se o peso de um princípio e assim como deve prevalecer sobre outro: como a boa-fé pode sobrepor-se ao princípio da segurança jurídica dos instrumentos convencionais, como no caso de querela entre consumidor e empresas mediante contratos de

---

[119] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.
[120] Idem, p. 41.
[121] Nesse sentido, regras extraídas de uma Lei Ordinária entre si não seriam mais importantes. Porém, se o ordenamento contempla regras de autoridade superior, essas prevalecem em relação às primeiras. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42-43.

adesão, particularmente antes do Código de Defesa do Consumidor, em que se manifeste abuso da sociedade empresária.

Na sua crítica contra o positivismo, o qual se ocupa do direito como sistema de *regras*, diz que há uma perspectiva equivocada sobre o que são princípios. Diz que os positivistas os enxergam como se fossem *padrões tentando ser regras*, inexistindo maneiras de testar a validade de regras como essas:

> O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – o que é falso.[122]

Isso decorre da concepção do direito como conjunto de regras e tão somente isso, como teoria de *alternativas exclusivas*. Não é incomum encontrar na doutrina brasileira tal perspectiva, como, por exemplo, a que encara princípio tão somente como *valor*, importante para o direito, porém extrajurídico.[123]

De outro lado, as regras são criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas, ou pelo judiciário, formuladas para decidir casos específicos (instituindo precedentes para o futuro). Os princípios, pelo contrário, decorrem da "compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo."[124]

Verifica-se aqui que Dworkin concede aos princípios a natureza *histórica*, como um sentido construído pela magistratura e pelo público em geral a respeito da direção a ser tomada em determinados casos difíceis, diante das regras vigentes. Ademais, em sua crítica a Hart, assevera que a validade dos princípios não decorre de uma regra fundamental de reconhecimento e nem da aceitação da sociedade como um todo, mas decorre da própria concepção de direito, no seu aspecto da moralidade.[125]

Note-se, de todo modo, que na compreensão do que seja princípio, pois, encontra-se maior liberdade interpretativa: a determinação depende mais da construção histórica da comunidade linguística do que a determinação do sentido de uma regra, a qual possui linguagem menos finita, em decorrência de sua maior descritividade.

---

[122] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007*,* p. 63.

[123] Como exemplo, CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 159. O referido autor apresenta quatro sentidos de princípio: nos dois primeiros iguala-o a *regras* e, portanto, porta-o de caráter normativo; nos dois últimos, apresenta princípios como *valor* ou *limite objetivo*, ambos sem a estrutura normativa, o primeiro sendo produto da subjetividade e o segundo uma orientação que pode ser retirada do sistema jurídico, mas sem constituir norma.

[124] DWORKIN, *Op. Cit.,* p. 64.

[125] No caso dos padrões, como no dos costumes, não há *teste* de validade suficiente para indicar a sua vinculatividade. No entanto, são aplicados pelos magistrados como imperativos do Direito. DWORKIN, *Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007,* p. 65-68.

É justamente com relação à maior ou menor descritividade da conduta a ser tomada no caso concreto que Humberto Ávila diferencia, por sua vez, princípios e regras. Para ele regras e princípios são tipos de normas de *primeiro grau,* as quais decisivamente não se diferenciam pela estrutura do hipotético condicional, pelo modo final de aplicação ou pela natureza do conflito normativo.

> A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.[126]

Verifique-se a aproximação com Dworkin,[127] quanto à dependência dos princípios a uma decisão, com o fim de preencher a descrição de conduta a ser exigida. É aqui que Dworkin descreve a utilização dos princípios pelos magistrados para se encontrar uma *nova* regra (nova no sentido de não expressa no ordenamento),[128] por isso o caráter construtivo da aplicação do Direito.

De outro lado, a delimitação acima exposta aproxima-se de Robert Alexy, em razão do caráter *prima facie* dos princípios[129] e da possibilidade de criação de uma exceção às regras através da relevância de um princípio seja pela finalidade atribuída à regra seja pela existência de princípios denominados por esse último de *formais.*[130]

Por seu turno, Robert Alexy propõe uma distinção qualitativa: princípios são normas as quais ordenam que algo seja realizado na *maior medida possível* dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto regras são normas cumpridas através do modo por elas descrito: "contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível."[131]

O próprio autor salienta que a característica dos princípios de constituírem *mandamentos de otimização* em sentido lato, englobando, além dos deveres, as permissões e as proibições, é o que difere a sua concepção da teoria de Dworkin.[132] São caracterizados pelo modo de sua satisfação: em graus variados e conforme possibilidades jurídicas, além das fáticas. As possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes.[133]

---

[126] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.
[127] DWORKIN, *Op. Cit.,* p. 41, com relação à necessidade de decisão particular no caso dos princípios.
[128] Idem, p. 46.
[129] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.
[130] Ressalte-se que Dworkin limita o espectro possível de exceções. Robert Alexy, em razão do casuísmo, apregoa que as cláusulas de exceção são inumeráveis. Cf. ALEXY, *Op. Cit.*, p. 104-5.
[131] Idem, p. 91.
[132] Idem, nota de rodapé à p. 91.
[133] Idem, p. 90.

Por outro lado, Robert Alexy explica que o modo de solução de antinomias caracteriza os diferentes tipos de normas. Nas regras, a solução sempre se dá com a declaração de invalidade de uma delas ou com a previsão de uma exceção, enquanto que com os princípios se dá o afastamento de um deles, perdendo parte da eficácia no caso concreto, sob determinadas condições. Assim, "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso."[134] Ressalte-se que aqui Alexy se vale do conceito de dimensão de peso do Tribunal Constitucional Alemão, ocorrendo o mesmo com Ronald Dworkin.

Ademais, para o Alexy, o caráter *prima facie* dos princípios se extrema do caráter definitivo das regras. Os primeiros exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*: apresentam *razões* que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Já nas regras a consequência pode falhar diante de impossibilidades fático-jurídicas, mas, se isso não ocorrer, vale definitivamente o que a regra prescreve. Essa definitividade é a tentativa de Dworkin: *tudo ou nada* para regras e *mais ou menos* para princípios. No entanto, Alexy critica esse modelo, porque há possibilidade, em determinados casos, de se estabelecer uma cláusula de exceção, em virtude de um princípio, por exemplo. As exceções não são enumeráveis *a priori*, conforme quer Dworkin: "Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção."[135]

Mas as regras não são superadas como os princípios, em razão da existência dos *princípios formais,* aqueles que veiculam a obrigatoriedade de se seguir as regras criadas pelas autoridades competentes, não se relativizando sem motivos o consenso prévio das leis.

Do mesmo modo como os princípios, apesar da possibilidade de haver uma carga argumentativa a favor de alguns (o que reforça o seu caráter *prima facie* em prejuízo do sopesamento casuístico), não têm o seu caráter igualado ao das regras, seja porque uma regra de ônus argumentativo nunca exclui a necessidade de se definir as condições de precedência do caso concreto, seja porque o ônus argumentativo já existente das regras é substancialmente maior, em razão das decisões tomadas previamente pelas autoridades legitimadas.[136]

Robert Alexy ainda delimita que princípios e regras são *razões* para se chegar a um juízo concreto de dever-ser. Afirma a possibilidade dos princípios servirem como fundamentos a ações, sem sofrerem intermediação das regras já legisladas. Porém, para serem aplicados diretamente há

---

[134] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.
[135] Idem, p. 104.
[136] Idem, p. 106.

de se ter relações de precedência, as quais são propriamente regras, criadas já na aplicação do direito pelos Tribunais.

Importa assinalar que os princípios não são razões definitivas, ao contrário das regras (caso não haja invalidade e esteja-se fora do âmbito das exceções): os princípios são razões provisórias indicativas de um objetivo, as quais fundamentam a existência de regras porventura aplicadas.

Segundo o referido autor, entre o princípio, direito *prima facie*, e o *direito definitivo* nele fundamentado, há definição de uma relação de preferência, a qual é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra.

> Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos princípios nunca são razões definitivas.[137]

Desse modo princípios não são propriamente as diretivas de conduta (comportamentos descritos), mas o seu *fundamento orientado a certo objetivo,* o qual se aplica de forma gradual ao se determinar o conteúdo de uma relação de preferência, ou seja, o conteúdo de uma diretiva de comportamento: instituição de regras.

Entre direito *prima facie* e direito definitivo, assim, opera-se uma relação de precedência condicional. Tal significa que, dada a prevalência de uma razão sobre outra, tal prevalência funciona como uma regra a instituir que, *se* houver as mesmas condições, será dada a mesma prevalência. Para mudar tal quadro em outro caso, resta somente argumentar que as condições são fundamentalmente diversas, o que resulta em superação da regra de precedência condicional e *novo* sopesamento.

Somente desse modo os princípios como mandamentos de otimização podem ser aplicados e continuarem com a característica de instituírem direitos *prima facie.* Sempre que a razão for definitiva está-se diante de uma regra fundamentada no princípio.

No caso exemplificado pelo autor, a dignidade humana como princípio tem precedência sobre o princípio da proteção do Estado *sob determinadas condições.* Assim pode haver o inverso: caso as condições sejam diversas, como a necessidade do sigilo a fim de se proteger o Estado, precede o segundo princípio. Nesse último caso, a regra do caso concreto que dá proeminência a outro princípio indica que a regra da inviolabilidade da dignidade foi *violada*, mas isso é aceitável em razão de ter-se dado precedência à proteção estatal. Figurou-se a discussão no nível dos princípios e a regra da inviolabilidade foi afastada se as condições forem aquelas. Conforme explica Saulo Casali Bahia, "a dignidade da pessoa humana não é lesionada quando a exclusão da

---

[137] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou subestimação da pessoa humana, senão pela necessidade de atender a um interesse público."[138]

Se por meio do sopesamento prevalecer a dignidade humana, surge uma *regra* de prevalência, a *regra da dignidade humana* (regra constitucional atribuída), aplicada ao modo *tudo ou nada:* caso existam as condições, o princípio tem precedência. Portanto, não se trata de um princípio da dignidade humana absoluto, vez que em outros casos (condições diversas) a regra não se aplica, dando-se ensejo ao sopesamento da razão *prima facie* da dignidade humana (nível de princípio).[139]

Não se trata de antinomia: trata-se de uma regra apoiada em uma colisão de princípios que concedeu espaço a circunstâncias de fato as quais determinaram a violação da dignidade em prol de interesses fundantes do Estado, sem, contudo, afetar a esfera nuclear da norma como princípio e resguardando-se a possibilidade de definir de outra forma em casos futuros cujas condições forem diversas.

Portanto, Alexy apregoa a perspectiva das alternativas inclusivas (um mesmo dispositivo constitui ponto de partida para se interpretar princípio ou regra), ao explicar a interação como fonte de fundamento dos princípios para as regras.

Mas o caráter duplo dos direitos fundamentais como princípios e regras passa sempre, na visão de Alexy, com a eventual incompletude da regra (se necessita de um sopesamento a fim de ser aplicada, a regra é incompleta), o que erige a obrigatoriedade de se pressupor um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas a eles vinculadas.[140]

Outro aspecto da teoria de Alexy importante para a especificação da norma do planejamento orçamentário é a relação dos princípios com a máxima da proporcionalidade,[141] o que gera significativos efeitos para a aplicação devida do orçamento público. Essa conexão será melhor trabalhada à frente.

Por ora, resta salientar que para Robert Alexy, *do ponto de vista da vinculação à Constituição*, é possível uma regra de precedência condicionada,

> [...] segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinação que não aquelas definidas no nível das

---

[138] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.

[139] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

[140] Idem, 140. Nesse ponto que Humberto Ávila se apóia a fim de dizer que as regras podem ser sopesadas, como uma das razões para se apregoar uma distinção *fraca* entre princípios e regras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59-63; STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 1ª Ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

[141] ALEXY, *Op. Cit.*, p. 116-120.

> regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.[142]

A precedência se dá porque houve mais decisão em um conjunto de regras do que em um conjunto de princípios: como a vinculação a uma Constituição significa uma submissão às decisões do legislador constituinte, há uma regra de proeminência das regras sobre os princípios, a qual sempre é afastada na presença de razões fortes, sob o palio da argumentação constitucional.[143]

De todo modo, em R. Alexy trata-se de uma fraca precedência, mesmo porque as regras incompletas permitem sopesamento de razões e, logo, recorrência ao nível dos princípios. A vinculação à Constituição, aqui, gera mais o efeito de se considerar como normativas todas as normas identificáveis na Constituição (porque *todas* são decisões dos constituintes, tanto princípios quanto regras) do que se admitir prevalência de regras sobre princípios.

A própria aplicação das regras constitucionais pode se afastar mais do teor literal a fim de compatibilizar a eficácia de um princípio, isso revelando que, em verdade, não há regra de precedência estrita.

### 2.1.2.2. DEPENDÊNCIA AOS ASPECTOS FÁTICOS

A partir das diferenciações expostas sobre os tipos de normas, observa-se a dependência da aplicação do direito a um processo de *compreensão*. Em ambos os casos, há uma linguagem a ser compreendida: porém, nas regras há mais *notas distintivas* quanto ao comportamento a ser exigido do que nos princípios, os quais se caracterizam mais propriamente por indicar a direção, o fim a ser atingido por condutas *prima facie* indeterminadas, porém obtidas casuisticamente.

Portanto, o grau de compreensão é, sem dúvida, diferente no que toca a regras e princípios, em razão do nível de descritividade da conduta exigida em cada um deles.

No processo de compreensão das regras, pois, há pontos de partida *a priori* inafastáveis, enquanto que no dos princípios há pontos de partida somente *a posteriori* identificáveis, ou seja, no trato com os *casos.*

A regra da instituição de um tributo, assim, possui pontos de partida inafastáveis: dado certo evento, surge a obrigação de pagar tributo como consequência, na medida em que se qualifique aquele como *fato gerador* (seja descrito como fato tributário pela autoridade

---

[142] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

[143] Idem, p. 140-141. A perspectiva, portanto, continua aberta e dependente da argumentação que se fizer para se superar a regra do cumprimento das regras constitucionais, a fim de que se apliquem princípios.

competente). As condutas (1) permissiva ao ente fazendário de cobrar e (2) obrigatória do contribuinte em pagar são evidentes.

O princípio da igualdade, para ser aplicado, requer elementos somente identificáveis quando da análise de um caso e da insuficiência de regras. A violação ou promoção da igualdade somente pode ser analisado frente a uma medida e os condicionantes fáticos. No exemplo de se saber se as cotas raciais nas universidades violam a igualdade ou a promovem, apenas pode-se chegar a uma *justificação para diferenciar* baseada na história do povo brasileiro, no comportamento das etnias, nos critérios de aprovação, nas consequências das decisões.

De outro lado, na *aplicação* das regras há pontos de partida *a posteriori* identificáveis, e na *aplicação* dos princípios há pontos de partida *a priori* inafastáveis. No primeiro caso, há possibilidade de criação *judicial* de exceções às regras ou decisão no âmbito de conflito *concreto*.[144] No segundo, verifica-se a influência de regras a delimitar o espectro de eficácia dos princípios.

A identificação de elementos fáticos a fim de se analisar a aplicação de uma regra é imprescindível para, se for o caso, instituir-se uma exceção, como no caso do confronto entre a regra da proibição municipal de tráfego de animais em veículos de transporte público e a necessidade de locomoção de um deficiente visual com o seu cão guia. Outro exemplo é o confronto da situação de incapacidade econômica dos estudantes com a regra do pagamento na passagem de transporte público. No primeiro exemplo, basta-se instituir-se uma exceção, permitindo-se ao deficiente visual o livre tráfego. No segundo, há de se criar novo instituto jurídico, a obrigatoriedade da *meia passagem*, mas isso, apesar de não ser uma permissão, não deixa de ser uma exceção à regra impositiva do preço total.

Já no segundo caso, os princípios podem ter *a priori* pontos de partida inegáveis. Alexy afirma que na instituição de uma preferência de um princípio sobre outro se trata de uma *regra de precedência condicional*. Assim o é pois se constitui em *razão definitiva* para casos com as mesmas condições fáticas de aplicabilidade.[145]

Porventura, na regulamentação do princípio da liberdade de locomoção, os legisladores ponderarem que a possibilidade de concessão da liberdade provisória não viola o princípio da proteção da ordem pública mas se protege o princípio da liberdade, trata-se de uma regra subjacente ao princípio, que não deixa de dar a ele um ponto de partida inafastável, conforme a situação hermenêutica considerada. Claro que se aplica, igualmente, em certos casos.

Essas considerações serão importantes mais à frente, com relação à compreensão na hermenêutica jurídica e à descrição da função jurisdicional. Por ora, ressalte-se a caracterização

---

[144] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008*,* p. 104; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007*,* p. 67.

[145] ALEXY, *Op. Cit.*, p. 139-140.

> das regras e princípios, com o fito de conformar a norma do planejamento orçamentário. As regras seriam normas eminentemente descritivas, no que se diferenciariam dos princípios, normas mais abstratas que, embora possam exprimir uma conduta prescrita, somente o fazem por meio de uma interpretação complexa sobre como se atingir determinado estado de coisas. São obrigações apenas *prima facie* que reclamam análise de condicionantes fáticos e jurídicos de maneira mais acentuada.[146]

Assim, apenas diante do caso concreto a possibilidade de aplicação das consequências das normas se evidencia ou não. E nesse diapasão, os princípios e regras se aproximam, ao invés de se estremarem.

Tanto princípios como regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. Naqueles, ela é feita sem obstáculos institucionais, já que estabelecem um estado de coisas a ser atingido sem descrever diretamente o comportamento devido. Os princípios geram razões substanciais ou finalísticas, mas não comportamentos.

Já no caso das regras a consideração de aspectos concretos com uma fundamentação pode ser capaz de ultrapassar a trincheira da institucionalização das mesmas (elas *devem ser* obedecidas desde logo). Para Robert Alexy, é fenômeno que permite gradação, conforme se atribua maior ou menor peso aos princípios que impedem a relativização das regras – os princípios formais.[147]

Enfim, "é o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa."[148]

E, para além da distinção das espécies do gênero norma, a consideração dos aspectos concretos e individuais é um fator condicionante para a eficácia das normas em geral, seja na ponderação dos princípios, seja na superação de regras.

Além da distinção conforme o modo de aplicação (*tudo ou nada* nas regras e *mais ou menos* nos princípios), fala-se em diferentes soluções face um conflito normativo.

Assim, o conflito entre regras ocasiona antinomia, superada pela invalidade (conflito externo) ou a declaração de exceção; já o conflito entre princípios, que são imbricados, decide-se através da ponderação, que atribui a cada um deles uma dimensão de peso e, ao final, a preponderância.

Por Claus-Wilhelm Canaris, além do elemento axiológico, os princípios recebem o seu conteúdo através do processo dialético de complementação e restrição recíprocas.[149] Por Dworkin,

---

[146] Nesse ponto estão assentes as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44.

[147] ALEXY, *Op. Cit.,* p. 104.

[148] ÁVILA, *Op. Cit.,* p. 49.

eles têm dimensão de peso que faz com que um prepondere em certo caso, sem perda de validade (conflito interno), como visto acima. Por Alexy, os princípios são aplicáveis em graus, segundo as circunstâncias, e a preponderância advém no caso concreto apenas.[150]

Tanto num (princípios) quanto noutro caso (regras), há *sopesamento de razões e de contra-razões*. A diferença está quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: em se tratando de regras e exceções, o aplicador, em razão da descritividade das regras (significado preliminar do dispositivo), "possui menor e diferente âmbito de apreciação já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta."[151]

Já no caso do imbricamento entre princípios, o aplicador, por não existir esse elemento descritivo, apenas um estado de coisas a ser buscado, "possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas."[152]

Humberto Ávila expõe, a partir de extensas considerações aqui sumarizadas, os pontos de partida para a distinção entre regras e princípios.[153] As regras seriam normas descritivas da conduta exigida, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, ou seja, *a priori* observáveis.

A sua aplicação, em razão da retrospectividade, exige avaliação de correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (análise do antecedente normativo com os fatos – silogismo de subsunção, no dizer de Karl Larenz).[154]

Já os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade. Para a sua aplicação se demanda uma avaliação da coordenação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

---

[149] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92-93.
[150] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93. No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.
[151] ÁVILA. *Op. Cit.*, p. 56.
[152] Idem, p. 56.
[153] Idem, p. 78-79.
[154] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 383-385.

### 2.1.2.3. SUPERAÇÃO, ADSCRIÇÃO E EXCEÇÃO NAS REGRAS

Foi visto que o conflito entre regras ocasiona antinomia, superada pela invalidade (conflito externo) ou pela declaração de exceção. Há sopesamento de razões, com o fito de respectivamente excluir uma regra do sistema ou de fundamentar a não aplicação da regra na sua totalidade ou parcialidade para determinado caso.

Se uma regra entrar em conflito com outra, a solução se dá com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, transformando uma delas em norma-regra de exceção (porque permite uma conduta que a outra em tese proíbe). Exemplo trivial disso é a proibição do homicídio, que tem como exceção a permissão do mesmo ato, *matar alguém,* na circunstância elementar da legítima defesa. Em tese há duas regras em conflito: proibitiva e permissiva do assassinato, mas uma é considerada excepcional, pois se aplica a *casos anormais*, i.e., a casos com certas circunstâncias fáticas – morte alheia para evitar morte própria, uso de mesmo potencial lesivo do agressor, reflexo instintivo (não cabe momento de reflexão antes do ato).

No conflito de regras no nível concreto, não há antinomia real (o que conduz à invalidade de uma das regras) mas a *criação de exceção* mediante *ponderação* para se afastar os efeitos de uma regra em favorecimento de outra, pela identificação de razões justificativas superiores (atribuição de peso a razões de uma em detrimento das razões da outra).[155]

Para Dworkin a regra pode ter exceções, mas se tiver será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Quanto mais forem arroladas as exceções, mais completo será o enunciado da regra.[156]

Parte dos efeitos jurídicos que a norma tem aptidão para produzir não serão *in concreto* realizados. Por isso o processo de ponderação retira a eficácia de uma norma (parcial ou total em determinado caso e sempre parcial na generalidade dos casos).

Diferente do caso de superação de antinomia, em que se invalida uma das normas (característica do conflito entre *regras*), porque seria problema de validez e não de eficácia, é a operação que retira parte da eficácia sem criar exceção à regra, simplesmente afastando-a, ou seja, problema de eficácia.

---

[155] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007*,* p. 67.

[156] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006*,* p. 40. Alexy não acredita na possibilidade de se apontar todas as exceções possíveis à regra, como o faz Dworkin. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

É o caso da *superação da regra*, para Ávila, em que ambas as regras continuam válidas, ou a recorrência aos princípios quando há normas incompletas, para Alexy. Já no nível dos princípios, que por sua vez serão sopesados, afasta-se a eficácia de uma regra incompleta em prol da eficácia de outra. "Enfim, qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso."[157]

Para Humberto Ávila há manutenção da validade, ocorrendo a diferenciação da eficácia no momento da aplicação da norma, como na ponderação de princípios. Mas se trata de ponderação diferente, pois no caso das regras há uma *trincheira* a ser transposta pelo jurista, em razão da própria descritividade.[158]

Essa *trincheira* direciona a aplicação ao '*tudo-ou-nada',* salvo em casos muito especiais (*hard cases*, em que a proporcionalidade indica a superação da exigência de conduta da regra), em que as razões superiores às da regra impelem a aplicação normativa em outra direção. Conforme se infere de R. Alexy, porém, tal discussão já se encontra no nível dos princípios: as razões superiores são ínsitas em normas que aceitam a aplicação ao modo *mais ou menos.* Trata-se da adscrição, como explica Saulo Casali Bahia: "mesmo regras definitivas podem ganhar relativização, na medida em que ocorra o fenômeno de adscrição a princípios, quando passa a existir a necessidade de ponderação."[159]

Nas exceções assume-se que o suposto da regra foi preenchido, porém a consequência não se dará em determinado caso. No caso da superação/adscrição, envidam-se esforços argumentativos no sentido de que o suposto não é preenchido.

### 2.1.2.4. SOBREJACÊNCIA

Para Humberto Ávila, a avaliação de correspondência nas regras é sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos *princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes*.[160] Para Ronald Dworkin, há duas técnicas para resolver conflito entre regras, no caso de antinomia (com o fito de exclusão): escolha da regra mais atual ou da regra que é *sustentada por princípios*

---

[157] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007*,* p. 58-59.
[158] Idem, p. 49-50.
[159] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.
[160] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

*mais importantes*.[161] Por sua vez, Robert Alexy entende a adscrição das regras a princípios, pois esses fundamentam o surgimento daquelas, não sendo mandamentos de otimização, mas fundamentos para tais mandamentos.[162]

De qualquer modo, vê-se que as regras se ligam a princípios, ao descrevem condutas exigidas para certas hipóteses, com a finalidade sobrejacente dos princípios. É nesse raciocínio que se postula a criação, pela jurisdição, de novas regras a partir da análise de princípios que atuam em determinado caso.[163] "[...] a regra não existe antes de o caso ser decidido, o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra."[164]

Apesar de não decidirem a conduta a ser cumprida pelo endereçado, os princípios sustentam a adoção de novas regras, servindo como fundamento de validade de todas elas, baseadas no cumprimento em máxima medida do estado de coisas a ser buscado pelo princípio.

Mas tal *sobrejacência* não se resume à interação entre princípios e regras: também a princípios e princípios, conforme um princípio seja parte do suporte fático[165] de outro. Nesse sentido que se pode dizer *sub* ou *sobreprincípio*, conforme seja o suporte fático menor ou maior em comparação com outros.

Com isso pode-se falar em *sobreprincípios* e *subprincípios.* Claus-Wilhelm Canaris elucida a questão, ao explicar sobre a existência de *princípios gerais.* Trata-se de um critério inteiramente relativo, porque acompanha a existência de sistemas e subssistemas: um princípio geral para o subssistema não detém generalidade para o sistema total (p. ex., um princípio geral de direito sucessório pode não o ser para o sistema de direito civil). De qualquer forma, há uma interpenetração de sistemas e consequentemente, relações entre princípios que os constituem:

> Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como 'geral', no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo. Assim, modifica-se a 'generalidade' dum princípio com a perspectiva do ponto de vista.[166]

Assim sendo, a identificação dos princípios modifica o próprio cabimento do sistema considerado e um escalonamento entre sobre e subprincípios deve ser coerentemente realizado, pois

> [...] é sempre decisiva a questão de quais os princípios jurídicos que se devem considerar constitutivos para a unidade interior do âmbito parcial em causa, de tal

---

[161] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006*,* p. 43.
[162] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.
[163] De modo implícito em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.
[164] DWORKIN, *Op. Cit.,* p. 46. Esse é um dos fundamentos para o exercício criativo da jurisdição.
[165] No sentido que lhe dá ALEXY, *Op. Cit.*, p. 302-303.
[166] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 79.

> modo que a ordem dele seria modificada, no seu conteúdo essencial, através de uma alteração num desses princípios.

De outro lado, há necessidade de se entender a existência de subprincípios (e logo a relação de *sobrejacência*) para o próprio modo de realização dos princípios jurídicos. Claus Canaris aduz percucientemente que os princípios sempre "precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio."[167]

A sobrejacência, portanto, identifica o sentido de abrangência de determinado princípio, tanto em relação aos bens protegidos quanto às outras normas que cumpram finalidades parciais do mesmo como estado de coisas global, já que *princípios não tem pretensão de exclusividade*.[168] Logo, a sobrejacência identifica o sentido da gradual concretização dos comandos normativos, do direito *prima facie* ao direito definitivo.

Por exemplo, ninguém pode negar que a Constituição de 1988 garante a segurança jurídica do contribuinte. Tal princípio requer um estado de coisas tal que o contribuinte (sujeito passivo do tributo) possa proteger seu patrimônio prevendo a carga tributária com antecedência. Não obstante, há outros princípios e regras que cumprem tal desiderato, cada um à sua maneira, verificáveis a partir do art. 150 da CF/88.

O princípio da legalidade requer a feitura de lei para instituição de tributos; a regra da anterioridade prevê um tempo razoável entre promulgação e cobrança, a da retroatividade impede a cobrança sobre fatos anteriores; o princípio da capacidade contributiva deseja que a carga tributária recaia sobre a manifestação de riqueza; enfim, o não-confisco requer a proteção de um mínimo de riqueza a fim de se manter a propriedade.

Todas as normas citadas, pois, servem de alguma maneira à instituição do estado de coisas da segurança jurídica do contribuinte, objetivo do princípio jurídico subjacente, por sua vez, ao princípio da segurança jurídica (em geral). Enfim, a construção da sobrejacência é teórica, fruto da interpretação dos dispositivos legais e dos sopesamentos realizados de maneira correta, com exclusão do irrazoável.

Ante todo o exposto, as análises acerca da distinção de regras e princípios lançam bases sólidas para a caracterização da norma constitucional orçamentária. Baseando-se nas alternativas inclusivas de Alexy, bem como no modo final de aplicação de Dworkin e nos demais institutos teóricos utilizados por esses autores, a norma orçamentária pode ser investigada satisfatoriamente.

---

[167] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 88.
[168] Idem, p. 90.

## 2.2. PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO: REGRA OU PRINCÍPIO?

As diferenciações acima colocadas permitem, na identificação da norma constitucional do Orçamento Público, vislumbrá-la como princípio ou como regra, conforme enalteça o intérprete a feição da interpretação dos dispositivos considerados.

A perspectiva das alternativas inclusivas é importante, assim, quando da análise dos dispositivos constitucionais sobre orçamento. Por ela pode-se entrever, de um mesmo dispositivo constitucional, dois tipos de normas, uma regra outra princípio: "O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais." [169]

Desse modo, tanto uma disposição pode gerar duas normas (um princípio e uma regra) ou mais, quanto *um* princípio (ou *uma* regra completa) pode ser interpretado pela análise de várias disposições, quanto ainda um princípio possa decorrer de outro, sem disposição alguma.

De outro lado, é decisivo verificar que a norma gerada (por nenhum, um ou mais dispositivos) pode ter *caráter duplo,* o que é substancialmente diferente, conforme Robert Alexy. Por ele, "um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo."[170]

O caráter duplo envolve a noção de que existe uma cláusula de restrição ao direito *prima facie* garantido na constituição e, a partir disso, a união entre esse e aquela conduz à formulação de uma *regra*. Portanto, a mesma norma de direito fundamental tem caráter duplo, de princípio (caráter *prima facie*) e de regra, vez que restringir o direito fora da existência de determinada situação fática é *proibido*.[171] Trata-se de princípio e regra, respectivamente norma *estabelecida* e norma *atribuída*, de direito fundamental.[172]

Conexo a esse pensamento é a existência de uma *regra* que expresse o resultado de um sopesamento, ou seja, que funcione como restrição a direitos fundamentais. Como toda restrição desse tipo tem caráter normativo,[173] quando se fala de *caráter duplo* se está assumindo a existência

---

[169] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141. No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69.
[170] ALEXY, *Op. Cit.,* p. 144.
[171] Idem, p. 141-144.
[172] Idem, p. 102.
[173] Idem, p. 281.

de uma regra que *incluiu a cláusula de restrição* (inclui *S*) restando-se entre o direito *prima facie* e o direito definitivo.

Logo, sob a teoria do caráter duplo tem-se *um princípio constitucional, uma regra atribuída,* e *uma regra restritiva de direito fundamental*, a qual origina a regra atribuída. Por exemplo, o *princípio* da liberdade de imprensa, a *regra restritiva* da decisão judicial que sopesa entre liberdade e direito à intimidade e vida privada em certo caso, e a *regra atribuída* da proibição de publicação de cartas pessoais quando não autorizada pelo emissor.

Nesse diapasão, nos itens seguintes envida-se por identificar o planejamento orçamentário como duas normas. A primeira tem caráter duplo e deriva dos princípios do Estado Democrático de Direito, da publicidade e da eficiência administrativas, além da dimensão positiva dos direitos: trata-se do *princípio* do planejamento dos gastos públicos com caráter prévio, coerente e teleológico; e da *regra* da proibição de restrição infundada ao planejamento nesses termos (formulação lógica: *T* e *não-S* → *R*, como regra de precedência, ou F(T¬S), enaltecendo-se o functor deôntico). [174] Respectivamente, norma estabelecida e norma atribuída.

Como regra restritiva, indica-se a *regra orçamentária*, a qual define a precedência de certos princípios constitucionais no planejamento, ou seja, que impõe uma razão definitiva ao dever *prima facie* do Estado, componente do conjunto das "regras que, conforme a lei de colisão, expressam o resultado do sopesamento"[175] feito pelos entes políticos.

A segunda norma do planejamento orçamentário refere-se à obrigatoriedade constitucional de, sob certo processo legislativo de iniciativa do Chefe do Executivo, realizar três leis diferentes entre si, de maneira prévia ao tempo em que elas se referirem.

### 2.2.1. NORMA ORÇAMENTÁRIA COMO PRINCÍPIO

Ricardo Lobo Torres afirma que o Brasil em 1988 deixou-se influenciar profundamente pela Constituição de Bonn, a qual perdeu o colorido keynesiano de outras épocas ao apregoar a estabilidade das contas públicas, sendo que o Tribunal Constitucional Alemão considerou a expressão "equilíbrio econômico geral" aberta o suficiente a fim de ser preenchida dos avanços da Economia sobre intervenção estatal.[176]

---

[174] Nos moldes de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, respectivamente, p. 143 e p. 205-206.
[175] Idem, p. 284.
[176] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 74.

Como dito acima, a partir de John Maynard Keynes a preocupação com a feitura dos planos do governo se tornou mais comum: pela exigência de interferir com investimentos públicos, o Estado deveria planejar para investir da melhor maneira. Mesmo com a superação do keynesianismo o Estado continuou com essa tarefa, uma vez que para se obter o equilíbrio orçamentário (mesmo para custeio de atividades básicas) o ideal de planejamento se tornava mais pungente (já que a medida adotada era melhor que nenhuma medida e poderia conduzir ao déficit).

Nesse diapasão surge o *Estado Orçamentário*, o qual se diferencia do Estado planificador de origem totalitária, mas por outro lado se distancia do Estado interventor. Trata-se de uma norma constitucional material, um ideal de planejamento das ações estatais (despesas, receitas e investimentos) que se materializa em dispositivos constitucionais quanto à obrigatoriedade do orçamento público.

"A Constituição do Estado democrático de Direito, por conseguinte, proclama o princípio do planejamento orçamentário ou da programação, que transcende os lindes da Constituição Orçamentária para penetrar em todos os outros subssistemas do texto fundamental."[177]

Trata-se pois de um *princípio* como razão de fundamento para um *sistema aberto* porque possibilita a construção de relações sintáticas e semânticas em um *sistema interno,* visto como a "sistematização do conteúdo de sentido dos dispositivos que protegem expressa ou implicitamente, imediata ou mediatamente os bens jurídicos – situações, objetos ou estados juridicamente protegidos – restringidos pela concretização da relação [...]."[178]

Apesar desse ordenamento constitucional formulado especificamente para um âmbito material ser qualificado pela extensão e intensidade com que trata a relação orçamentária, ele é caracterizado pela sua abertura. Primeiro pelo sentido de possibilidade de desenvolvimento, como são, aliás, todos os sistemas vertidos em linguagem, pela incompletude, a capacidade de evolução e modificabilidade do sistema. Canaris afirma que isso deve à provisoriedade do conhecimento científico, já que a consecução do sistema (interno) é resultado científico: cada sistema científico é tão só um *projeto de sistema*.[179]

O segundo motivo apresentado pelo autor referido é a possibilidade de mudança do ordenamento jurídico, pois é suscetível de aperfeiçoamento:

> Hoje, princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Segue-se, daí, finalmente, que o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de

[177] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.
[178] ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, nº. 3, jun/2001, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008, p. 03.
[179] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 106.

> ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade.[180]

Por outro lado, o sistema pode ser considerado aberto em razão de reenviar expressamente a normas previstas em outros *locus* constitucionais (outras ordenações constitucionais),[181] a partir da interpretação dos juristas, interpretação essa criativa (porque desenvolve o Direito): "A abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta – por razões exteriores à problemática do sistema – é admissível."[182]

Desse modo o sistema orçamentário tal qual disposto nos arts. 163-169 reenvia a outras normas oriundas de outros dispositivos constitucionais, especialmente as decorrentes dos princípios fundamentais (arts. 1º/5º), os quais funcionam como fundamentos, razões para o uso de instrumentos orçamentários.

A ordem econômica e financeira (art. 170-181), por sua vez, não pode ser olvidada, especialmente porque a autorização e utilização da função extrafiscal do tributo é matriz constitucional de certo conteúdo dos orçamentos, pela renúncia de receita dela decorrente e pelos investimentos públicos que podem se dar através da execução das leis orçamentárias.

Os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º/17) se unem a normas que instituem programas estatais (como os arts. 196 e 202), a fim de formarem um rol de objetivos alcançáveis pela estatuição dos orçamentos (instrumento de cumprimento de políticas públicas). Assim, toda norma que prevê dever estatal faz parte desse sistema constitucional orçamentário, materializando os objetivos que o orçamento deve alcançar.

A norma orçamentária, como dever estatal em planejar o ingresso, o gasto público e o investimento público, revela a própria concepção instrumental de Estado para a realização dos objetivos fundamentais dos agrupamentos humanos e, nesse sentido, constitui um *princípio*.

Como *princípio*, prevê a implementação de um estado de coisas (por exemplo, o §7º do art. 165 revela um objetivo precípuo: redução das desigualdades inter-regionais), mas para isso depende das circunstâncias fáticas e jurídicas, como visto acima.

A circunstância fática mais preponderante em sede orçamentária é a *realização da receita orçamentária*, cujo montante apenas pode ser determinado pela contabilidade pública ao analisar os ingressos aos cofres públicos (receitas originárias e derivadas) pelo *regime de caixa*. A afirmativa de Ricardo Lobo Torres de que as políticas dependem de dinheiro e não de verba é

---

[180] Idem, p. 107-108.
[181] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107-8.
[182] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 111-112.

óbvia nesse sentido,[183] mas dela não se infere uma barreira à assunção do planejamento orçamentário como *princípio vinculativo*.

Longe disso: apenas indica a efetiva necessidade de se realizar processos de preferência, de estabelecimento de prioridades para determinada época, ou seja, a necessidade de se realizar um orçamento condizente com a realidade. E o estabelecimento de prioridades deve seguir a pauta do constituinte, jamais restar ao alvedrio pleno do Administrador.

É nesse sentido que se defende o Orçamento como princípio decorrente dos *sobreprincípios* democrático, da eficiência e da publicidade administrativas. De outro lado, há uma série de princípios subjacentes ao do planejamento orçamentário, os quais serão vistos adiante.

De qualquer modo, no nível de princípio o *planejamento* prescreve que o Estado, a fim de se manifestar, deve realizar planos prévios com *coerência* desde as diretrizes fixadas até o montante a ser disponibilizado para cada ação quando da especificação das despesas, montante o qual deve ser proporcional para a importância da área prioritária, e até a execução orçamentária, legítima apenas se planejada.

> [...] para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. [...] elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, §1º).[184]

Assim, se de um lado o art. 165 da Constituição de 1988 obriga a todos os entes federados, pelos respectivos representantes nas esferas de governo, à feitura de três leis orçamentárias, o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA), é forçoso considerar que o Plano Plurianual "estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada" (art. 165, §1º). A Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, §2º):

> [...] compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Além disso, a coerência se revela no art. 165, §4º: "Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional." E no art. 166, §3º, quanto às emendas do

---

[183] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79.

[184] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132-133.

Legislativo, as quais apenas podem ser aprovadas caso "sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias."

Revela-se que as regras oriundas desses dispositivos são *razões definitivas*, porque expõem as condutas a serem seguidas pelo Estado, ao passo que cumprem o desiderato de coerência entre as propostas de governo, as diretrizes estabelecidas previamente e a atuação material, através do Orçamento, dos gastos e investimentos. O princípio do planejamento, então, pode ser cumprido a partir dessa coerência, uma vez que se não houver consonância com as prioridades estabelecidas (especialmente pela própria Constituição Federal de 1988), não há qualquer planejamento.

Vale salientar a vinculatividade ao Poder Público do quanto proposto no orçamento. O Art. 174 da Constituição Federal de 1988 assim determina: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." [grifo nosso]

O dispositivo constitucional aplica o princípio do planejamento orçamentário, aduzindo até que ele será determinante ao setor público. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), igualmente, assimilou-o, no art. 32.[185]

De outro lado, tal não significa que o plano não possa ser alterado mediante o recurso de uma argumentação. Isso seria contrário à natureza do princípio como um mandamento de otimização: planejar a ação estatal da melhor forma possível, com o intuito de, da melhor forma possível, servir como instrumento para se atingir as finalidades estatais.

Propriamente, seria contrário à natureza das coisas (*Natur der Sache*), ou *natureza singular do presente* [186] como condição de eficácia normativa*,* uma vez que o dispêndio estatal é tipo de dispêndio econômico e, como se sabe, tanto fatos naturais (independentes da vontade humana) quanto fatos humanos às vezes imprevisíveis (guerra, p. ex.) geram efeitos econômicos que prejudicam ou auxiliam a consecução dos planos financeiros.

Acontece que o plano, uma vez feito (aprovado pelo Legislativo e sancionado) adquire *status* de regra e, para ser superada, requer uma argumentação constitucional para que se transponha a ordem do planejamento ou mesmo antecipe seus resultados. É a regra de precedência tal qual afirmada por Alexy. Sob certas condições, leia-se: estar vislumbrada na Lei do Orçamento público, fruto de um sopesamento entre as prioridades constitucionais e as prioridades fáticas daquele tempo, e não haver fatos imprevisíveis, a alocação de recursos planejada *deve ser* seguida. Há de se impor *dever definitivo* em face dos deveres *prima facie* colidentes[187] e tal se dá com a

---

[185] NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 35.
[186] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 18.
[187] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 518.

regra do Orçamento público (lei). A *regra do orçamento, desse modo, é a razão definitiva, naquelas condições de tempo e espaço, do princípio do planejamento.*

> No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões conflitos ou antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-se ideal para o estrito mundo do dever-ser definitivo ou real. Nesse ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência.[188]

Assim tem-se que o princípio do planejamento tem caráter *prima facie* na obrigação em se planejar com coerência tudo que estiver relacionado à coisa pública, com o objetivo específico do Estado em cumprir *todos* os seus deveres constitucionais.

O caráter *prima facie* do dever orçamentário é considerado quando se observa o extenso rol de deveres atinentes à função do Estado. *Prima facie* há dever de cumpri-los, mas *definitivamente* a própria natureza de tais deveres (princípios por sua vez) e a escassez de recursos não torna isso possível: a realização de preferências sobre prioridades entre os diversos deveres a serem considerados é componente, então, do princípio do planejamento, com a consequência de estabelecer uma regra quando essa preferência é materializada.

Por isso se disse acima que *a regra do Orçamento (lei material orçamentária) é a razão definitiva do princípio do planejamento,* a qual apenas pode ser superada mediante argumentação constitucional que, *ao nível do princípio* do planejamento, sopese entre o respeito ao planejamento e o atendimento a demandas mais urgentes e imprevisíveis. Trata-se da superação da regra que impõem restrição do planejamento (por priorizar certos princípios em face de outros) por razões superiores (v. *infra* sobre superação e adscrição).

Toda pretensa superação em outros moldes (sem argumentação constitucional porque fora do Orçamento já feito) será *omissão infundada* com relação às alocações que forem prejudicadas por uma realocação ou simplesmente às que não forem cumpridas.[189]

"Para a não satisfação de um dever *prima facie* é necessário que haja, do ponto de vista jurídico, razões aceitáveis. [...] caso não existam razões aceitáveis para sua não satisfação, um dever *prima facie* pode levar a um dever definitivo."[190]

O caráter duplo da norma constitucional de direito fundamental,[191] pois, também se evidencia no planejamento orçamentário. Considerar-se, sob certas condições, que o planejamento seja afastado para realizar-se parte da eficácia de outro princípio constitucional (como no caso da ajuda financeira a vítimas de catástrofes naturais, por proteção à solidariedade humana e à vida)

---

[188] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.
[189] No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.
[190] ALEXY, *Op. Cit.*, p. 518.
[191] Idem, p. 141-144.

revela que a *regra* do orçamento foi *violada*, mas isso é aceitável constitucionalmente porque houve precedência de outro princípio, sendo que o princípio do planejamento apenas foi afastado em parte de sua eficácia. [192]

Se "aquilo que é abarcado pelo suporte fático mas não satisfaz a cláusula restritiva é proibido" (*regra*) e se essa cláusula restritiva faça referencia explícita a princípios e a seu sopesamento (*princípio*), trata-se de *norma constitucional de caráter duplo*.[193]

A norma orçamentária possui um caráter duplo, porque o princípio do planejamento coerente e com vista a cumprir objetivos estatais se revela cumprido caso seja respeitada a regra (*T* e *não-S* → *R*) pela qual toda realocação (medida estatal – T) que não satisfaça a cláusula restritiva (S), ou seja, que não seja fundamentada na Constituição como necessária à proteção em maior medida de outro fim estatal, com referência a uma mudança na situação de fato desde a alocação original, é *proibida constitucionalmente* (R).[194]

Na cláusula de restrição há menção ao sopesamento, como se fez acima: o prejuízo ao princípio do planejamento *prévio*, *coerente* e *teleológico* só pode ocorrer caso haja *necessidade* de se promover outro(s) princípio(s) fundamental(is) de dever estatal em situação diversa (e imprevisível) da época em que se realizou o planejamento. E por essa menção a sopesamento, a norma constitucional do planejamento é de *caráter duplo*. Veja-se a complementação inexorável através da incorporação da máxima da proporcionalidade.[195]

### 2.2.2. NORMA ORÇAMENTÁRIA COMO REGRA

A análise da *norma constitucional orçamentária* como regra, por sua vez, é mais simples. Atine com inúmeros dispositivos constitucionais, e mais propriamente com o art. 165 da Constituição de 1988, pelo caráter obrigatório a todos os entes federados, pelos respectivos representantes nas esferas de governo, da conduta de realizar três leis orçamentárias: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA).

Nessa perspectiva de regra, a norma orçamentária preconiza que o Estado cumpra três determinações simples: publique três leis definindo a atuação para o futuro, cada uma com conteúdo pré-determinado pela própria Constituição. Pelo princípio do planejamento (planejar da

---

[192] É o mesmo que acontece no intrincado exemplo fornecido por R. Alexy com relação à dignidade humana e a proteção do Estado. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.
[193] Idem, p. 143.
[194] A forma lógica é de R. Alexy, ao analisar o caráter duplo da liberdade artística, aqui transportada à norma do planejamento com as alterações cabíveis. Idem, p. 142-143.
[195] Idem, p. 144.

melhor forma com o fito de se atender as necessidades locais no máximo possível), a feitura das três leis deve ser *prévia* ao ano em que as leis se referem (art. 165, §§2º e 8º), *coerente* (art. 165, §2º, 3º e §7º, e art. 166, todos da CF/88) e ter natureza *instrumental-teleológica* para o cumprimento dos deveres estatais (discernível em face da razão de ser do Estado democrático e dos seus deveres segundo a Constituição).

Nesse sentido, a diferença substancial entre a norma orçamentária como princípio ou como regra, além do caráter descritivo do comportamento e do aspecto *prima facie* do dever, é a forma de aplicação e consequentemente a verificação de eficácia. A *regra* se aplica ao modo *tudo ou nada*: sua consequência é aplicada se o seu antecedente aconteceu materialmente. Assim, a *regra* constitucional orçamentária aplica-se formalmente: se o Estado deve atuar materialmente, é obrigatório ao mesmo proceder ao Orçamento em três leis distintas. Essa regra é cumprida simplesmente pela edição das três leis, conforme o processo legislativo vigente.

A obrigatoriedade à conduta estatal de publicar três leis específicas sobre orçamento em momentos específicos é, por isso mesmo, regra orçamentária. A única verificação é fática: existência de três leis aprovadas pelo Legislativo, vigentes e formalmente constitucionais. Interessante é que a assunção da natureza formal das leis orçamentárias (e sua consequente impossibilidade de revisão judicial) apenas cabe nessa visão da norma constitucional como *regra*, o que não mais pode subsistir de maneira exclusiva.

Já o *princípio* orçamentário envolve o dever de coerência constitucionalmente albergado, além do dever de cumprir, na máxima medida, o caráter instrumental dos deveres estatais para com o povo (caráter teleológico), o que só pode ser verificável pela análise do *conteúdo* das leis orçamentárias e pela interpretação, seja do encadeamento das normas constitucionais, seja das relações de fato envolvidas (condicionantes fáticos e jurídicos).

Tem-se, assim, uma regra constitucional orçamentária referente à atos formais concernentes à realização de leis específicas. As demais regras constitucionais atinentes à tal obrigatoriedade serão analisadas a seguir. Mas desde logo fique claro que as outras regras orçamentárias (contidas no sistema orçamentário externo) formam o conteúdo dessa obrigatoriedade, qualificando-a em face da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, completando a regra da obrigatoriedade.

Claro está que essas regras são razões definitivas do princípio do planejamento orçamentário, muito embora sejam criações do constitucionalismo brasileiro, na forma que esse, peculiarmente e com o decorrer do tempo, determina o instituto do Orçamento Público.

Por esse diapasão que se pode falar em orçamento público como um *conceito jurídico-positivo*, obtido a partir do enlance de diversas regras sobre orçamento contidas na Constituição de 1988 e na Lei nº. 4.320/64 (com *status* de Lei Complementar, conforme o art. 165, §9º, CF/88), ao

tempo em que constituem um conjunto de razões definitivas para a razão *prima facie* do princípio antes formulado.

A caracterização realizada acima tem o fito de identificar as decisões promulgadas na Constituição de 1988. Uma vez assimilada a norma orçamentária como regra (norma da obrigatoriedade formal de publicação de leis) e princípio (norma de caráter duplo do planejamento orçamentário vinculante prévio, teleológico e coerente), urge a construção da *sobre* e *subjacência* do princípio do planejamento orçamentário, bem como os meios para complementação da regra formal. É o que se envida nos itens seguintes, sendo que, após, vale a consideração sobre os modos de aplicação da norma orçamentária.

# 3. O CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO DO ORÇAMENTO PÚBLICO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A caracterização científica do Orçamento Público, a qual pode ser considerada como *enigmática,* dada a multiplicidade de autores interessados em descobrir a sua natureza jurídica, bem como o tempo já gasto para tanto,[196] está intimamente relacionada com a possibilidade quantitativa e qualitativa de qualquer espécie de controle de execução orçamentária.

Malgrado a multiplicidade de abordagens, porém, três posicionamentos foram percebidos por Alfredo Augusto Becker, conforme o enaltecimento das faces da lei orçamentária. O autor se refere à face negativa e à face positiva, aduzindo sempre a dependência do regime imposto por cada ordenamento jurídico no tocante ao conteúdo permitido a ser versado na referida lei, bem como aos efeitos jurídicos permitidos pelo mesmo ordenamento, resultantes da aprovação da lei orçamentária.

Assim, tem-se a face negativa quando se analisa o que o particular direito positivo de um país proíbe de figurar na Lei orçamentária, bem assim os efeitos jurídicos proibidos. O posicionamento que enaltece essa dimensão é caracterizado por imputar à lei do Orçamento a natureza de lei meramente formal.

De outro lado, enaltecendo-se a face positiva (conteúdo e efeitos permitidos por determinado ordenamento), tem-se a asserção da lei orçamentária como lei material. Isso, se bem que em relação meramente à instituição, modificação e revogação de tributos. Ou seja, no âmbito da atividade tipicamente financeira de prever receitas e fixar despesas, a lei orçamentária continuaria *formal*, exibindo-se uma concepção híbrida da natureza jurídica.

Mas como bem assevera Alfredo Augusto Becker, o posicionamento sobre a caracterização científica do orçamento depende e muito do regime que o direito positivo escolhe nesse tocante. Não se trata de natureza ontológica, de formação científica universalizante, mas simplesmente de um conceito de um ordenamento em particular, que apenas pode ser constituído (atribuição da Ciência do Direito) com a interpretação do regime jurídico imposto por esse mesmo ordenamento.

Trata-se, como se vê, de um conceito jurídico-positivo, como bem assinala José Souto Maior Borges, afastando-o do conceito lógico-jurídico, no âmbito, pois, de uma teoria geral do direito, não simplesmente do conjunto de enunciados descritivos do direito positivo.[197]

A teoria geral é típica da ciência do direito, quando considerada como *discurso descritivo posto de forma científica*, emanado dos juristas, os quais investigam, interpretam e descrevem as relações de hierarquia e coordenação entre as normas extraídas dos textos legais e do discurso

[196] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 223.
[197] BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário.* 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 50.

prescritivo emanado da jurisprudência. Nesse sentido é uma linguagem de 'sobrenível' (linguagem que descreve outra linguagem). Os juízos *lógico-formais* a que chegam os juristas a partir dos textos são as significações.[198]

No caso, a Teoria Geral do Direito é formada por proposições científicas gerais do Direito, não limitados ao direito positivo, como apregoa Paulo de Barros Carvalho,[199] pela singela circunstância de fornecer conceitos denominados *lógico-jurídicos*, não simplesmente conceitos *jurídico-positivos*. Trata-se de tentativa universalizante, "à custa de ingentes esforços semânticos,"[200] mas não apenas relativamente a textos de determinado ordenamento, senão de ideias jurídicas fundamentais, as quais subjazem qualquer positivação de textos legais.

Conceito jurídico-positivo, sim, é aquele construído na peculiaridade de um dado sistema normativo, obtido pela Ciência do Direito *a posteriori,* ou seja, resultado de uma análise de um peculiar direito positivo, na medida em que conformado especialmente por esse último. José Souto Maior Borges assevera que tal conceito apenas é aplicável a um âmbito de validade determinado, no espaço e no tempo, por um ordenamento específico, exemplificando que o *lançamento tributário*, tal qual especificado no ordenamento brasileiro, é exemplo desse tipo de conceito.[201]

Já conceito lógico-jurídico é aquele obtido pela Ciência do Direito *a priori,* com validade constante e permanente, funcionando como condicionante de todo o pensamento jurídico.[202] Existem antes e independentemente do Direito Positivo analisado, por serem considerações de ordem lógica sobre a estrutura essencial de toda e qualquer norma jurídica, seja que instrumento for (generalizações de sentido, em face dos vários fenômenos jurídicos).

Importante considerar, igualmente, que apesar da referência à lógica, os conceitos lógico-jurídicos não se submetem à verdade ou falsidade, mas porque referidos a normas jurídicas "são juízos sobre a validade ou invalidade das normas, formulados mediante proposições científicas. Os princípios da lógica pura pertencem à ordem de ser (*Sein);* os da lógica jurídica, à ordem do dever-ser (*Sollen*)."[203]

Como exemplos de conceitos lógico-jurídicos, têm-se a hipótese normativa, a sanção, o direito subjetivo, o dever jurídico, a obrigação e a relação jurídica. Tais conceitos são necessários a toda realidade de direito positivo: "Valem para todo conteúdo juridicamente possível, e por isso são universais e absolutos."[204]

---

[198] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03 e 07.
[199] Idem, p. 06-07.
[200] Idem, p. 06.
[201] BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.
[202] Idem, p. 94.
[203] Idem, p. 94-95.
[204] Idem, p. 95.

Do exposto entende-se que o orçamento público é um conceito jurídico-positivo. À sua determinação jurídica somente se pode chegar através da análise particular de um ordenamento jurídico individualmente considerado.

Nesse sentido, descabe a 'importação' de teorias sobre orçamento público, dado que o conjunto de proibições e permissões acerca do conteúdo e dos efeitos, bem como da função constitucional da lei orçamentária é particular a cada regime jurídico imposto, bem como da cultura jurídica vivenciada por cada nação. A inferência sobre a origem do instituto figurar no direito estrangeiro, pelo que deve-se atentar para as consequências interpretativas desse último, é nesse sentido equivocada, porque as peculiaridades do Direito brasileiro, mediante as normas complementares, dão colorido diverso ao instituto 'importado', devendo-se interpretá-lo ao modo do ordenamento jurídico brasileiro.[205]

De todo modo cabe aduzir a importância de se analisar o direito estrangeiro, mas sabendo de antemão que as necessidades do ordenamento brasileiro são outras, bem diversas, dos países estrangeiros. Aqui, o instituto deve ser interpretado (quando não concebido) conforme tais necessidades, a exemplo do instituto da medida provisória (típica do parlamentarismo) quando afirmada no presidencialismo.

O que se tentará a seguir é a caracterização, desde os momentos pré-constitucionais, do conceito jurídico-positivo do Orçamento Público, a fim de especificar o rol de princípios sobrejacentes e subjacentes do princípio do planejamento, bem como as regras que nele se apóiam.

## 3.1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Para se chegar ao entendimento do conceito jurídico-positivo do Orçamento Público, bem como a caracterização das suas consequências científicas, faz-se necessário analisar as noções pré-constitucionais, malgrado se apure maior relevância prática (atualidade da aplicação do direito) ao sistema constitucional orçamentário apurável pela Constituição Federal de 1988, adiante analisado.

Em 1808, com a vinda do Rei D. João VI, determinou-se a criação do Erário Público (Tesouro), o Conselho de Fazenda e o regime de contabilidade. "Antes da independência,

[205] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 91-92. Se no presidencialismo a LDO não alcança efeitos desejáveis, diferentemente do que ocorre no parlamentarismo, deve ser interpretada para que assim o faça, o que equivale a sustentar a vinculação da atividade administrativa à LDO, e não sustentar que a mesma contém natureza de *lei formal*, insustentável que é no presidencialismo.

Nogueira da Gama já levantava para o príncipe regente dados comparativos da receita e da despesa do Brasil, mas esses quadros ainda não eram um orçamento."[206]

A primeira exigência constitucional de elaboração de orçamentos surgiu com a Constituição de 1824, em seu art. 172, o qual determinava que o ministro de Estado da Fazenda reuniria de todos os ministros os orçamentos relativos às despesas das suas repartições, e apresentaria à Câmara dos Deputados a cada ano o balanço geral da receita e despesa do Tesouro Nacional do ano antecedente, além do *orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro* e da importância de todas as contribuições e rendas públicas a receber.

"Mas o primeiro orçamento nacional elaborado em conformidade com esse dispositivo que abrigava as principais regras da matéria foi o votado para o exercício 1831-1832. Desde 1928, havia o orçamento do Tesouro na Corte e Província do Rio de Janeiro."[207]

Desde a Constituição de 1824, portanto, a iniciativa da lei orçamentária era competência do Poder Executivo, sendo que à Assembléia Geral (Câmara e Senado) cabia a sua aprovação, feixe competencial que se manteve nos dias atuais com solução de continuidade entre os períodos de vigência da Constituição de 1891, a qual instituiu o orçamento do tipo legislativo e a de 1934, que estabeleceu o orçamento do tipo misto.

Na primeira Constituição republicana, a iniciativa da lei foi dada à Câmara dos Deputados e a elaboração tarefa do Congresso Nacional. Vale ressaltar, porém, que não houve exercício de tal competência de maneira rígida, pois o Ministro da Fazenda extra-oficialmente orientava a elaboração da lei do Orçamento.[208] O Tribunal de Contas da União foi criado nessa mesma Constituição, no art. 39, como órgão auxiliar do Congresso para rever as contas do Executivo e assim controlar os recursos públicos.

Por meio dos Decretos nº 4.536 e nº 15.783, ambos de 1922, surgiu o Código de Contabilidade da União, "consistindo em importante conquista técnica que possibilitou ordenar a imensa gama de procedimentos orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais da gestão pública federal."[209]

Pela Constituição de 1934, a iniciativa com relação à matéria de receita e de despesa pública ainda restou como competência da Câmara, mas a elaboração retornou ao Executivo (mesmo que materialmente nunca tenha saído). Instituiu-se o *orçamento misto,* dado que cabia à Câmara votar o orçamento e julgar as contas do Presidente, com o auxílio do TCU.

Outra peculiaridade foi a criação da classificação da despesa em fixa e variável, além da imposição de regras específicas (*princípios orçamentários*).

---

[206] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 417.
[207] Idem, p. 417.
[208] JUND, Sergio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 64.
[209] Idem, p. 64.

A despesa fixa apenas poderia ser alterada por lei prévia, enquanto que a variável se revestiria de extrema especificidade. Baleeiro explica aduzindo que as despesas fixas

> [...] resultam da execução da Constituição ou de leis, como os subsídios do Presidente da República e congressistas, vencimentos dos funcionários, obrigações da Dívida Pública, etc. Nesses casos, os agentes públicos tem a sua competência vinculada. O presidente da República incorrerá em crime de responsabilidade se suspender a realização de tais dispêndios. O próprio Congresso está vinculado e não poderá evadir-se do dever de incluí-las no orçamento.[210]

As despesas variáveis, por sua vez, como simples autorizações destituídas de amparo em outras leis que não a orçamentária, facultam a ação do Executivo até certo limite previsto. "São créditos limitativos e não imperativos."[211]

Trata-se de uma pequena abertura à discricionariedade administrativa em questão de alocação de recursos públicos, instituto existente na prática orçamentária atual, através do percentual realocável pelo Executivo sem análise prévia do Legislativo, a par do art. 7º da Lei 4.320/64, adiante analisada.[212]

As regras especificamente aplicáveis à disciplina do Orçamento Público são as da unidade, universalidade, especificação, exclusividade e anualidade, as quais serão esmiuçadas quando da análise da Constituição de 1988.

A Carta de 1937 dedicou capítulo específico às Finanças e inovou na criação de um departamento específico "para elaborar e fiscalizar a execução do orçamento, bem como para desenvolver estudos visando à economia e à eficiência dos serviços públicos."[213]

Ademais, impôs a classificação das despesas quanto ao tipo de serviço, departamento, estabelecimento ou repartição, ou seja, adotou a classificação *institucional* de despesa. Além disso, facultou maior flexibilidade na fase de execução orçamentária.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 possibilitou a redemocratização do País e avanços com relação à padronização dos orçamentos e balanços dos entes federados (consolidados pela lei 4.320/64). Além disso, foi disposta a possibilidade de emendas por parte dos legisladores e especificação das atividades dos Tribunais de Contas.[214] Dentre as inovações, a divisão das despesas em custeio e capital, possibilitando a ineficácia da regra da unidade orçamentária, e a autorização de planos plurianuais de investimentos (i.e., planos para as despesas de capital).

Propugnava-se a diferença entre despesas de custeio e de capital, as quais deveriam obedecer a orçamentos plurianuais de investimento na forma de lei complementar. Por esse caráter

---

[210] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 442.
[211] Idem, p. 442.
[212] "Art. 7º. A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para: I - Abrir créditos suplementares até determinada importância." Além, há a reserva de contingência, ambos em cada despesa.
[213] WILGES, Ilmo José. Noções de Direito Financeiro: o Orçamento Público. Porto Alegre: Sagra, 1995, p. 78.
[214] Cf. JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 65.

de orçamento vigente por mais de um ano e de separação entre orçamento de custeio e orçamento de capital, o princípio da anualidade sofreu uma derrogação (já que quanto à lei orçamentária ainda estendia efeitos), enquanto que o da unidade não pôde mais ser considerado eficaz (vez que todo orçamento deveria conter tal classificação). Tal se deu, importante salientar, em razão da ênfase no aspecto econômico do orçamento, tendência mundial após a 1ª Guerra Mundial, como noticia Aliomar Baleeiro:

> O impacto dessa ênfase do aspecto econômico nos problemas orçamentários arruinou dois dos princípios clássicos do orçamento: o da *anualidade* e o da *unidade.* Ao invés do orçamento uno e único, sugeriram técnicas de duplo orçamento: o *ordinário* (ou de custeio) e o de *capital*, embora coordenados entre si.[215]

A Lei Complementar de nº. 03 de 1967 dispôs sobre os orçamentos plurianuais de investimentos, escalonando-o com os chamados Planos Nacionais, instituto criado também por essa lei, antecessor do Plano plurianual, como visto na Constituição atual. Deles se falará no tópico seguinte.

Sobre a Constituição de 1946, ainda vale considerar a reserva constitucional para elaboração de normas gerais, que teve como consequência a lei de nº. 4.320, a qual estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, promulgada em 17 de março de 1964. Auxiliou a padronização através das classificações e regras, na forma de lei Nacional, a vincular todos os entes federados. O seu art. 2º ressalta a visão da época sobre o planejamento orçamentário, *in verbis:*

> Art. 2° A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica e financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

Porém, a mesma Constituição de 1946 derrogou a anualidade com a previsão de orçamentos plurianuais de investimentos e renovou a unidade, em que receitas e despesas correntes eram colocadas em paralelo às de capital, evidenciando a intervenção estatal na economia.

A própria Lei 4.320/64 colaciona tal separação, nos dois âmbitos, nos artigos 11 (receitas correntes e de capital) e 12 (despesas correntes e de capital). As receitas correntes são as referentes ao custeio das atividades normais do Estado, incluindo-se as receitas Tributária, Patrimonial (bens públicos), Industrial (empresas nacionais), Transferências Correntes (notadamente as constitucionais), Multas e Cobrança da Dívida Ativa.

Pelas receitas de Capital, tem-se as Operações de Crédito (notadamente as antecipações de receita orçamentária – ARO), a alienação de bens móveis e imóveis e a amortização de

---

[215] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 431. V. *supra,* cap. 1.

empréstimos concedidos, o superávit do Orçamento corrente (art. 11, §2º) e as transferências de capital recebidas para atender despesas de capital.

Pelas despesas correntes, há as *despesas de custeio*, rubrica que engloba as despesas com pessoal (civil ou militar), material de consumo e serviços de terceiros. Há também as *transferências correntes*, que por sua vez se referem à subvenções sociais e econômicas, pagamento a inativos e pensionistas, de salário família, de juros da Dívida Pública e as contribuições à Previdência Social.

Nas despesas de capital englobam-se *Investimentos* (obras públicas, serviços em regime de programação especial, equipamentos e instalações, material permanente, participação em constituição ou aumento de capital de empresas ou entidades industriais ou agrícolas); *Inversões Financeiras* (como a aquisição de imóveis, a participação em constituição ou aumento de capital de empresas e a concessão de empréstimos); e, por fim, as *Transferências de Capital* (amortização da dívida pública, auxílios para obras públicas, auxílios para equipamentos e instalações e auxílios para inversões financeiras).

Da análise acima, clara é a influência do orçamento cíclico, acionado pela Constituição de 1946 e caracterizado pela intervenção pontual do Estado na Economia, de vez que as receitas e despesas de capital se referem a esse âmbito, tanto em relação ao próprio ente federado quanto à intermediação entre entes, como as transferências de capital, recebidas e concedidas. Vale dizer que a tendência se aplica aos dias atuais, vez que a Lei referida foi recepcionada pela Constituição de 1988, inclusive como Lei Complementar. Ademais, no âmbito da conceituação de orçamento, a Lei 4.320/64 estabelece que:

> Art. 2º. [...] § 1º Integrarão a Lei de Orçamento:
>
> I - Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do Governo;
>
> II - Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas, na forma do Anexo nº 1;
>
> III - Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação;
>
> IV - Quadro das dotações por órgãos do Governo e da Administração.

Tal quadro de planejamento é reforçado por regras que confirmam a dicção constitucional (inclusive a atual), nos artigos 3º e 4º (universalidade), 5º (especificação de despesas) e 6º (sinceridade ou referência à realidade):

> Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.
>
> Art. 4º A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.
>
> Art. 5º A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único.

> Art. 6º Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções.

Alguns dias após a promulgação da lei geral das finanças, deflagrou-se o golpe militar (31 de março de 1964) e a Constituição outorgada em 1967 restaurou o embate entre Legislativo e Executivo, transferindo daquele a esse a prerrogativa da iniciativa de leis ou emendas que criassem ou aumentassem despesas, inclusive emendas ao projeto de lei orçamentária.

O poder Legislativo, embora permanecesse com a competência de aprovar o projeto de lei enviado pelo Executivo, foi impossibilitado de rejeitá-la.[216] Em sede de orçamento, essa passividade estabelecida ao Legislativo caracterizou a orientação geral do regime ditatorial militar, o qual necessitava centralizar o poder a fim de manter-se seu detentor, mesmo que ilegítimo. Aliás, todo regime antidemocrático acaba por envidar por essa seara. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não modificou o regime orçamentário posto na Constituição de 1967.

### 3.1.1. ORÇAMENTO DE CAPITAL E LEIS DE PROGRAMA NO BRASIL

O planejamento com viés de intervenção estatal na economia, como se viu, apenas surgiu no Brasil a partir de 1946, em razão do orçamento de capital e da influência das leis francesas de programa. A isso se deve a pouca normatização a nível constitucional e legal, bem como a pouca tradição planejadora no país no que toca ao orçamento de capital e a programação de despesas para serem atendidas em vários anos.

Ressalte-se a diferença entre orçamento de capital e leis de programa plurianual do modelo francês. Lá, segundo informa Baleeiro, são leis de programa os "diplomas legislativos que autorizam o governo a empenhar uma despesa em bloco de uma só vez, embora os pagamentos se devam fazer em parcelas anuais."[217] O seu fundamento foi justamente afastar o óbice do "princípio" da anualidade com referência a grandes obras públicas, as quais restariam dificultadas caso houvesse o requisito da autorização anual pelo Parlamento.

"A lei de programa resolveu o assunto, permitindo que a Administração pudesse empenhar de uma vez o total da despesa para a realização, ficando vinculado o Parlamento à inclusão das parcelas nos exercícios sucessivos."[218] Fenômeno contemporâneo à lei de programa é o orçamento de capital, esse normatizado no Brasil desde a CF/46, especialmente após a Lei 4.320/64 e Lei

---

[216] Cf. JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 65.
[217] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.
[218] Idem, p. 433.

Complementar nº. 03 de 1967. Mas há diferenças, embora rompam ambos com a anualidade e a unidade:

> A lei de programa não se confunde com o orçamento de capital embora um e outro rompam, aparentemente, com a anualidade e a unidade pelo estabelecimento de duas cédulas e pela dilatação do exercício. A primeira é rígida e visa vincular o legislador à concessão de créditos escalonados por vários anos. O orçamento de capital, pelo contrário, é flexível e tem por precípuo objetivo o equilíbrio econômico em face das variações cíclicas.[219]

O próprio Baleeiro afirma, porém, que a lei de programa é uma técnica de orçamento de capital vinculativo ao legislador no período de mais de um ano, conforme se vê, ao explicar sobre a política de orçamento de capital: "O Congresso estaria vinculado a incluir no orçamento ordinário e anual as parcelas daquela lei, que teria o caráter de orçamento de capital para um período de alguns anos. As 'leis de programa' da França fornecem exemplo dessa técnica."[220]

No Brasil, a tendência ao planejamento do investimento estatal por alguns anos recebeu um estímulo sem par na história do direito positivo brasileiro que de todo modo influenciou o arcabouço constitucional atual: a Lei Complementar nº. 03/67, a partir da reserva do art. 46, III, da CF/67, e dos conceitos da Lei nº. 4.320/64, dispôs sobre o *orçamento plurianual de investimento* (OPI – exclusivamente composto de despesas de capital) e sobre os *Planos Nacionais* – PN.

A dinâmica era a de possibilitar o planejamento do investimento estatal a partir de Planos Nacionais quinquenais, tidos como "conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período fixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social" (art. 2º). Plano Nacional, portanto, conteria as diretrizes, informações e objetivos a serem alcançados. Daí a sua natureza instrumental de alcançar certo estágio de desenvolvimento, reiterada no §2º do art. 2º: "O Plano Nacional deverá indicar as decisões alternativas que poderão ser adotadas durante sua execução, a fim de que o resultado final seja efetivamente alcançado."

A prerrogativa de elaboração cabia ao Executivo, o qual submeteria o documento ao Congresso Nacional, antes do término de vigência do Plano Nacional anterior. No silêncio dentro de certo prazo, considerar-se-ia o novo Plano aprovado (art. 3º). Inclusive, a proeminência dada ao Executivo revela-se na impossibilidade de revisão pelo Legislativo do Plano já aprovado, a não ser as modificações de iniciativa do Chefe do Executivo:

> Art. 17. Não será objeto de tramitação, devendo ser arquivada, por ato do Presidente do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, qualquer proporção que implique em alterar o Plano Nacional, aprovado pelo Congresso Nacional, a não ser as de iniciativa do Poder Executivo, na forma estabelecida nesta Lei.

Os projetos decorrentes do Plano Nacional seriam ordenados em programas setoriais e regionais, cuja expressão financeira seria o orçamento plurianual de investimento. Esse, por sua

---

[219] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.
[220] Idem, ibidem.

vez, seria *trienal*, feito sob a forma de orçamento programa e composto exclusivamente pelas despesas de capital concernentes ao cumprimento do Plano pré-fixado. Devia indicar "os programas setoriais, seus subprogramas e projetos e o respectivo custo, especificados os recursos anualmente destinados à sua execução"; e determinar "os objetivos a serem atingidos em sua execução" (art. 6º).

Ademais, pelo art. 7º, o Orçamento Plurianual de Investimento, ao contrário dos Planos Nacionais, em que se continha apenas diretrizes, informações e objetivos a serem alcançados no período de cinco anos, devia indicar os recursos orçamentários e extraorçamentários necessários à *realização* dos programas, subprogramas e projetos, inclusive os financiamentos (receitas de capital) contratados ou previstos, de origem interna ou externa.

Observe-se que tal modo de planejar os recursos públicos e os objetivos a serem alcançados pelo Estado em determinado período de tempo constitui precursor do planejamento orçamentário da Constituição de 1988, não é mera absorção pela Constituição brasileira das disposições da Constituição alemã.

Por mais que haja semelhanças, fato é que já existia a tendência constitucional e infraconstitucional, respectivamente nas Constituições de 1946 e de 1967, e nas leis LO nº. 4.320/64 e LC nº. 03/67. Não se tratou, portanto, de cópia sem nenhum instituto precursor no direito brasileiro.

Note-se que os Planos Plurianuais – PPA – conforme o art. 165, §1º, CF/88, assemelham-se muito aos Planos Nacionais da LC 03/67 explicados acima: "§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada" (art. 165, §1º).

O PPA refere-se a quatro anos (sempre vigendo o Plano do governo anterior sobre o primeiro ano de mandato do governo posterior), enquanto que o PN era quinquenal. No plano substancial, o PPA trata de metas e prioridades para despesas de capital e decorrentes, além do programa de duração continuada, tal qual o PN da LC nº. 03/67.

De outro lado, o Orçamento Plurianual de Investimento – OPI – está a par da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, §2º, CF/88):

> § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A diferença repousa, apenas, no conteúdo da LDO abarcar também metas e prioridades, além de se referir a *um* ano financeiro, enquanto que o OPI se referia a *três* anos e continha exclusivamente a previsão das despesas de capital. Mas o dever de correspondência a um Plano de

duração maior, com o fito de alcançar certos objetivos (estágio de desenvolvimento econômico-social) já existia entre PN e OPI, tanto quanto existe hoje entre PPA e LDO, sendo que esse dever hoje é de nível constitucional.

Inclusive, no plano fático, os Planos de investimentos acompanharam a tendência mundial das *leis de programa,* mesmo antes da normatização pela LC nº. 03/67. Para isso a CF/46 foi essencial, haja vista de que a primeira experiência de cunho nacional e figurativa de um verdadeiro orçamento de capital plurianual só aconteceu após a sua vigência, com o Plano SALTE, no governo de Marechal Dutra, implementado a partir de 1949.

Até então, era comum apenas realizar orçamentos como documentos meramente contábeis de receita e despesa (seguindo algumas regras constitucionais, como visto acima), denomináveis, no diapasão da Lei 4.30/64, de *orçamentos correntes*.

> O Plano Salte, exemplo de uma lei de programa de larga envergadura, provocou o debate sobre o assunto no Parlamento brasileiro, quando sua execução foi interrompida depois de 1951, tendo sido reconhecida a necessidade de lei para revogá-lo, o que importa proclamar vinculação do Congresso à inclusão das parcelas previstas para cada orçamento.[221]

Merecem relevo também o plano de Metas do governo Juscelino Kubitschek, com trinta objetivos em cinco grandes metas (energia, transportes, alimentação, indústrias de base e educação), entre 1956 e 1960; o Plano Trienal, realizado de forma incompleta entre 1962 e 1963, no governo de João Goulart; e o Plano de Ação Econômica do Governo, marcado por forte intervencionismo no governo Castelo Branco (PAEG – 1964-1967). No papel, houve também o Plano Decenal para o período de 1967 a 1976, mas esse não foi posto em execução.[222]

Aplicados durante a ditadura militar foram o Programa Nacional de Desenvolvimento (1968-70), o de Metas e Bases (1970-73), e o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (PND – 1972-74), em três fases, encerrado no governo de Governo Figueiredo (1979-1985) por motivo de crise econômica.

A instabilidade no seguimento de tais Planos revela que havia problemas estruturais. Um desses, definitivamente, trata-se da ausência de um dever de correspondência entre o programa (plurianual) e o orçamento anual, o que desafia a prática orçamentária, mesmo as disposições da CF/88 nesse sentido. Sobre a possível aplicação de orçamentos programa plurianuais antes da Constituição cidadã, Sérgio Jund já escreveu:

> [...] antes da Constituição de 1988, tais instrumentos, ainda que elaborados, não cumpriam a sua finalidade, uma vez que não havia uma integração de tais planos, o

[221] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433-434.
[222] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

> que acabava por torná-los instrumentos distintos sem nenhuma convergência prática de objetivos, e sim peças de ficção elaboradas para cumprir exigências legais.[223]

Após a CF/88 alguns planos foram seguidos com o fito de conter a inflação e permitir a abertura econômica do país, como o Plano de Estabilização Econômica (1991), o que demonstra a não concretização da tentativa de organização e institucionalização de um plano prévio e centralizador das propostas governamentais de investimento público atinentes a vários anos, consistente na obrigatoriedade do Plano Plurianual e do Orçamento-programa. Trata-se afinal de esforço interpretativo para o cumprimento do princípio do planejamento, o qual deve ter sua natureza normativa reafirmada o quanto antes.

## 3.2. O SISTEMA DAS FINANÇAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A análise dos dispositivos constitucionais, a par das tendências anteriores à própria Constituição revela-se de extrema importância para atinar-se ao conteúdo do princípio do planejamento constitucional orçamentário. A partir da análise dos antecedentes constitucionais e dos postulados da teoria dos princípios de Claus Canaris, complementado por Robert Alexy, pode-se realizar a caracterização da sobre e da subjacência de tal princípio, ou seja, da indicação dos princípios que fundamentam a busca por estado de coisas do planejamento de recursos públicos, bem como das regras e princípios que cumprem de um modo ou outro a sua finalidade intrínseca.

Como dito acima,[224] os princípios "precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio."[225] A *sobrejacência* identifica o sentido de abrangência de determinado princípio, tanto em relação aos bens protegidos, quanto às outras normas que cumprem finalidades parciais do mesmo como estado de coisas global, já que *princípios não tem pretensão de exclusividade*.[226]

Sucintamente, os princípios não detêm pretensão de exclusividade nos seus fins, o que equivale a dizer que um princípio pode estabelecer o cumprimento de parte do fim de outro. De outro lado, os princípios necessitam de um processo de complementação e restrição de seu conteúdo,[227] o que se dá, conforme ensinamentos de R. Alexy, através das razões *prima facie* menos abstratas (*subprincípios*) e das razões definitivas adscritas aos princípios (*regras*). Logo, a

---

[223] JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 66.
[224] Supra, cap. 2.
[225] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88.
[226] Idem, p. 90.
[227] Idem, p. 93-94.

sobrejacência identifica o sentido da gradual concretização dos comandos normativos, do direito *prima facie* ao direito definitivo.

Passa-se à proposta não exaustiva, tanto em razão da limitação científica da geração contemporânea,[228] quanto em razão da limitação do próprio autor, dos princípios informadores do princípio do planejamento orçamentário na Constituição brasileira de 1988 (com base na interpretação pré-constitucional, igualmente, daí a utilidade dos antecedentes acima), bem como dos princípios e regras subjacentes ao mesmo, vez que oferecem razões menos abstratas ao cumprimento da sua finalidade última: o planejamento prévio, coerente, vinculativo e teleológico dos gastos públicos.

Inicie-se com a sobrejacência, em que se apresenta o princípio democrático, da eficiência, da publicidade e das normas-programa. Após, seguem as razões mais definitivas, na análise em pormenor do sistema constitucional das finanças públicas.

### 3.2.1. PRINCÍPIOS SOBREJACENES AO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

#### 3.2.1.1. PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO

O princípio democrático, estabelecido pelo art. 1º, *caput,* da CF/88, transmite que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, a ser opor ao Estado de polícia, ou seja, "assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas."[229]

"Estado Democrático de Direito outro significado não tem que Estado de Direito e de Justiça Social. O acréscimo da expressão 'democrático' ocorreu a partir da Constituição de 1988 e impinge nova compreensão do Estado brasileiro [...]."[230]

Uma nova compreensão dirige certamente à possibilidade de participação democrática: "Ao declarar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, institui uma sociedade estatal democrática, que instaura a efetiva incorporação do povo em mecanismos para a tomada de decisões e seu controle."[231]

---

[228] Incompletude científica, como assevera CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002*,* p. 106.

[229] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 387.

[230] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 258.

[231] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 331.

Conforme José Afonso da Silva, a democracia tem um caráter histórico. Não constitui um valor-fim, mas "instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem."[232] Por essa referência aos direitos humanos, pois, a democracia possui historicidade. Desse modo, enriquece-se de conteúdo a cada época, sendo mantido o princípio básico de governo do povo. "Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história."[233]

Segundo Darcy Azambuja são condições da existência da democracia a vigência de uma Constituição, a garantia de direitos individuais e de governantes eleitos periodicamente por sufrágio livre e universal.[234] José Afonso da Silva, por sua vez, reitera a essencialidade da democracia na persecução de determinados objetivos, quais sejam, os direitos sociais:

> A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização dessas prestações, ou seja, a estrutura de modos democráticos (universalização e participação popular), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º. Resta, evidentemente, esperar que essa normatividade constitucional se realize na prática.[235]

Também pode ser ressaltado que a ideia de democracia se liga às formas como são determinadas as normas jurídicas, ou seja, a forma de se alterar o ordenamento jurídico, detendo-se maior ou menor participação dos cidadãos: quanto mais participação, mais democracia.

Nesse sentido a teoria de Hans Kelsen, o qual aduz a existência de dois extremos, quais sejam, as formas de governo originárias: a autocracia e a democracia. O critério utilizado se revela no grau de participação política tanto no nascimento quanto na modificação da ordem jurídica vinculativa a todos os cidadãos.[236]

Nessa teoria, que se conforma como *teoria normativa constitucional da democracia*, o autor resta próximo os postulados da *democracia de teor republicano* (pela afirmação de estatuto de direitos cívicos) e da *democracia deliberativa,* pelo enaltecimento da igualdade entre os participantes, dos direitos de participação e controle político, e da possibilidade de um consenso entre embates políticos, conforme ensina J.J. Gomes Canotilho.[237]

---

[232] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125-126.
[233] Idem, p. 126.
[234] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado.* 44ª Ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 321-322.
[235] SILVA, *Op. Cit.*, p. 128. Ironicamente, na classificação do próprio José Afonso, os direitos sociais referidos no trecho colacionado detêm a função de programa ao legislador ordinário, com apenas eficácia negativa (ou de bloqueio) e interpretativa: ou seja, as condições para a democracia são normas cuja eficácia se limita ao alvedrio da atuação dos poderes que representam a própria democracia.
[236] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 405-6.
[237] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1399-1400.

Assim é que a democracia não é um regime político já alcançado pelos Estados, mas um ideal de autodeterminação política, em que a liberdade e a igualdade dos cidadãos determinam a coincidência entre *vontade* e *querer,* respectivamente, vontade geral e vontade de todos, na acepção rousseauniana.[238]

Hans Kelsen já afirma a natureza principiológica:[239] em proclamando o Estado a democracia, o mesmo deve fazer cumprir determinadas condições a fim de se atingir *ao máximo* o ideal de autodeterminação política. Com essa natureza gradual, há formas de governo intermediárias entre a *autocracia* e a *democracia*, de um extremo a outro, como as monarquias absolutistas, monarquias constitucionais, ditaduras de partido e repúblicas parlamentaristas e presidencialistas.[240]

Para o referido autor, a democracia como ideal de *máxima* liberdade política (porque a liberdade política absoluta equivale ao anarquismo) revela-se a partir do pressuposto de que a liberdade deve ser necessariamente restringida pela instituição do princípio da maioria, qual seja, a ordem jurídico-social deve estar em concordância com um número de sujeitos maior do que o número de pessoas com quem está em discordância.

Inclusive, Hanna Arendt afirma que "a atividade de pensar [...] ainda é possível, e sem duvida ocorre, onde quer que os homens vivam em condições de liberdade política."[241]Isso, mesmo que o pensar seja abafado pela vitória do *animal laborans* – o que apenas vive em função do que se tem a laborar em prol de si e de sua família, tendo como supérfluo outras ações, como o próprio pensar. [242]

"Como liberdade política significa acordo entre a vontade individual e a coletiva expressada na ordem social é o princípio de maioria que assegura o grau mais alto de liberdade política possível dentro da sociedade."[243] Também o princípio da maioria alcança a efetivação da igualdade, a partir de outra condição democrática: o direito de participação da minoria política.

> Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim é possível impedir, até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é um elemento característico da democracia.[244]

Surge então, como elemento da democracia, a tendência a um compromisso entre a maioria e a minoria políticas, consistente na oportunidade de manifestação da minoria sobre as

---

[238] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social:* princípios de direito público. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000, p. 29 e 40.
[239] Cf. *supra,* Cap. 2.
[240] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 428-432.
[241]ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 338.
[242] Idem, p. 334-335.
[243] KELSEN, *Op. Cit.,* p. 410.
[244] Idem, p. 411.

deliberações da maioria e na aceitação do jogo político em que a minoria obtenha decisões a seu favor. O produto das votações será um meio termo entre interesses das duas partes.

"O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra."[245] Assim a democracia aproxima-se do ideal de autodeterminação política quanto mais garanta o compromisso democrático entre maioria e minoria, a execução fiel das deliberações democráticas (leis, princípio da legalidade), o sistema eleitoral mais abarcante e quanto mais propague o *liberalismo político*.[246]

Mesmo para Jean Jacques Rousseau a democracia plena seria um governo de deuses para deuses. E mesmo temporalmente distante, o autor francês parece atual: propõe uma medida a fim de que seja aplicada a democracia, denominando-a de 'princípio': o de que as funções de governo devem ser partilhadas entre muitos tribunais, a fim de que os menos numerosos adquiram maior autoridade, ou seja, representem-se.[247]

É de ver-se que a separação dos poderes pretende acabar com o abuso dos poucos para com a maioria, mas sempre no ínterim de um governo democrático, frise-se. Isso permite dizer que a finalidade de representação e busca pela vontade geral deve ser a finalidade da separação dos poderes ao proporcionarem a representatividade democrática, cada um à sua maneira, conforme se aplique as pré-decisões já institucionalizadas.[248]

Robert Alexy se aproxima dessa concepção, podendo-se inferir a democracia como um princípio formal a ser sopesado nos casos concretos, conforme o peso dos outros princípios atinentes. No caso, o princípio de se respeitar a Constituição e as leis se configura em regras como a do respeito ao teor literal das regras constitucionais.[249]

Para ele, as normas de direitos fundamentais definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode ou não decidir, inclusive definem competências negativas, como as imunidades tributárias. Nesse sentido há uma colisão entre democracia e direitos fundamentais.

> A necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão das competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição – e

---

[245] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 412.
[246] Idem, p. 411-428.
[247] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social:* princípios de direito público. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000*,* p. 100.
[248] Aqui um prenúncio da representatividade através do Poder Judiciário, pois em um modo de ver a democracia, essa convive com a *neutralidade constitucional* como critério de referência para maximização de preferências subjetivas e distribuição de recursos. Conforme explicação da concepção liberal de democracia de CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1399.
[249] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

> o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente.[250]

Assim é que Alexy identifica uma relação dúbia entre direitos fundamentais e princípio democrático: a primeira é de conexão intrínseca, porque há direitos fundamentais que abrem a possibilidade de uma participação no processo de formação da vontade legislativamente relevante, como o direito ao sufrágio universal, com o mesmo peso e igualitário, do art. 14 da CF/88.

A segunda é uma *relação de tensão*, pois, enquanto há direitos que garantem o procedimento democrático, expressa-se confiança em sua racionalidade; mas enquanto há o *direito à regulação conforme à constituição*, esse assevera que essa confiança não é ilimitada e, portanto, impõe restrições à competência do legislador.[251]

De outro lado, a assunção de que as regras são razões definitivas dos princípios de um sistema, as quais devem ser respeitadas porque carregam a força de já terem sido inseridas no sistema jurídico mediante formas pré-determinadas de inserção, guarnecem as decisões constitucionais e legais. São decisões já tomadas pelo constituinte (regras constitucionais) ou pelo legislador ordinário (regra legal), sempre conforme a vontade constitucional.

Entra em cena, aqui, a trincheira argumentativa, a proteger o princípio democrático, como um dever ao legislador democrático e ao magistrado, quando tendentes a afastar tais decisões prévias aos casos (e, logo, prévias à aplicação pelos juristas): o afastamento requer, quanto mais instrumentos institucionalizadores de certa decisão, maior carga argumentativa lastreada em princípios e regras constitucionais. "Na medida em que o legislador constituinte tenha tomado decisões na forma de regras, elas são vinculantes, a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra essa vinculação."[252] Isso se dá em razão da força do argumento semântico, ou seja, o argumento de vinculação ao texto da lei.

> Para superá-lo não é suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele compatível; as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado.[253]

Em se tratando de entes democráticos, a defesa de decisões prévias é a defesa da democracia, e essa deve ter contributos de cada Poder, sendo ou não os representantes eleitos através de sufrágio. A ordem é democrática porque foi feita de modo democrático. A execução e defesa conforme essa ordem, logo, são democráticas, mesmo que o agente dessa execução e defesa não seja, ele mesmo, eleito democraticamente.

---

[250] Idem, p. 447.
[251] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498-499.
[252] Idem p. 554.
[253] Idem, p. 553.

O inferido da teoria de Alexy também pode ser vislumbrado das lições de Hans Kelsen: "Se a legislação é democrática, ou seja, se ela expressa a vontade do povo, então quanto mais a execução corresponder ao postulado da legalidade, mais democrática ela será."[254] Ainda mais quando existir, como garantia à legalidade, a previsão de responsabilidade funcional do órgão aplicador.

Saliente-se no entanto que a defesa da legalidade não é apenas literal, de modo que o poder judiciário, ao afastar o teor literal cumprindo o grande ônus argumentativo, também está no ínterim da defesa da democracia. Em se tratando de participação democrática, enfim, pode-se analisar a qualificação de tal participação, numa teoria discursiva da democracia,[255] ao modo de Jürgen Habermas. Conforme suas considerações, requer-se a institucionalização de condições para o diálogo democrático.

> A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos,* a qual pode ser construída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. [grifos do autor] [256]

O sistema jurídico determina então a possibilidade de democracia nele próprio, a partir das condições que proporciona a fim de se alcançar a efetiva participação discursiva dos cidadãos na sua construção. Daí uma estrutura circular em que o sistema de direitos, realizado através da democracia, alimenta a democracia futura, a qual realizará a institucionalização de outros discursos.

> Por isso o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário.* [grifos do autor] [257]

Ademais, a relação entre direito e poder político (não o de fato, mas o institucionalizado pelo discurso jurídico) guarda estreita vinculação com o modo de proceder democrático resguardado por esse direito, alem de constituir uma forma de legitimá-lo no bojo do Estado de Direito, principalmente através da formação do poder comunicativo.[258]

---

[254] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* 3ª Ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 427.
[255] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1400-1401.
[256] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158.
[257] Idem, p. 158.
[258] Idem, p. 212.

> A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído.* [grifos do autor][259]

O ideal do diálogo democrático é apontado por Daniel Sarmento como característica da democracia deliberativa. Nela,

> [...] as decisões públicas não devem ser o resultado do confronto entre indivíduos e grupos antagônicos, cada um perseguindo os seus próprios interesses particulares ou corporativos, mas sim o fruto de um diálogo, voltado para o entendimento, entre cidadãos que se reconhecem como livres e iguais, e que buscam uma solução para o seu desacordo que atenda ao bem comum, e que possa ser racionalmente aceita por todos.[260]

Trata-se de estimular o debate público para o equacionamento das divergências. De novo, mostra-se concepção principiológica da democracia deliberativa: "a democracia deliberativa não pretende ser uma descrição da realidade, mas uma ideia regulativa, que deve ser considerada no desenho das instituições públicas e no aperfeiçoamento das práticas sociais."[261]

Enfim, fundamentos da democracia são a autodeterminação dos povos, a liberdade e a igualdade, restando a democracia entendida como "[...] um regime político, uma forma de vida social, um método de coexistência e cooperação entre indivíduos membros de uma organização estatal."[262] Essa forma de vida social encontra no mandamento constitucional a sua invocação máxima, tanto que figura como o fundamento da República (art. 1º, parágrafo único, CF/88).

A análise conjunta dos princípios democrático e republicano se justifica em razão da complementação recíproca que produzem no ordenamento constitucional, até porque estão no mesmo dispositivo. Ainda, deve-se lembrar a garantia do sufrágio universal e dos demais direitos políticos (art. 14, CF/88), sem a qual não haveria como conceber república nem democracia, garantia essa enaltecedora da *soberania popular.*[263]

O princípio democrático não se resume na mera afirmação de que o poder provém do povo, mas expande-se por toda a Constituição, a fim de fazer acontecer a maior liberdade política possível ao cidadão, em todas as áreas. Trata-se de *princípio* (*sobreprincípio,* no sentido de irradiar sua influência a todo o sistema), que deve subordinar a interpretação de todos os subssistemas constitucionais.

---

[259] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.
[260] SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado*. In: Diálogo Jurídico, nº. 16, mai-ago/2007, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008, p. 21.
[261] Idem, p. 21.
[262] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44ª Ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 239.
[263] BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68-69.

Pelo princípio republicano, de outro lado, estabelece-se a forma de governo, consagrando-se que "representantes eleitos pelo povo devem decidir em seu nome, à luz da *responsabilidade* (penhor da idoneidade da representação popular), da *eletividade* (meio de exercício da representação) e da *temporariedade* (fidelidade do mandato e alternância no poder)."[264]

Ressalte-se que "se o que é de todos a ninguém pertence de forma individual, há de se buscar forma de governo destinada a garantir a atuação do governante com vistas à consecução do interesse geral."[265] Assim, a natureza da forma de governo deve ser de tal modo engendrada que a finalidade seja alcançada não só do ponto de vista formal.

A instituição da República é uma consagração da democracia, vez que na tipologia clássica das formas de governo a democracia é tipo de República, ao lado da aristocracia. O princípio democrático cumpre-se através da instituição da República. Porém não se exaure na possibilidade de representação popular: a democracia visa a um estado de coisas de participação efetiva dos cidadãos nos rumos políticos a serem tomados, desde os Municípios até o Estado brasileiro.

Nesse sentido de democracia como processo a ser iniciado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho apregoa a preparação do povo à democracia, pelo que esse deve ser *iniciado* primeiramente nas tarefas do governo local, por requerer capacidade mais fácil e menos perigosa.[266] Obviamente deve-se entender a crítica de José Afonso da Silva como pertinente, voltada a não aceitar o suposto de que, até que o povo esteja preparado para a democracia, o regime não seria democrático e sim elitista, como ocorrido na ditadura militar.[267]

Porém, tal concepção de que deve haver uma preparação não trabalha necessariamente com o autoritarismo ou oligarquia, como pensa José Afonso. O cuidado demonstrado por ele não é despiciendo, porém, há de se entender que se a democracia é um processo a ser atingido (na concepção dele próprio), é necessário assumir que seus requisitos são alcançados no decorrer da história.

Desse modo, a preparação do povo urge para que o atual *regime democrático* assuma *feições realmente democráticas*, ou cada vez mais democráticas, isto é, que seja atingido o ideal de liberdade política no ínterim de um sistema que subsequentemente a proclama e garante. Até lá, o povo deve buscar preencher os requisitos necessários a fim de se expressar e participar ativamente da democracia, afastando-se da mera formalidade do voto.

Percuciente, nesse teor, a lição de Darcy Azambuja:

> É, pois, realmente decisivo para a existência da Democracia que o povo a queira, e o que ele pensa e espera que ela seja. Para realizar-se e prosperar, o regime democrático requer disposições intelectuais, hábitos de espírito, convicções e sentimentos que lhe

[264] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 385. No mesmo sentido, NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 253.
[265] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 253.
[266] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.
[267] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 127-128.

> sejam favoráveis; requer a existência da mentalidade democrática, do 'homo democraticus', com a consciência e o comportamento que a Democracia exige.[268]

Há necessidade, assim, de um processo de transição de um Estado com elementos autocráticos fortes para um arcabouço estatal com elementos democráticos mais fortes, transição essa que deve ser acompanhada de um aprendizado popular que incite a vontade de democracia e de respeito à questão nacional. Há duas maneiras: uma é a busca de sistemas eleitorais mais democráticos, que proporcionem o preenchimento de mandatos pelas minorias. Nesse teor, aliás, é trivial notar o peso das formas de sistema eleitoral, meios para se contabilizar os votos numa democracia representativa, em relação à exclusão das minorias. O Judiciário representa a chance de essas minorias obterem decisões protetivas, excluídas que o foram no bojo de sistemas eleitorais.

Mesmo o sistema proporcional distrital, tido como o mais representativo,[269] possui falhas as quais levam à dificultada governabilidade, pelo grande número de partidos. Os representantes eleitos perdem a ideologia partidária cuja proclamação levou-os ao êxito e se reconduzem às querelas políticas, notadamente os embates entre Legislativo e Executivo.

A segunda maneira é a crítica à democracia representativa, justamente em razão da existência das querelas institucionais que levam ao fracasso das instituições de representatividade democrática.

Se o povo precisa de preparação à democracia, muito mais as instituições democráticas. Os entes governamentais e os institutos democráticos (como a lei) devem sofrer reformas e ter constantemente a sua interpretação renovada, para cumprir o princípio democrático, não atingido, reitere-se, pela simples dicção constitucional, mesmo que isso já seja um grande passo.

Nesse sentido que o Poder Judiciário, conquanto não obtenha representação democrática através de sufrágio, como poder da República deve investir em meios de atingir a democracia, seja pelo dever de proteger o direito a voto do cidadão, de julgar a inelegibilidade e as contas dos políticos, enfim, de aplicar a Constituição conforme os princípios e regras constitucionais. "O compromisso do Judiciário é com a guarda e o cumprimento efetivo e não meramente ficcional da Constituição. A concepção contemporânea de democracia exige que haja um poder não eleito para garantir os direitos das minorias."[270]

Com Friedrich Müller, é de se afirmar que a democracia se constitui na imposição de exigências aos Poderes legitimados a aplicar a ordem constitucional. Conforme ele, uma democracia levada a sério tem o seu pedestal no "cumprimento das pretensões do 'status

---

[268] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado.* 44ª Ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 326.
[269] Idem, p. 342.
[270] CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Revista Vox – AMAERJ. Entrevistas*, n. 2, jan. 2008. Rio de Janeiro: Amaerj, 2008, p. 26.

negativus' e do 'status positivus' do povo destinatário, de toda a população"[271] de modo a tornar cada vez mais essa última em *povo*. Quanto mais coincidência, maior o caráter democrático, pois maior valor terá o sistema democrático como forma, isto é, quanto mais democracia substantiva maior a legitimidade da democracia como forma.[272]

No mesmo sentido de democracia com conteúdo na satisfação de direitos fundamentais, George Sarmento:

> Os direitos humanos fundamentais desenvolvem-se nas dimensões da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, elementos vitais para sua efetividade. Tais direitos devem ser considerados sub duas perspectivas: formal e material. Sob o aspecto formal, são direitos assegurados nos textos constitucionais como prerrogativas individuais e coletivas, mas também como paradigmas de validade das demais normas do ordenamento jurídico estatal. Visto sob o aspecto material, eles representam valores vigentes na coletividade, capazes de justificar a própria existência do Estado Democrático de Direito.[273]

Esse processo de cunho histórico e hermenêutico da democracia também é evidenciado por José Reinaldo de Lima Lopes, ao dizer que

> Ao Judiciário incumbe para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado Democrático, dar-se conta do modelo de Estado, de sociedade e de conflitos em que está imerso, escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessitamos virão por si, sem a sua participação.[274]

Ademais, pode-se dizer que a democracia se revela na participação comunicacional dos cidadãos, sendo que os meios de institucionalização da vontade popular não podem ser bastantes em si, mas entes instrumentais:

> A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a Constituição veio romper. Representação política não é nem pode ser substituição da cidadania, mas uma forma de mediação institucional que garanta e aprofunde a própria democracia.[275]

A crítica à democracia hodierna, portanto, dá-se em sede de crítica à *democracia representativa*, já que é inaceitável um governo que proclame abertamente o totalitarismo. Na crítica à representação, tem-se dois filões, como ensina Norberto Bobbio:

---

[271] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. 3ª ed. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 110.
[272] Idem, p. 111.
[273] SARMENTO, George. Ética, direitos humanos e constitucionalismo. *Direitos e Deveres,* ano 02, n.º 05, jul-dez/1999. Maceió, p. 89.
[274] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 143.
[275] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Legitimidade Democrática da Constituição da República Federativa do Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 250.

> De fato, na polêmica contra a democracia representativa é possível distinguir claramente dois filões predominantes: a crítica à proibição do mandato imperativo e portanto à representação concebida como relação fiduciária, feita em nome de um vínculo mais estreito entre representante e representado, análogo ao que liga o mandante e o mandatário nas relações do direito privado, e a crítica à representação dos interesses gerais, feita em nome da representação orgânica ou funcional dos interesses particulares desta ou daquela categoria.[276]

Trata-se de não abandonar a ideia de democracia, nem mesmo tornar a democracia representativa em direta (extinção dos representantes): apenas se apregoar a alteração da democracia representativa clássica, apoiada demasiadamente no Legislativo e Executivo, a fim de obter mais participação popular nas decisões que afetem o rumo da vida em coletividade.

O abuso da democracia representativa requer alterações sociais mais substanciais. Isso, principalmente na América Latina pós-ditadura, na qual surgiu um tipo de democracia específica, a *delegativa*, que impossibilita o avanço para instituição de Estados mais democráticos, conforme Guillermo O'Donnel:

> A transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa de reconstrução democrática: é necessária uma segunda transição, até o estabelecimento de um *regime* democrático. A escassez de instituições democráticas e o estilo de governo dos presidentes eleitos em vários países que saíram recentemente de regimes autoritários [...] caracterizam uma situação em que, mesmo não havendo ameaças iminentes de regresso ao autoritarismo, é difícil avançar para a consolidação institucional da democracia.[277]

A democracia delegativa caracteriza-se pelo *decretismo*, ostensiva de uma posição do Chefe do Executivo, o qual apregoa que, como foi eleito pela maioria dos votos, pode e deve governar da maneira que lhe aprouver. Envida por avocar a função de definir o interesse maior da nação e por não cumprir o que disse ou prometeu durante a campanha eleitoral, como uma figura paternal, acima de todas as partes e dos interesses organizados.[278]

O intenso poder do Executivo, ostentado por uso excessivo de Decretos e Medidas Provisórias, acaba marginalizando os partidos políticos e o Congresso. Isso, segundo Lênio Streck e Jose Luis Bolzan de Morais, gera três consequências:

> a) aprofunda os próprios defeitos que são imputados a essas instituições; b) quando finalmente e fatalmente o Executivo precisa de apoio legislativo, está fadado a encontrar um Congresso ressentido; ele enfrentará também um Congresso que não se sente politicamente responsável por políticas públicas que começaram por ignorá-lo; e, c) essa situação, juntamente com as críticas do Executivo à lentidão e 'irresponsabilidade' de um Congresso que recusa o apoio requerido, são um fator importante do acentuado declínio do prestigio de todos os partidos e políticos.[279]

---

[276] NORBERTO BOBBIO. *O Futuro da Democracia:* uma defesa das regras do jogo. 6ª Edição. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 48.
[277] O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, São Paulo, out/1991, p. 40.
[278] Idem, p. 30.
[279] Idem, p. 37.

Salutar aduzir que o Brasil vive uma democracia delegativa desde a transição do regime autoritário ao democrático, a exemplo da Argentina, do Chile e do Peru. Collor, com origens na direita oligárquica do coronelismo nordestino e na direita arcaica, burocrático-autoritária de 1964,[280] fundamentou a tomada de remédios amargos na sua popularidade. Sua relação com o Congresso (assim como seus sucessores Fernando Henrique e Luis Inácio) foi caracterizada por acordos *ad hoc.*[281] Inúmeras decisões arbitrárias, uso excessivo de Medidas Provisórias, deliberação por emenda de reeleição e *utilização* dessa possibilidade, esses os traços caracterizadores do presidencialismo pós-ditadura, presentes até a atualidade.

Centra-se que a democracia representativa é aquela em que há representantes, mas não somente representantes eleitos pelo voto a quem chamamos parlamentares e presidentes. Há outras formas de representação social possíveis, as quais não levam ao totalitarismo e não destroem a representação (não levam à democracia direta), apenas propõem novas formas de representação a fim de se alcançar mais liberdade política.

A participação direta pode ser entendida na feitura de audiências públicas ou na possibilidade de se controlar as contas públicas. Mas é necessária a preparação do povo, como na democracia representativa. Affonso Almiro aduz sobre a possibilidade de manifestação democrática na participação direta do povo, através de crítica e vigilância do orçamento:

> Não há dúvida que a participação direta do povo tem um alto sentido e um valor operante, mas o seu exercício pleno e integral pressupõe, não diria um grau mais elevado de educação cívica, mas, indiscutivelmente, uma mais ampla divulgação de conhecimentos especializados, considerados mínimos para que tal vigilância e tais críticas produzam o efeito desejado.[282]

Apoiando o desenvolvimento da democracia representativa, Regina Nery Ferrari sustenta:

> [...] a participação efetiva e operante do povo na vida pública não deve exaurir-se na simples formação das instituições representativas, pois estas já não representam mais o seu atual desenvolvimento, mesmo porque a superação de suas formas e estágios leva a novas considerações, que representam novos modos de manifestação.[283]

Novos modos de manifestação democrática continuam surgindo, em paralelo às instituições representativas. Exemplo deles constitui o Conselho Social, a partir da tendência à descentralização administrativa.

---

[280] PEREIRA, Luis Carlos Bresser. O governo Collor e a modernidade em tempos incertos. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 29, São Paulo, mar/1991, p. 08.
[281] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120.
[282] ALMIRO, Affonso. *Questões de Técnica e de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1957, p. 125.
[283] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 327.

### 3.2.1.1.1. ORÇAMENTO, ESTADO DEMOCRÁTICO E OS SISTEMAS DE GOVERNO

Como se vê, a importância da democracia com o tema do orçamento público se revela quando se assume a natureza instrumental desse último, na tarefa de cumprir as necessidades públicas constitucionais. O *Estado em movimento* requer a participação democrática para legitimar as suas ações, não como mera formalidade entre os Poderes, como se viu até pouco tempo, mas um debate público para a eleição das prioridades e estabelecimento das diretrizes a fim de se alcançar desenvolvimento em certo período de tempo e espaço governado.

De outro lado, o *Estado em movimento* supõe da sua própria formação constitucional a matriz democrática, não só em relação à sua constituição, mas às razões definitivas já estabelecidas constitucionalmente atinentes ao seu dever de satisfação das necessidades públicas.

Entende-se nesse diapasão que a obrigatoriedade do planejamento orçamentário se constitui em uma das medidas a fim de se instituir a democracia, ao lado das outras bases como o respeito aos direitos fundamentais (como escolhas prévias constitucionais), a instituição dos direitos políticos e a separação dos poderes.

A diretiva é tal que o Poder Legislativo, representante do povo e dos entes federados, deve influenciar os programas de governo, deliberando sobre novos programas ou emendas a serem feitas nos já existentes. Ao lado de atribuir competência ao Legislativo, impõe que as decisões devem ser consentâneas aos direitos fundamentais (direito à regulação conforme a Constituição, como assevera Alexy), em explícita relação dúbia de estímulo e limitação à competência legislativa.[284]

Há duas considerações a serem feitas em relação ao princípio do planejamento como subprincípio do princípio democrático e republicano. A primeira se refere à relação entre planejamento e formas de governo (autocrático e democrático); a segunda atine à relação com os sistemas de governo.

*Primeiramente*, não é despiciendo salientar que a caracterização do conceito jurídico-positivo do Orçamento (e logo a configuração do princípio do planejamento orçamentário) guarda estreita relação com a forma de governo adotada em certo Estado. Há desse modo duas tendências a serem examinadas.

A *primeira tendência* é a de que em se tratando de um Estado com forte elemento autocrático de governo, haverá necessariamente uma concepção restrita do Orçamento.

---

[284] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498-499.

Com essa tendência de fato, não se retira da instituição e da pragmática de uma lei orçamentária qualquer conclusão acerca da participação democrática, muito menos uma força coativa ao Administrador para que cumpra o que antes foi determinado através do Orçamento.

A autocracia pretende aplicar um governo sem a participação livre dos cidadãos e, por isso, enfraquece a força normativa do Orçamento público, caracterizado como seu instrumento de atuação na realidade.

Não há que se falar, no bojo de um governo autocrático extremado, de um ideal de devido processo legal, de transparência pública, de regra de inalterabilidade do orçamento no tempo por ato do Executivo ou mesmo de regras de vinculação de receita.

O governo de autocracia é suficiente em si, não passando o Orçamento de uma simples autorização formal do Parlamento, a fim de se obter legitimidade indireta. É um meio formal do qual não se extraem normas para o Executivo, o processo é inverso: as diretivas para o governo são do próprio governo temporal que perpassam o Orçamento, mas não vinculam quem quer que seja, alteráveis que são pelo próprio governo. Foi o que aconteceu com o Brasil durante a ditadura militar.

A *segunda tendência* refere-se ao regime democrático. Esse necessariamente trabalha com diferentes premissas, sendo a mais importante o alto grau de liberdade política (o grau máximo possível) e as suas garantias, como o ideal de igualdade e liberdade entre os cidadãos, bem como a representação com responsabilidade perante o eleitorado e o compromisso democrático entre maioria e minoria no Parlamento.[285]

O governo democrático, pelo menos em uma manifestação ideal do princípio da liberdade política, é assim uma esfera aberta ao debate das questões políticas, sendo o ideal de transparência e o princípio da legalidade os seus corolários, pois se permite a fiscalização pelos populares e pelas instâncias máximas da República, além de se preconizar o respeito a consensos prévios sobre questões que afetam a esfera jurídica dos cidadãos – as leis.

O orçamento nesse ínterim deve ser visto como o instrumento popular de satisfação das necessidades públicas. Popular em razão de que as Constituições pretensamente democráticas apregoam a obrigatoriedade do planejamento orçamentário, proibindo o Poder Executivo de governar sem uma prévia estimativa de receita e de despesa que seja aprovada pelo Poder Legislativo, ou seja, sem que haja uma participação popular na escolha das diretrizes e prioridades políticas para certo período.

*Secundariamente*, foi dito acima que o planejamento orçamentário institui um orçamento misto, dada a iniciativa do Executivo e deliberação do Legislativo, com possibilidade de emendas

---

[285] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 409-13.

(art. 165-167, CF/88). Ademais, atribui competência ao Legislativo para, cumprindo direitos fundamentais, participe da feitura do Orçamento.

Assim, por tratar de uma competência dada ao Legislativo (mesmo em caráter dúbio)[286] e no bojo de um sistema que impõe um orçamento do tipo *misto*, o princípio do planejamento orçamentário lida fundamentalmente com o *sistema de governo* e o modo de seu exercício.

Em relação recíproca, a formação do conceito jurídico-positivo do Orçamento será influenciada pelo relacionamento, a partir de dado ordenamento jurídico, entre Legislativo e Executivo, já que o principal critério para se classificar os sistemas de governo é a dinâmica existente entre ambos. Por isso, o sistema de governo determina a concepção e exercício do Orçamento Público além de estabelecer as relações entre tais poderes da República, conforme a repartição das funções.

Além da conformação entre princípios do planejamento e democrático, é imprescindível ter presente as diferenças entre os sistemas, a fim de que se esgote o âmbito da discussão acerca da natureza das leis orçamentárias e, ao mesmo tempo, se norteie a questão da eficácia do princípio da separação dos poderes.

O objetivo de uma classificação sobre os sistemas de governo é determinar o funcionamento da função executiva e suas relações com a função legislativa.[287] Ele varia conforme o grau de separação de tais poderes: quando há separação estrita entre os poderes legislativo e executivo no âmbito de um república, há presidencialismo (originalmente criado nos EUA).

Por outro lado, havendo dependência completa do governo junto ao legislativo, há parlamentarismo, originado na Inglaterra, pelo desenvolvimento do instituto do *privy council* e da dinâmica criada por Jorge I em razão da dificuldade de comunicação, após a Revolução Gloriosa, como noticia Manoel Jorge e Silva Neto.[288]

O aspecto importante para esse trabalho reside na forma distinta de governo entre os dois sistemas, pelo que o acatamento de institutos de um e de outro apenas é cabível de forma adaptada, não meramente transplantada. No parlamentarismo, o instrumento de governo é a própria lei, sendo que no parlamentarismo o governo se faz através de atos administrativos que devem obedecer à lei.

Essa simples diferença tem consequências consideráveis no âmbito orçamentário. Conquanto a obrigatoriedade do Orçamento seja sustentada na feitura de uma lei de iniciativa do Executivo, a sua aplicação se dá através de atos de execução, os quais a princípio devem ser subordinados a essa lei.

---

[286] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498-499.
[287] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 360.
[288] Inclusive, a denominação 'primeiro-ministro' era originalmente uma ironia. Cf. Idem, p. 361.

Pois bem, na vigência de um parlamentarismo é perfeitamente aceitável a perspectiva da lei do orçamento ter natureza apenas formal, uma vez que é através de promulgação de leis que o governo é exercido: apenas há modificações através de outra lei. Affonso Almiro, referindo-se ao exemplo do parlamentarismo inglês sobre controle legislativo orçamentário, aduz

> O exemplo é eloquente, embora o controle político assuma maior relevância nos regimes presidencialistas, de vez que no parlamentarismo, vigente na Inglaterra, a fiscalização é, por assim dizer, automática, pois o governo é exercido pela própria Câmara, e todos os seus atos dependem, necessária e consequentemente, da maioria parlamentar.[289]

Isso significa, claramente, que a representatividade democrática não sofre nenhuma violação ao se tratar a lei orçamentária como lei formal, uma vez que o seu próprio exercício se dará efetivamente através de leis, na consulta constante do gabinete do primeiro-ministro ao Parlamento sobre as medidas a serem tomadas durante o governo, i.e., sobre a execução orçamentária.

Já no presidencialismo, tal não acontece. Como o governo é realizado sem consultas constantes ao Parlamento, os atos do Presidente devem ser considerados arbitrários caso fujam à determinação da Lei orçamentária.

> A sanção contra o Presidente da República, governador ou ministros que não realizam despesas variáveis autorizadas pelo Parlamento é de caráter puramente político: o Congresso há de compeli-lo ao cumprimento de sua vontade pelas represálias no terreno das autorizações pedidas pelo Executivo. A supremacia do Congresso, por essa tática, tem como consequência transformar o regime presidencial em regime parlamentar.[290]

*Data venia,* o controle político exercido pelo Legislativo, apesar de conseguir algumas vantagens na barganha com as necessidades do Executivo, não se revela institucionalmente capaz, *no presidencialismo,* de refrear a má execução orçamentária, nem mesmo coibir a omissão administrativa na defesa de direitos constitucionais.

Ana Cristina Meirelles pondera:

> Se é certo que já há um delineamento em torno das prestações devidas para a garantia de vários desses bens jurídicos [...] não há uma exaustão do regramento em torno delas, permanecendo a matéria plenamente apta a obter novas e contínuas especificações prestacionais, seja através de lei, de atos administrativos ou através do próprio Poder Judiciário, quando omissos aqueles.[291]

---

[289] ALMIRO, Affonso. *Questões de Técnica e de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1957, p. 130-131.
[290] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 442.
[291] MEIRELLES, Ana Cristina. *A eficácia dos direitos sociais.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 299.

Por outro lado, Dirley Cunha salienta que a CF/88 "admite que o comportamento omissivo inconstitucional pode estar ligado a atos de natureza normativa ou não, podendo existir em face de quaisquer funções do Estado, seja a legislativa, a administrativa e mesmo a judiciária."[292]

A importância da fiel execução orçamentária, conforme aprovado pelo parlamento não é somente um jogo político entre as duas instâncias de poder, no combate para auferir supremacia. O cumprimento das necessidades públicas deve ser lembrado como objetivo fundamental nessa seara, de modo que a pressão política posterior a uma omissão pública não se revela útil de nenhuma forma a fim de se resolver o problema de carência pública em determinado setor.

Muitas vezes, piora-se a situação. Considere-se o caso de recursos alocados conforme a lei orçamentária aprovada para a reforma extremamente necessária de um hospital em zona suburbana. Se o Executivo realoca sem argumentação constitucional para um auxílio a obras de um estádio de futebol, faticamente não haverá reforma hospitalar. Se o Legislativo desejar sancionar tal atuação, mediante a não aprovação de rubricas na lei orçamentária anual, como a reforma de creches, subvenções sociais ou mesmo a reforma das instalações prediais do Executivo, a população, além de não obter a reforma do hospital, sofrerá com a sanção do Executivo.

Não se trata, como se vê, de um embate pelo poder: há a questão das necessidades públicas, não cumpridas nem antes nem depois da sanção política (embora ela seja útil em alguns casos). A sanção política através do eleitor (na não-reeleição) também não é imediata aos atos de omissão, até porque muitas vezes não chegam ao seu conhecimento as omissões institucionalizadas na gestão de recursos.

Disse-se acima que *no presidencialismo* o controle legislativo não é capaz por si só de impedir atos contra o Erário, em vista de que no parlamentarismo, como a ação executiva necessita da maioria parlamentar, o controle tem se mostrado eficiente.

Isso quer dizer a necessidade de, no presidencialismo, haver controle por outras instâncias, independentes do Parlamento e do Executivo. E isso leva, consequentemente, à caracterização do respeito maior à lei orçamentária.

Por esses motivos, a natureza formal do orçamento não encontra guarida no sistema presidencialista, apesar das reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal,[293] porque se perde a representatividade democrática através da execução orçamentária por atos administrativos, notadamente quando esses se afastam das opções políticas fundamentais inscritas na Constituição. Há um desrespeito à Constituição como ordem fundamento (porque estabelece decisões sobre

---

[292] CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137.

[293] Cf. Recursos Extraordinários nª. 34.581-DF e nº. 75.908-PR. Isso, embora a finalidade seja afastar o controle de constitucionalidade, e não propor não vinculação em nenhuma medida do Orçamento perante o Executivo.

questões fundamentais, como faz a Constituição de 1988, ao tempo em que deixa outras questões em aberto, como uma moldura constitucional.[294]

A solução mais razoável, nesse passo, é a vinculação do Poder Executivo ao Poder Legislativo, ao se sustentar a natureza material da lei orçamentária. Assim, continua havendo liberdade no governo, através dos atos discricionários e da iniciativa exclusiva do Executivo em propor a lei orçamentária (em seus diversos tipos), mas de outro lado a vontade democrática resta considerada ao vincular, desde as *dotações constitucionais* até as emendas orçamentárias locais.

A teoria dos princípios também contribui para esse entendimento. Foi visto que nas *regras* a consequência pode falhar diante de impossibilidades fático-jurídicas, mas, se isso não ocorrer, vale definitivamente o que a regra prescreve.

Essa definitividade plena é a tentativa de Dworkin, no que criticado por Alexy, em vista de que há possibilidade, em determinados casos, de se estabelecer uma cláusula de exceção em virtude de princípios, por exemplo. Assim, as exceções não são enumeráveis *a priori*, conforme quer Dworkin: "Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção."[295]

Mas as regras não são superadas como os princípios o são, em razão da existência dos princípios formais: *não se relativiza sem motivos o consenso prévio das leis*. Uma regra de ônus argumentativo nunca exclui a necessidade de se definir as condições de precedência do caso concreto no caso dos princípios, ao tempo em que "*o ônus argumentativo já existente das regras é substancialmente maior, em razão das decisões tomadas previamente pelas autoridades legitimadas para tanto* ou decorrentes de uma prática reiterada" [grifo nosso].[296]

As decisões tomadas pelas autoridades legitimadas, de que fala Alexy, no âmbito orçamentário são justamente as decisões alocatícias de recursos públicos, pela iniciativa do Chefe do Poder Executivo e deliberação do Poder Legislativo. Tais são as autoridades legitimadas as quais decidem sobre a ordem de preferência, naquele período de tempo e naquele espaço, das necessidades públicas instituídas na Constituição como princípios.

---

[294] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584.
[295] Idem, p. 104.
[296] Idem, p. 106.

### 3.2.1.1.2. NATUREZA DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS SOB O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

As acepções acima sobre o princípio democrático e o Orçamento Público geram a indicação sobre a natureza política e, logo, democrática, das prioridades públicas. Assim, no que se refere à escolha das "necessidades-alvo" do Estado em certo período, observa-se que apenas o Poder Executivo é incumbido formalmente de realizá-la.

Diz José Souto Maior Borges que:

> [...] variáveis motivos políticos e que não podem ser determinados *a priori* comandam a atuação do Estado no sentido de promover a satisfação de certas necessidades coletivas, exercendo os governos uma série constante de opções das necessidades sociais a serem satisfeitas pela rede de serviços públicos. [297]

Nessa esteira, também Aliomar Baleeiro:

> Determinar quais as necessidades de um grupo social a serem satisfeitas por meio do serviço público, e, portanto, pelo processo da despesa pública, ressalvada a hipótese de concessão, constitui missão dos órgãos políticos e questão essencialmente política. [298]

Kiyoshi Harada afirma que o "volume das despesas públicas resulta sempre de uma decisão política, porque a formulação do elenco de necessidades de uma sociedade, a serem satisfeitas pelo serviço público, é matéria que se insere no âmbito do poder político." [299]

Por outro lado, James Giacomoni nos relata que, ao tratarem do orçamento, "os tratadistas clássicos preferiam analisar questões ligadas à tributação e seus efeitos, considerando a despesa pública como um mal necessário"[300] e cita Jean-Baptiste Say: "[...] todos os consumos públicos constituem por si mesmos um sacrifício, um mal sem nenhuma outra compensação que a vantagem resultante para o público da satisfação de uma necessidade".[301]

De qualquer modo, observe-se que para elencar necessidades, os agentes políticos têm variados instrumentos os quais se insurgem como obrigações institucionais do cargo, tidas absurdamente como meramente formais. Diga-se absurdamente, pois a nosso ver a *ratio constitucione* prevê vinculação material e não meramente formal.

Logo, conforme a ordem constitucional vigente, a natureza política das escolhas de prioridades é sustentada pelo princípio democrático em dois sentidos: *pelo primeiro*, a

---

[297] BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro.* Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 13-14.
[298] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 78.
[299] HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* São Paulo: Atlas, 1998. p. 39.
[300] GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 13º ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 65.
[301] Idem, p. 65.

Constituição Federal prescreve obrigações de fazer ao Estado, como obrigações mínimas a cumprir, voltadas ao atendimento das necessidades públicas;[302] *em segundo sentido*, o administrador deve proceder à realização de um planejamento orçamentário, a fim de satisfazer necessidades da população governada, especificamente (art. 165, C.F.).

Em ambos os sentidos, pois, a decisão de escolha das necessidades está contida no âmbito político, mas em duas dimensões diferentes, embora complementares, determinadas pela sobrejacência do princípio democrático na eleição das prioridades públicas.

Por um lado, a Assembléia Geral Constituinte e o Poder Constituinte derivado já procederam a uma escolha geral, chegando a necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, em qualquer período da história.

De outro lado, há o planejamento orçamentário 'específico', em que o Chefe do Poder Executivo tem a iniciativa (e após o veto) e órgão Legislativo vota e aprova as leis orçamentárias. Nesse diapasão, constitui-se a feitura da lei do orçamento um processo complexo, com o fito de representar a vontade popular local de modo efetivo, em busca de necessidades peculiares.

É forçoso considerar, no entanto, que o Ente Federativo não pode se afastar das necessidades-alvo da Constituição Federal, pois os deveres estatais nela insertos fazem parte de um programa geral para todo o país.

Diante do exposto, observar-se que para fazer face à satisfação das necessidades sociais o Poder Executivo tem obrigações pré-determinadas pela Carta Magna e leis ordinárias consentâneas.

As dotações correlacionadas com tais obrigações são, a bem de ver, *dotações com força constitucional*, ou seja, uma vez contempladas na Lei orçamentária, obrigam o Poder Público, pois são superiores às demais.

Tal deve ser a aplicação do princípio democrático no âmbito orçamentário: tanto a Constituição Federal quanto a Lei Orçamentária, embora em momentos diversos e sob modos de vinculação diversos, instituem decisões alocatícias pelas autoridades legitimadas, o que gera um elevado ônus argumentativo para a sua superação.

Logo, importa salientar que há necessidades públicas sob a forma de princípios, os quais necessitam da emergência de regras para seu cumprimento, enquanto que outras constituem por si mesmas decisões alocatícias sob a forma de *regras*, o que impossibilita a superação sem um ônus argumentativo considerável, a par das possibilidades fáticas e jurídicas.[303]

---

[302] Como exemplo máximo, o artigo 6º de nossa Constituição. Sobre deveres explícitos do Estado, têm-se os artigos 205 (Educação), 215 (Cultura), 217 (Desporto), 225 (Meio Ambiente), 226 (Família), 227 (Criança e Adolescente) e 230 (Idoso).

[303] Há possibilidade de um caráter duplo das normas constitucionais de direitos fundamentais, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140-1.

Nesse ponto a ligação do tema proposto com a hermenêutica constitucional, com a possível ordem de prevalência das necessidades públicas e com a aplicação das máximas da proporcionalidade sobre as escolhas orçamentárias, tópicos que serão analisados mais à frente.

De outro lado, não se pode deixar de mencionar quando se trata de princípio democrático, de um instituto que vem surgindo vagarosamente durante o curso da história, culminando com a previsão legal no parágrafo único do artigo 48 da Lei Complementar 101/2000 e com respaldo jurisprudencial: o orçamento participativo.

Anote-se que por esse instituto o cidadão é conclamado a participar da elaboração e execução do Orçamento Público na realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. A permissão foi concedida pelo art. 58, §2º da CF/88, e regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2000) e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), no sentido de instaurar a principalmente a realização das audiências públicas.

O art. 4º, III, *f,* da Lei 10.257/2000 se refere à gestão orçamentária participativa que no âmbito municipal é abrangida por participação na elaboração e na execução orçamentária:

> Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

As audiências públicas podem ser conceituadas como processos de participação popular que proporcionam "o aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, decorrente da exposição de tendências, preferências e opções, por parte da população, que devem conduzir as decisões e a atuação do Poder Público a uma maior aceitação social."[304]

Também vislumbre-se a missão de grupos representativos como os Conselhos de Direitos, os quais possuem maior condição de apontar as necessidades locais. Têm-se os exemplos do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (art. 88, II, ECA) e do Conselho Tutelar (art. 136, IX, do mesmo Diploma).

Nesse passo, o Orçamento Participativo encontra nas Propostas Orçamentárias dos Conselhos a possibilidade de se engrandecer em importância política verdadeiramente democrática, o que também, por via oblíqua, enseja um controle judicial, pois a execução do orçamento participativo não prescinde de um controle para torná-lo sempre efetivo.

Há decisões nessa tendência, como a do STJ no Recurso Especial Nº 493.811/SP:

---

[304] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 343.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. [305]

Ora, se não houver obrigatoriedade nas propostas razoáveis e de cunho constitucional e legal, não haverá qualquer eficácia em se recorrer o Administrador ao Orçamento Participativo.

Há quem diga, por outro lado, que o referido instituto acaba por solapar a atuação do Poder Legislativo na determinação e análise prévia das dotações orçamentárias e, assim, possuir um "viés autoritário".[306]

Tal pensamento não pode prevalecer, pois há maior caráter democrático na opinião pública direta do que na representativa. Trata-se de novos planos e mecanismos a serem vislumbrados acerca da participação democrática, como visto (*supra,* 3.2.1.1).

Não se pode vislumbrar no Orçamento participativo infringência ao princípio do poder popular (parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal), pois o Poder Legislativo não está acima do povo e sim por ele. Não se constitui o Poder Legislativo (e nem os demais Poderes) um fim em si mesmo, de modo que se o povo, mesmo representado de outra maneira, consegue impor uma opinião, ela deve ser considerada.

Ademais, vivencia-se uma crise política que tem como consequência a crise representativa, na qual não há identificação entre os interesses públicos e os votos dos parlamentares. O *munus* público é suprimido por interesses alheios, classistas e corruptos, muitas vezes.[307]

O orçamento participativo, desse modo, pode ser um instrumento que ajude a contornar esse problema, tendo ainda a possibilidade de ser mais eficaz que as emendas parlamentares, pois veiculadas através de arautos dos problemas sociais, aqueles que os vivenciam, tais como os Conselhos de Direitos Municipais, instituições que prestam serviços assistenciais, etc.

De todo modo, percebe-se que a visão da Constituição de 1988 sobre o Orçamento é complexa, caracterizando-o como Lei em diversos dispositivos, como matéria de atribuição específica do Congresso Nacional insuscetível de delegação e impassível de ser objeto de Medida Provisória.

Além disso, pela natureza do instituto, os conceitos técnicos de Contabilidade Pública e de Economia são necessários ao seu entendimento, além da tendência já demonstrada dos orçamentos-programa e dos orçamentos de capital plurianuais, afastando-se em muito o

---

[305] STJ. REsp 493811/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/11/2003. Publicação/Fonte DJ 15.03.2004 p. 236. RDDP vol. 14 p. 120.
[306] SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2006, p. 66.
[307] HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites.* Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 08.

Orçamento constitucionalmente delineado do documento formal que meramente indica receitas e despesas, sem qualquer poder vinculativo ao administrador.

### 3.2.1.2. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

O princípio da eficiência, mesmo antes de adicionado textualmente ao *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº. 19/98, já era obtido pela interpretação da importante função realizada pela Administração Pública. A natureza de suas atribuições, notadamente as expostas no art. 23, requer necessariamente a eficiência como um de seus princípios.[308] Inclusive, o STJ já o proclamava.[309]

De outro lado, como bem observa Paulo Modesto, a eficiência já estava no texto constitucional em referência inclusive à gestão orçamentária, o que interessa a esse trabalho mais de perto: o art. 74, II, já estabelece que os Poderes da República devem manter sistema de controle interno com a finalidade de : "II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, *quanto à eficácia e eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;" [grifo nosso][310]

Por isso, e justamente por referir a Constituição nesse ponto à gestão orçamentária, ato pressuposto de toda atividade estatal, pode-se dizer que

> [...] se a eficácia e a eficiência são qualidades do agir administrativo avaliadas obrigatoriamente no controle jurídico da atividade de todo órgão da administração direta e das entidades da administração indireta, em qualquer dos poderes e, em caso de irregularidade, sujeitam os responsáveis a sanções jurídicas, são obrigações jurídicas, imposições constitucionais, exigências gerais vinculantes para o administrador público.[311]

Desse modo que se trata de exigência inerente a *toda* atividade pública.[312] Decorre que toda gestão racional e instrumental requer eficiência. Nesse diapasão, Paulo Modesto:

> Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente.[313]

---

[308] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 459.
[309] RMS 5590-95/DF; RMS 7730-96/RS.
[310] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. I, nº 02, mai/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 19 out 2009, p. 04.
[311] Idem, p. 04.
[312] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 798.
[313] MODESTO, *Op. Cit.*, p. 06.

A Administração deve realizar os seus atos com presteza, de modo que sejam administrativa, econômica e tecnicamente adequados aos fins visados, sendo *idônea, econômica e satisfatória*.[314] As omissões administrativas, por sua vez, também violam a eficiência do serviço como um todo, ausente quando devia e podia estar presente, como no caso da segurança pública. Enfim, corresponde ao dever de boa administração.

Contra essa equiparação, Flávio Galdino assevera que a eficiência é maior que a "boa administração," aduzindo que a maior aplicação da eficiência foi a Lei de Responsabilidade Fiscal: "a normativa federal impõe ao administrador público (ou mesmo a quem atue substitutivamente, como sejam especificamente os juízes) a prévia análise econômica de suas medidas, sob pena de responsabilização."[315]

Maria Sylvia Di Pietro entende o princípio da eficiência em dois aspectos:

> [...] em relação ao *modo de atuação do agente público*, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao *modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública,* também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. [grifos da autora][316]

Pelo primeiro aspecto, o exemplo do art. 39, §7º, CF/88, que prevê o reinvestimento na racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade, incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Ademais, trata-se de fundamento ao Ministério Público zelar pelo cumprimento dos serviços públicos indispensáveis à população (129, II, CF/88) e " permite, ainda, que o PJ encontre um substrato a mais para garantir direitos fundamentais dos administrados (CF,5°, XXXV)."[317]

Depreende-se que a eficiência é cumprida pelo planejamento orçamentário particularmente no aspecto em que se refere ao modo de organizar e estruturar a ação do Estado em determinado período de tempo, bem como em referencia à cumprir com as necessidades públicas da melhor forma possível.

Assim, há dois âmbitos em que ambos os princípios se tocam, a eficiência administrativa influenciando a aplicação do planejamento: a) o *âmbito do planejar*; b) o *âmbito da eleição de medidas* para satisfação das necessidades públicas.

*Sub a,* o planejamento em si deve ser eficiente, tanto no sentido de ser capaz de orientar satisfatoriamente execução das medidas, quanto no sentido de possibilitar acompanhamento da execução orçamentária pelos cidadãos e pelas instituições competentes, permitindo o seu controle. Aqui se revela o imbricamento com o princípio da publicidade, através da transparência.

---

[314] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. I, nº 02, mai/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 19 out 2009, p. 10.
[315] GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:* direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266.
[316] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84.
[317] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 800.

A orientação eficiente da execução das medidas se dá mediante a clara transmissão dos objetivos e diretrizes da ação estatal (o PPA e o LDO são imprescindíveis nesse ponto), bem como com a elaboração de dotações mais especificadas, sujeitas a classificações atinentes à individuação das medidas, em projetos e atividades especificadas. O impedimento a dotações globais (regra da especificação das despesas) e a classificação funcional-programática são exemplos desse jaez, a ser examinado no item seguinte.

A atividade de planejar em si eficiente também é aquela que contém elementos básicos para a instauração de controles, institucionais ou não, produzindo um orçamento elaborado de modo uniforme em toda a Nação (a Lei de Finanças Púbicas, nº. 4.320/64, e a LC 101/2000 são exemplos desse ideal de uniformidade).

*Sub b,* o ideal de planejamento conduz à eficiência na satisfação das necessidades públicas, revelando-se o ideal de economicidade. "O princípio da eficiência se torna extraordinariamente importante para a administração moderna, que cada vez mais vai adquirindo as características de uma administração gerencial, influenciada por métodos da empresa privada."[318]

Nesse sentido, a economicidade aparece em íntimo relacionamento com a eficiência, "pois significa sobretudo eficiente alocação de recursos, que possa levar ao maior proveito do Fisco com o menor gasto operacional."[319]

Dessa feita, o dever de eficiência impinge a Administração "a realizar o máximo em termos de consecução do interesse público com o mínimo de dispêndio de tempo e de recursos"[320], além de permitir a abertura do controle orçamentário ao Judiciário e ao Tribunal de Contas, quando as ações realizadas não indicarem o melhor com o menor custo.[321]

O planejamento nessa seara é ato elementar ao cumprimento eficiente dos grandes atos da Administração, "colocando-se em permanente tensão e busca se equilibrar com os princípios da equidade na distribuição de bens e da solidariedade."[322] Isso porque a exequibilidade é essencial a todo planejamento.

> O planejamento e um plano ajudam a alcançar a eficiência, isto é, a execução perfeita de uma tarefa que se realiza. Mas não é esta a única bisca do planejamento, ele visa também à eficácia. Se ele atende às duas finalidades pode-se afirmar que o planejamento deve alcançar não só que se façam bem as coisas que se fazem (eficiência), mas que se façam as coisas que realmente importa fazer porque são socialmente desejáveis (eficácia).[323]

---

[318] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 192.
[319] Idem, p. 197.
[320] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 461.
[321] TORRES, *Op. Cit.*, p. 193.
[322] Idem, p. 193.
[323] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

Note-se que a obrigação de atuação eficiente impõe nesse segundo aspecto "a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada) e c) ação satisfatória (dotada de qualidade)."[324] Trata-se de análise da Administração eficiente tanto no momento de planejamento (verificação da medida pela previsão) quanto no julgamento dos resultados pelos entes competentes, como o controle interno e os Tribunais de Contas, pois se permite o controle contábil, financeiro e orçamentário quanto à economicidade, com base nos arts. 70 a 74, todos da CF/88.

O próprio ordenamento infraconstitucional proclama a vinculação ao planejamento como meio a alcançar a eficiência. Não é outra a opinião de Francisco Alves dos Santos Júnior, ao analisar a Lei de Responsabilidade Fiscal:

> [...] a Lei Complementar nº. 101 de 2000 busca moralizar o planejamento e impede a alteração do programado, mesmo porque tratou das punições pessoais que devem ser aplicados aos administradores públicos (art. 73) que ousem descumprir as leis orçamentárias [...].[325]

Ademais, há os tipos previstos na Lei nº. 10.028/2000 (que alterou o Código Penal), com o fito de punir o desrespeito aos dispositivos da mencionada Lei Complementar.

Por tudo isso, perceba-se a importância que o ordenamento jurídico pátrio reserva ao planejamento e a sua execução rigorosa: os representantes do Executivo que não cumprirem o quanto dotado e planejado na Lei Orçamentária, podem sofrer pena de reclusão.[326]

Necessário salientar, por outra via, a perspectiva da eficiência como postulado, ou seja, *metanorma*, na tipologia de Humberto Ávila, que de todo modo se aplica ao quanto explicitado acima, notadamente nos âmbitos de influência entre eficiência e planejamento.

Para ele, existem normas de primeiro grau e de segundo grau. As primeiras são normas objeto de aplicação (princípios e regras), enquanto que as segundas são normas sobre a aplicação das normas de primeiro grau (postulados aplicativos e hermenêuticos). Por serem normas sobre a aplicação de outras normas, podem ser denominados *metanormas.* Não se trata de um dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado.

> Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas - princípios e regras - que deixaram de ser devidamente aplicadas.[327]

---

[324] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. I, nº 02, mai/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 19 out 2009, p. 10.
[325] SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2006, p. 64.
[326] Hipóteses dos arts. 359-A, C, D, G e H do Código Penal – "Dos Crimes contra as Finanças Públicas".
[327] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134.

Assim é que um postulado aplicativo é utilizado ou não, ao invés de ser violado. Se o Tribunal decide que uma medida estatal foi desproporcional, é porque ela afetou de modo desproporcional um princípio, violando-o, porque não aplicou o postulado da proporcionalidade.

Da mesma maneira, uma medida pode ser considerada ineficiente porque não atingiu de modo satisfatório o cumprimento de um dever decorrente de princípio ou regra. Direitos fundamentais são violados porque se utiliza uma medida imprestável para tanto, ou seja, não se utiliza parâmetros da eficiência no cumprimento dos direitos fundamentais. Ressalte-se que a *medida* viola o princípio, porque não foi utilizado um postulado específico no seu uso. Aqui, a natureza normativa do postulado: é determinação constitucional que se use a eficiência. A sua não utilização é elemento identificador da violação a um princípio, mas não é a violação em si, nem mesmo o postulado é violado por essa medida.

Como *metanorma*, a eficiência dirige normativamente a aplicação do planejamento orçamentário: a) ao *impedir* que o planejamento seja descumprido quando a dotação orçamentária (que consubstancia a medida) demonstrar-se cabível ao alcance do objetivo visado; b) de outro lado, ao preconizar a *superação do planejamento*, quando se revelar que as medidas programadas são as "piores" dentre as possíveis ao alcance dos fins propostos.

Nesse último caso, porém, cabe salientar que tal postulado dirige à noção de que o planejamento é parte do atendimento ao mesmo, i.e., o planejamento é etapa da eficiência, devendo o seu respeito tornar-se regra de precedência, uma vez que uma Administração que planeja, mas não siga o planejado, não alcança eficiência desde o início, dado ser impossível escolher o meio apropriado somente no momento de necessidade e, mesmo que o fosse, a mobilidade dos recursos não se dá de forma instantânea.

E ainda que se dessem instantaneamente, a dinâmica entre os Poderes Legislativo e Executivo não poderia existir, de modo que as emendas propostas, por serem feitas no âmbito das discussões entre maioria e minorias parlamentares, muitas vezes adicionam a possibilidade de uma ação eficiente da Administração.

> A liberdade da Administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções. Cada poder deve conservar uma prerrogativa de avaliação (*Einschatzungsprärogative*).[328]

Daí o referido autor considerar que a Administração apenas tem o dever de escolher o meio que simplesmente promova o fim. Nesse primeiro âmbito da eficiência como proporcionalidade, assim, os casos de superação devem ser específicos à dotações irrazoáveis ou mesmo imprestáveis ao objetivo (desproporcionais), mesmo porque o princípio democrático impõe o respeito às

[328] ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Instituto de Direito Público da Bahia. Nº 4, out-dez/2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 dez 2009, p. 23.

decisões tomadas pelas autoridades legitimadas de modo prévio à ação. A proporcionalidade, enfim, dirige-se a esse respeito.

De outro lado, Humberto Ávila apregoa que a Administração está impedida de realizar o meio menos intenso, pior e menos seguro. Aqui, segundo ele, incide o dever de eficiência, porque ela exige mais do que a mera adequação:

> [...] exige a satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante,com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa.[329]

Por isso, a análise da eficiência administrativa em sede de orçamento é tal que: primeiro se *impede,* como regra de precedência, que o planejamento seja descumprido, pela prerrogativa de avaliação de cada Poder, uma vez que faz parte da própria eficiência a atividade de planejar e seguir o quanto planejado.

Em segundo momento lógico, a eficiência ressalta a análise da medida estatal em si, devendo-se arguir sobre: a) o simples cabimento da dotação orçamentária ao alcance do objetivo visado (proporcionalidade); e sobre b) a qualidade da medida dentro de todas as cabíveis no plano fático. Por esses dois planos de análise da medida, permite-se a *superação do planejamento* somente quando a medida programada figurar como *irrazoável* (imprestável) ou como a "pior" dentre as possíveis ao alcance dos fins propostos, respectivamente a *a* e *b*.

### 3.2.1.2.1. ORÇAMENTO-PROGRAMA

Um dos exemplos da aplicação da eficiência na seara do orçamento público (esse como um atingir dos fins parciais da eficiência administrativa) está na forma programática do planejamento orçamentário. Ressalte-se que o exemplo se refere a eficiência no *âmbito do planejar* em si, ou seja, o planejamento em si deve ser eficiente a fim de orientar a execução das medidas e ao mesmo tempo permitir o controle orçamentário.

A obrigatoriedade de formulação e instituição das leis orçamentárias no Brasil é produto histórico iniciado pela Constituição de 1824 e ampliado em 1967, através da Constituição respectiva e do Decreto-Lei nº 200/67, o qual exigia elaboração de um plano geral de governo de duração plurianual, lastreado na Lei Complementar nº. 03/67.

---

[329] ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Instituto de Direito Público da Bahia. Nº 4, out-dez/2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 dez 2009, p. 23-24.

Mas decisivamente o processo culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, instituindo-se no art. 165 e parágrafos o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual como Diplomas Orçamentários, detalhando-se nos artigos seguintes o procedimento, princípios e efeitos formais.

Note-se que a Carta Magna, nesse sentido, rompeu com o paradigma das Constituições anteriores ao dispor de inúmeras regras e princípios, formando um verdadeiro *subssistema orçamentário* com normas mais amplas, a afastar-se em muito da concepção *formalista* do Orçamento Público (a que vislumbra o Orçamento como mero documento formal).

Além disso, permitiu, a par do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, (art. 165) a implantação de técnica orçamentária mais eficiente: o Orçamento Programa. A imposição de tal técnica é corolário, como visto acima, de uma tendência mundial e legal anterior a 1988.

> O modelo de orçamento público adotado pelo Brasil, a partir da década de 60, é o do Orçamento Programa. Isso ocorre, primeiro, de forma implícita, pelas normas da Lei nº 4.320/64 – com sua orientação para o planejamento e detalhamento dos gastos por funções e programas –, produzida sob a inspiração do PPBS norte-americano e das recomendações da ONU através do "Manual de Orçamento por Programas e Realizações" e de outras publicações. Depois, explicitamente, pelas disposições dos arts. 16 a 18 do Decreto-Lei nº 200/67.[330]

Vale acrescentar que tais disposições estão plenamente em vigor, detalhadas pela Portaria do Ministério do Planejamento de nº 9/74 (que inclusive instituiu a classificação funcional programática), sendo derrogada pela de nº 42/99-MPOG (que a desmembrou nas classificações funcional e programática).

Tal técnica foi concebida com o intuito de permitir maior conhecimento das ações desenvolvidas por um país na esfera pública, além de, principalmente, oportunizar um controle interno e externo com maior eficácia.

Ademais, identifica-se que a partir do referido documento das Nações Unidas foram desenvolvidos parâmetros classificatórios, a saber: econômico, institucional e funcional.

Pela classificação econômica, o governo tem três atividades básicas no uso de recursos: atividades de consumo, de formação de capital e de transferência. Em suma, refere-se concomitantemente à classificação do objeto do gasto e à origem de despesas.

A classificação institucional identifica os organismos da administração direta e indireta responsáveis por determinada dotação.

E, por fim, a classificação funcional indica a função programática da despesa. Conforme anotado, a Portaria nº. 42/99 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) desmembrou a classificação programática da funcional, porém ambas noticiam a mesma dimensão orçamentária:

---

[330] SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Nota Técnica Nº 44/2005*. Consultoria de Orçamento da Câmara dos Deputados. Congresso Nacional: Brasília, 2005. Disponível em <http://www2.camara.gov.br>. Acesso em 13/09/2007.

qual necessidade social ela tem por objetivo satisfazer em determinada área de atuação do governo.

Ressalte-se que a característica inovadora do Orçamento-Programa é justamente a exigência de uma função programática pré-determinada à dotação orçamentária (feição tridimensional do Orçamento), pelo que as técnicas orçamentárias anteriores apenas propunham um elenco de receitas e despesas alocadas por unidades administrativas (feição apenas bidimensional).

Saliente-se que a função representa a tipificação generalizada da ação governamental em prol da coletividade, atingindo-se a eficiência do gasto público. Consubstancia o gênero de variadas outras espécies de classificação, quais sejam, os programas, subprogramas, atividades-meio, atividades-fim e projetos.[331]

Tal especificidade *infra* e constitucional em relação ao Orçamento só leva a uma conclusão racional: deve ser dado ao contribuinte em geral as informações sobre a aplicação dos gastos públicos da maneira eficiente. Ora, antes a área de atuação governamental exposta no Orçamento era muito ampla, podendo significar inúmeras despesas diferentes entre si. Com o orçamento-programa, ademais de se vincular o legislador à autorização de despesas por vários anos, cria-se transparência e se demonstra a eficiência do planejamento.

Nesse âmbito, a eficiência administrativa é cumprida parcialmente pela existência de um planejamento específico, capaz de constituir subsídio de controle e de verificação dos acertos e erros cometidos com as alocações, dada a explícita diretriz a ser seguida, bem como os projetos e atividades tomados como atos necessários à sua consecução.

### 3.2.1.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da publicidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88) consagra o dever administrativo de manter a plena transparência em seus comportamentos, de modo a manter ciente o administrado de todas as possíveis alterações de situações jurídicas. Abarca desde o dever de simplesmente informar até a publicação efetiva dos atos administrativos dos diários oficiais, a fim de que a publicação possibilite o controle.[332]

Daí a repulsa a qualquer procedimento sigiloso que ocorra dentro dos Poderes da República quando estiverem a realizar função administrativa, como a atuação execrável referente aos atos

[331] Os conceitos encontram-se satisfatoriamente insertos na Portaria nº. 42/99 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, não sendo necessária a exposição dos mesmos nesse trabalho por não se constituir interessante ao fim almejado.
[332] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 798.

secretos de admissão de funcionários e aumento de salários, protagonizada pelo Senado Federal em 2009.

A publicidade mal feita, por outro lado, camufla mau uso do dinheiro público, através de funcionários fantasmas, beneficiários ativos porém falecidos, ausência de médicos nos postos de saúde e superfaturamentos de obras públicas.[333]

A falta ou deficiência de *publicidade,* como visto, é apenas o cume de intrincadas redes de troca de favores, nepotismo e corrupção, notadamente a publicidade que consubstancia uma descrição sem correspondência com a realidade, como o superfaturamento e o censo escolar mal dirigido.

Porém, apesar de ser um detalhe por vezes relegado, trata-se muitas outras da única forma que possibilita algum controle do gasto público e alguma expectativa de modificação ou manutenção das situações jurídicas dos administrados. Sem a publicidade, o ato se desveste de legitimidade e constitucionalidade.[334] Conforme entende Celso Antonio Bandeira de Mello,

> Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, (art. 1º, parágrafo único, Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.[335]

O princípio da publicidade assim é afeito ao cumprimento do princípio democrático, pelo caráter promovedor do mesmo de importantes vinculações no âmbito da Administração Pública, não só na garantia dos direitos políticos, mas quando se presta a "promover a salvaguarda da participação do indivíduo nas questões administrativas e na condução de interesses relevantes para decisão do Poder Judiciário."[336]

Revela, enfim, a exigência de ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, bem assim a conduta dos agentes públicos *de per si.*[337] Há também outras facetas da publicidade, porém não importantes para o tema em pauta, como o dever de informação individual que consubstancia o *habeas data* (art. 5º, XXXIV, CF/88).

No que toca à relação entre a publicidade administrativa e o planejamento orçamentário, pois, esse cumpre a finalidade daquele porque configura um dever de informação aos administrados das atividades do Estado, a fim de que se informem e se preparem, bem como para propiciar o controle dos gastos públicos.

Nesse sentido o dever de publicidade impinge ao planejamento, a fim de que a publicação informe à coletividade sobre as metas e prioridades da administração pública, bem como os meios

---

[333] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de Gestão de 2007*. Brasília: CGU, 2008, p. 98-105.
[334] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 458.
[335] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.
[336] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 457.
[337] Idem, p. 458; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75.

previstos para atingi-los e os objetivos alcançados. Aliás, no que toca à tributação, o orçamento serve de prenúncio a aumento ou diminuição da carga tributária (embora não vincule o administrador).

Assim é que o art. 165, da Constituição, determina a feitura de Lei do Orçamento, pelo seu dever inerente de publicidade, inclusive como ato imprescindível à sua vigência. Além do caráter democrático, pois, a exigência de lei é uma exigência de se dar a maior publicidade possível ao ato de planejamento do Estado.

Ademais, o §3º do mesmo artigo remonta ao dever de publicidade administrativa após a execução orçamentária: "§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária."

O dever de publicidade orçamentária ganha especial relevo quando há a exigência de orçamento programa, inclusive com a importância de novos elementos de controle inaugurados pela Lei Complementar nº. 101/2000.

Obviamente a maior especificidade e o maior número de classificações permitem maior controle das despesas (a serem) realizadas. E se há previsão de controle, há uma diretriz a ser seguida. O programa especificado é o detalhamento da atuação administrativa, a qual deve ser cada vez mais *sincera*, *transparente.*

Nesse ímpeto de transparência, o art. 165, §3º, CF/88, estabelece que o Poder Executivo deve publicar, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da *execução orçamentária*. Ainda, a LC 101/2002, no dispositivo de n. 48, ressalta a transparência:

> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

O art. 49 assegura a transparência com o fito específico de consulta pelos cidadãos.

> Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Vale dizer, ademais, que a transparência deve ser utilizada com a finalidade de permitir *participação social* no planejamento.[338] É o que se depreende do art. 48 em seu parágrafo único, do mesmo Diploma Legal: "A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos."

---

[338] No mesmo sentido, NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 36-37.

Essa participação democrática deriva, é bem dizer, do art. 58, §2º da CF/88, e já foi estendida ao âmbito das licitações e contratos administrativos (Lei nº. 8.666/93), dos processos administrativos (Lei 9.784/88, arts. 32 e 34) e dos problemas locais, pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2000), além da gestão fiscal, como visto acima.

As audiências públicas podem ser conceituadas como processos de participação popular e nesse âmbito necessitam de publicidade a fim de serem aplicados.

Nesse diapasão, revela-se de extrema importância, a fim de se cumprir a vontade constitucional de participação democrática, bem como o controle social e institucional dos gastos públicos, a correlação feita entre o princípio da publicidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88) e o do planejamento orçamentário.

### 3.2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS SUBJACENTES AO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

A consideração das regras e subprincípios atine mais propriamente com o sistema constitucional orçamentário, a ser estudado pelo Direito Financeiro Constitucional.[339] Necessário dizer que a atual Constituição disciplina o Orçamento no Título VI, Capítulo II, Seção II – arts. 165 a 169, demonstrando as técnicas aplicáveis, regras e princípios adotados, como a obrigatoriedade aos entes federados e a compatibilidade entre os seus três tipos. Essa regulação foi modificada pelas Emendas de nº 03/93, 19/98, 20/98, 42/03 e 45/04.

Os princípios e regras a serem tratados nesse tópico são as normas constitucionais as quais *cumprem a finalidade* de um princípio do planejamento coerente, prévio, eficiente e teleológico, ora instituindo razões *prima facie* que signifiquem estados de coisas parciais do planejamento (princípios subjacentes), ora estabelecendo razões definitivas quanto às condutas a serem perpetradas pelos agentes políticos na elaboração, deliberação e execução orçamentárias.

Assim, se uma norma impõe finalidades jurídicas específicas a uma dessas três fases porém sem descrever a conduta a ser seguida, além de ser aplicável normalmente ao modo *mais ou menos* ao permitir sopesamento, trata-se de *subprincípio orçamentário*.

Se por outro lado evidenciar-se uma norma a impor condutas a serem seguidas (geralmente com modais deônticos *proibido, permitido e obrigatório*), além de ser aplicável normalmente ao modo *tudo ou nada,* apenas excepcionalmente permitindo a sua superação, está-se diante de uma regra orçamentária, ao se referir a uma dessas três fases.

---

[339] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 611.

Assim é que várias normas geralmente tidas como princípios poderão ser agora explicadas como regras e vice-e-versa. Em razão da distinção entre alternativas inclusivas de regras e princípios, a caracterização pode se diferenciar conforme a abordagem, porém a partir dos critérios utilizados nesse trabalho (e expostos no capítulo 2) serão analisadas as normas do modo mais coerente com os mesmos.

### 3.2.2.1. SUBPRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

Os princípios subjacentes são os do *equilíbrio orçamentário*, da *transparência*, do *orçamento-programa,* da *uniformidade* e do *orçamento participativo.*

Pelo subprincípio do *equilíbrio orçamentário*, requer-se da Administração Pública que elabore e aplique o orçamento levando em consideração o equilíbrio financeiro entre a dualidade *receita-despesa*, de sorte a afastar o orçamento cíclico em que o Estado pode trabalhar com extensos prejuízos na época da depressão, porque será compensado na época do *boom* econômico.[340]

O equilíbrio orçamentário é próprio da concepção liberal. Em tempos de Estado fiscal, o equilíbrio nas finanças públicas era utilizado como argumento para fundamentar a omissão, como se qualquer investimento maior do que os custos com a guerra externa e a segurança interna fossem solapar o patrimônio público.

Mas sobreviveu tal princípio financeiro após a derrocada das ideias keynesianas, caracterizadas de uma atuação estatal que aceitava estar em *déficit*. Com o Estado Social engendrado atualmente, estabelece-se um meio termo quanto ao princípio do equilíbrio.

Por um lado, ele não pode ser invocado para excluir a iniciativa estatal na intervenção econômica e na realidade: a atuação estatal para controlar a economia ou estimulá-la não pode ser afastada por completo, isso é inegável. Os investimentos públicos devem existir para o bem da sociedade de impedir a excesso de acúmulo de riqueza.

De outro, há de se buscar a *saúde financeira,* impedindo o Estado de trabalhar repetidamente em *déficit*. Busca-se assim o equilíbrio entre receita e despesa a cada ano planejado, proporcionando que as dívidas diminuam e os saldos aumentem, justamente com o fito de investir, no próximo exercício, com mais propriedade.

Deve-se, pois, entender o princípio do equilíbrio como um princípio de *equilíbrio dinâmico* e não estático de matiz liberal. Pelo equilíbrio dinâmico, deve haver a integração do plano

[340] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 431.

financeiro público com o plano nacional plurianual.[341] Assim permite-se que o Estado atue em *déficit* no ínterim de vigência do PPA (quatro anos), porém dentro do mesmo prazo há de se ter previstas compensações.

> É bom que se diga que ao tratarmos o equilíbrio fiscal como princípio, estamos, inclusive, admitindo o surgimento de percalços que possam momentaneamente provocar um descompasso no equilíbrio das contas públicas, no entanto, o gestor deve estar cônscio de que a trajetória de ajuste deve ser mantida. [342]

O art. 167 da CF/88, em seu inciso III, aplica esse princípio, vedando "a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta."

Interessante notar que o art. 39, §7º, da Constituição prevê interessante modelo de reinvestimento, oriundo da economia de recursos, faticamente possível apenas se existir o equilíbrio orçamentário. O referido dispositivo prevê, *ipsis literis*:

> §7º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A sua natureza de princípio revela-se a partir do seu modo de aplicação: é uma diretriz o equilíbrio, que pode ser maior ou menor, ou mesmo não existir, dependendo das condicionantes fáticas e jurídicas. Um desastre natural ou um impacto negativo numa economia local podem acontecer de modo imprevisto, não podendo o Estado se abster de agir por argumentar que, se fazê-lo, irá desequilibrar as suas finanças.

Trata-se o princípio do equilíbrio, então, de uma norma que impinge ao Estado o planejamento das receitas e despesas em que o montante daquelas seja maior do que o montante dessas, na medida do possível. Se não em uma lei orçamentária, que seja buscado o equilíbrio a médio ou longo prazo.

O subprincípio do equilíbrio está estampado na LC 101/2000, em seu art. 1º, §1º, quando afirma como pressuposto da gestão fiscal "a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o *equilíbrio das contas públicas*, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas" [grifo nosso].

---

[341] SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2006, p. 44-45.
[342] NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32.

O art. 4ª, I, *a,* afirma que a LDO deverá dispor sobre o "equilíbrio entre receitas e despesas." Além dessas invocações, o art. 14 estabelece a regra da obrigatoriedade de estimativa de impacto financeiro para subsidiar aumento de despesas ou renúncia de receitas.

> Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:
>
> I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
>
> II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

A *transparência orçamentária* é subprincípio do planejamento porque estabelece, além do dever de publicação das leis orçamentárias (que aliás decorre do princípio da legalidade, cumpridor do princípio democrático) principalmente a clareza no texto do orçamento, para a possibilidade de entendimento dos executores e dos cidadãos.

Dentre as motivações fáticas para se defender a transparência está a exigência de credores internacionais, via Fundo Monetário Internacional. Mas de qualquer modo o respeito a um subprincípio constitucional como esse revela a preocupação com a criação de meios de controle das contas públicas.[343]

É ideal da maior clareza possível e da maior difusão possível das dotações orçamentárias. A regra do art. 165, §3º, a qual estabelece a exposição do relatório bimestral de execução orçamentária pelo Poder Executivo, é razão definitiva, nesse sentido, do subprincípio orçamentário da transparência e, logo, do princípio do planejamento orçamentário.

Além, cuida de aplicar a transparência a regra do art. 165, §6º da Constituição, pela qual o projeto de lei orçamentária deve ser acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, de qualquer ato que importe renúncia de receita ou ampliação de despesa, como isenções e remissões tributárias, concessão de subsídios ou benefícios financeiros ou mesmo comprometimentos creditícios.

Vale lembrar que a regulamentação dada pela LC 101/2000 expõe razões definitivas ao subprincípio do dever de difusão e clareza, em sede infraconstitucional, especialmente o art. 12, §3º, pelo qual

> O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivas memórias de cálculo.

---

[343] SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 48-49.

Pelos arts. 14 e 48, parágrafo único, do mesmo Diploma, mencionados, há obrigatoriedade de estimativa de impacto financeiro para subsidiar aumento de despesas ou renúncia de despesas, o que ademais de preconizar equilíbrio financeiro, proporciona transparência, a par do art. 165, §6º, CF/88,[344] e obrigatoriedade de divulgação de balanços, respectivamente.

O princípio da *uniformidade,* bem por isso, reitera a transparência orçamentária, porque através dele se possibilita a padronização e uniformização dos dados, possibilitando que os administrados entendam as classificações universais aplicadas no orçamento em toda a nação.

A Lei 4.320/64 é importante na regulamentação desse princípio constitucional, pois se trata de Lei Nacional: a sua classificação vincula a todos os entes federados.

Pelo subprincípio do *orçamento-programa*, normatiza-se que o Estado deve, ao elaborar o Orçamento, utilizar as classificações e subclassificações programáticas, vinculando a "lei de meios" ao programa de governo[345] e cumprindo da melhor forma possível os programas constitucionais, como aliás remete o art. 165, §4º, *in verbis*: "Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional."

Os programas aos quais se refere o artigo citado são muitos, espalhados por toda a Constituição. Não se referiu às *normas programáticas*, justamente pela explicitude dos programas constitucionais que se diferem dos dispositivos os quais originam normas de direito social e econômico esclarecedores das necessidades públicas. Com base nisso, pode-se inferir o não acatamento da teoria das normas programáticas pela CF/88, porque ela mesma faz menção à feitura de programas, não se referindo aos deveres estatais (verdadeiras normas).

São programas da Constituição Federal de 1988 os seguintes, os quais devem ser elaborados conforme o Plano Plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional (inclusive por infringência do art. 48, IV): programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (23, IX), programas de educação infantil e de ensino fundamental (30, VI), programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (159, I, c), programas de infra-estrutura de transportes (177, §4º, c), programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (208, VII).

Ainda, programas e projetos culturais (216, §6º), de assistência integral à saúde da criança e do adolescente (227, §1º), programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental (227,§1º, II), programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins

[344] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 615.
[345] Idem, p. 614.

(227, §3º VII), programas de amparo aos idosos (230, § 1º) e, por fim, programas de desenvolvimento econômico (239, §1º).

Ademais, o orçamento-programa preconiza a classificação das despesas em categorias pré-estabelecidas, em que se individualiza melhor a atividade do Estado em projetos e atividades. Tal subprincípio determina a previsão nos orçamentos plurianuais dos programas constitucionais tanto quanto possível, bem como a organização da ação do Estado na classificação funcional-programática, como visto acima em tópico próprio.

Pelo subprincípio do *orçamento participativo*, o Estado deve proporcionar a participação democrática na elaboração e na execução, na maior medida possível, nem tanto que atrapalhe a própria execução, nem tampouco que não informe a execução e não dê chance de modificações diretas e respeito à iniciativa popular.

Ademais, resta salientar que se trata de princípio a ser observado somente pelos Municípios, em razão do art. 58, §2º da Constituição, que prevê audiência pública, apenas alcançar o âmbito local.

### 3.2.2.2. REGRAS ORÇAMENTÁRIAS

Pela Constituição de 1934, as regras especificamente aplicáveis à disciplina do Orçamento Público eram as da unidade, universalidade, especificação (discriminação de despesa), exclusividade e anualidade. A Constituição de 1988 aumentou as disposições atinentes e, logo, as regras conformadoras do orçamento público.

Pode ser tido em rol não taxativo que as regras, conforme os critérios adotados nesse trabalho são a *legalidade orçamentária*, a *necessidade orçamentária*, a *anualidade*, a *unidade*, a *universalidade*, a *exclusividade* e a *especificação*.

A legalidade orçamentária proclama a obrigatoriedade aos entes federados de realizarem as três leis orçamentárias, como visto no capítulo 2 desse trabalho. Apesar de explícita pelo art. 165 da Constituição Federal de 1988, conta para a sua completude com outras regras, configurando um conjunto de *regras procedimentais da lei orçamentária*.

Desse conjunto fazem parte o *art. 84, XXIII*, pelo qual compete privativamente ao Presidente da República enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; *art. 48, II*, em que se impõe a competência legislativa do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, em deliberar sobre as leis orçamentárias, e sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, respectivamente.

Regras gerais específicas às leis e medidas provisórias se revelam no art. 62, §1º, I, *d,* em que se veda medida provisória relativa a PPA, LDO, LOA e créditos adicionais e suplementares; e pelo *art. 63*, em que se impede emenda que admita *aumento da despesa* prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (I) e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (II), ambos com a ressalva do disposto no art. 166, § 3º e § 4º.

Além dessas normas atributivas de competência e gerais do processo legislativo, há as regras consubstanciadas no art. 166 e seus parágrafos, concernentes ao processo legislativo específico da lei orçamentária e a possibilidade ou condições de emendas.

Pela *necessidade orçamentária*, tem-se que a atividade administrativa necessita restar consubstanciada a partir das leis orçamentárias, especialmente a Lei Orçamentária Anual. Para a ocorrência de atos válidos, será necessário que os programas ou projetos referentes estejam incluídos na LOA ou no máximo que sejam incluídos mediante créditos adicionais (fora os extraordinários que não precisam de autorização legislativa).

Ao lado da legalidade, a necessidade orçamentária cumpre o planejamento orçamentário na sua matriz democrática. Essa regra é aferível do art. 167, pela qual são *vedados* o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; e a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Pela *anualidade*, a lei orçamentária deve dizer respeito a um exercício financeiro. Tal somente é aplicado em relação à LDO e a LOA, pois o Plano Plurianual – PPA – refere-se a quatro anos de planejamento quanto às despesas de capital e programas (constitucionais) de duração continuada (art. 165, §1º).

Pela tendência, já na época de Aliomar Baleeiro, aos Orçamentos-programa, o referido autor já preconizou a sua superação, porquanto a CF/67 e a Lei Complementar nº. 03/67 faziam remissão a Orçamento programa e os de capital plurianual. Em verdade trata-se de derrogação da referida regra, ou o estabelecimento de uma exceção constitucional, qual seja, a do Plano Plurianual.

Tal não sucede com a regra da *unidade*, a qual apenas sofrendo uma mudança de interpretação pode ser considerada como vigente no atual ordenamento brasileiro. Na acepção original, a unidade se referia à obrigatoriedade de o Estado unificar em apenas uma Lei, o Orçamento do ente federado a que correspondesse, não autorizando que por meio de lei orçamentária fizesse divisões quanto aos entes ou quanto à finalidade das receitas e despesas.

Por esse modo, evitava-se a edição de várias leis orçamentárias em um mesmo período, o que poderia levar à extrema dificuldade na deliberação legislativa, bem como ao descontrole das contas públicas em razão dos cruzamentos das rubricas consideradas e dos critérios contábeis de classificação e alocação.

Desde a Constituição de 1824, a incumbência do Ministro da Fazenda era a de *reunir* os orçamentos de todos os ministros relativos às despesas das suas repartições, apresentando à Câmara dos Deputados *um* balanço geral da receita e despesa do Tesouro Nacional do ano antecedente, além de *um orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro.*

Porém, igualmente pela evolução dos orçamentos, dividiu-se em orçamento de capital (de investimento) e corrente (de custeio), conforme o tipo de receita e despesa a ser configurada (Lei 4.320/64, arts. 11 e 12). Conforme essa tendência, a CF/88, no art. 165, §5º, estabeleceu que a LOA deve compreender o *Orçamento Fiscal, o Orçamento de Investimento* e ainda adiciona o *Orçamento da Seguridade Social*.

Demais disso, a unidade pode ser considerada como regra orçamentária. Trata-se de considerar que a LOA, apesar de compreender três orçamentos, constitui um só documento jurídico, ou seja, a ideia de se reunir todos os elementos financeiros em um só documento com o fito de o Poder Legislativo deliberar mais facilmente, pode ser sustentada como resquício da regra da unidade.

Assim pode ser enunciada: o Poder Executivo deve apresentar as suas finanças mediante única proposta orçamentária ao Legislativo, a fim de que esse delibere sobre as despesas correntes, de capital e especificamente das despesas da Seguridade Social.

Pela *universalidade, todas* as rubricas orçamentárias devem figurar em sua *totalidade*, ou seja, pelo seu valor bruto, sendo vedada qualquer dedução. Impede-se desse modo que haja transmissão equivocada de contas, caso se misturem dotações com valores brutos e outras com valores líquidos. Não se pode, por outro lado, preconizar rubricas líquidas, uma vez que há vários modos de se considerar compensações financeiras, além do que muitas são fenômenos condicionados a eventos futuros, de difícil controle. Conforme Sérgio Jund, tal regra "preceitua que o orçamento único deve conter todas as receitas e todas as despesas pelos seus valores brutos, compreendendo um plano financeiro global [...]." [346]

Vale dizer que em Contabilidade conhece-se o "princípio do Orçamento Bruto" alicerçando-se no art. 6º da Lei 4.320/64, que obriga a constar o valor bruto, sem deduções ou compensações, de todas as despesas e receitas. Tal, com Francisco Alves Junior, não se trata de princípio jurídico, mas de regra com vistas a cumprir a *exclusividade.*[347] Obviamente a distinção entre princípios e regras não se faz com mais rigor, talvez pela desnecessidade prática nesse âmbito, o que não acontece em sede jurídica.

Pela regra da *exclusividade*, a lei orçamentária não pode conter dispositivo estranho às finanças públicas, nem mesmo despesas ou receitas que não se referiam à atividade financeira estatal. Está presente na interpretação do art. 165, §8º:

---

[346] JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 72.
[347] SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 43.

> § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Evita-se a "cauda orçamentária", como justifica Aliomar Baleeiro, ao se referir a problema constitucional brasileiro desde a CF/1891, resolvido apenas com a reforma de 1926, por iniciativa do Presidente Bernardes. "Essa prática abusiva, repugnante à natureza jurídica do orçamento, proliferou, sobretudo durante a Primeira República e, aliás, encontrava símile na vida parlamentar de várias nações cultas."[348] Consistia na inserção de dispositivos dos mais variados assuntos, como nomeações e promoções de funcionários e invasão de atribuições do Poder Executivo. Inclusive, as leis instituidoras de tributos são de reserva especial, mesmo a sua natureza financeira em certo sentido e, por isso, dispositivos desse jaez não podem figurar na lei de finanças.

Pela regra da *especificação* ou *especialização*, veda-se a conduta de se inscrever dotações globais no orçamento, prática constante na elaboração de orçamentos. Será sempre uma regra constitucional (art. 165, §6º c/c art. 167, VII) descumprida pela administração pública enquanto ainda houver previsões como as rubricas globais referentes à "Manutenção do Poder Executivo", "Publicidade institucional" ou "pagamentos de serviços de terceiros". Desse modo, há a obrigatoriedade em se identificar uma classificação da dotação orçamentária "com grau de discriminação tal, que identifique a sua destinação, visando à consecução dos seus fins, como, por exemplo: despesa com pessoal; material; serviços; e obras, entre outras, não podendo existir previsões orçamentárias sem discriminação definida."[349]

Ressalte-se que a especificação deve ser tanto da despesa em si, quanto do órgão que realiza a despesa e o seu fundamento. A classificação funcional programática, a par com a classificação institucional, consegue cumprir a obediência a essa regra constitucional.

E isso é premente em um Estado Democrático. A falta de especificação impede a transparência, indo de encontro ao planejamento orçamentário por burlar o ideal de clareza e impedir qualquer avaliação sobre correspondência entre previsão de despesas e diretrizes a serem seguidas. Isso, além de abrir espaço à corrupção em razão das disposições globais, as quais podem significar qualquer coisa e assim fogem a qualquer controle de contas, a não ser por presunção. Trata-se de não utilização, no momento de elaboração do orçamento (aplicação pelo administrador e legislador), do *postulado da eficiência* orçamentária no estrito *âmbito do planejar*, como exposto acima.

---

[348] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 442.
[349] JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 76.

# 4. CARÁTER TELEOLÓGICO DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

## 4.1. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ORÇAMENTO: A BASE TELEOLÓGICA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

A aplicação estatal, ou o ato de conferir aplicação à eficácia das normas constitucionais pelo *Estado em movimento*, se dá através do orçamento público. Como a aplicação judicial, trata-se, sempre e de modo *positivo*, de um processo hermenêutico, sobre o que significa a norma constitucional, sendo aduzidas novas considerações, ao tempo em que se analisa as possibilidades jurídicas e fáticas.

Foi dito acima que o *princípio* orçamentário envolve o dever de coerência constitucionalmente albergado, além do dever de cumprir, na máxima medida, o caráter instrumental dos deveres estatais para com o povo (caráter teleológico), o que só pode ser verificável pela análise do *conteúdo* das leis orçamentárias e pela interpretação, seja do encadeamento das normas constitucionais, seja das relações de fato envolvidas (condicionantes fáticos e jurídicos).

Supõe-se então a necessidade de um processo hermenêutico, realizável pelos Poderes, cada um a seu momento: para se aplicar o Orçamento, há de se interpretar a Constituição, sobre normas orçamentárias e sobre as finalidades constitucionais consubstanciadoras dos deveres estatais, além de se interpretar a realidade.

Desse modo, extremamente necessário expor como se dá esse processo hermenêutico constitucional, devendo lançar premissas filosóficas pertinentes, tendo como marco teórico a hermenêutica filosófica. É o intuito do presente capítulo.

As discussões nele travadas auxiliam a compreensão acerca da aplicação da norma do Orçamento pelos entes políticos, a ser explicada ao final deste capítulo 4, ao tempo em que já consubstancia a base da argumentação sobre possibilidade e a qualidade de um controle judicial e social da execução orçamentária, tópicos a serem discutidos nos capítulos seguintes.

A utilidade de um tópico desse teor se justifica, uma vez que se assume que a aplicação de uma norma, seja pelo Poder Legislativo e Executivo, seja pelo Judiciário, envolve necessariamente um trabalho de compreensão, em que o texto se *presenta* de certa maneira ao intérprete, o qual deve considerar a sua pré-compreensão, bem como as condicionantes fáticas e jurídicas do momento da aplicação.

O trabalho de Hans-Georg Gadamer foi contribuição de grande valia para a filosofia e a hermenêutica contemporâneas para explicar esse intrincado problema sobre a natureza ontológica da compreensão. Para tanto desenvolveu aspectos da fenomenologia de Husserl e principalmente do pensamento de Heidegger, ao tempo em que colocou em termos a relatividade das possíveis interpretações sobre os textos, atuando contra o extremo positivismo e as suas verdades empíricas absolutas.

Deve-se à Gadamer a estrutura dialógica da comunicação e a compreensão do ser humano como ser linguístico, inserto que é na realidade linguística, da qual retira ininterruptamente os elementos auxiliadores da compreensão desta e, logo, da compreensão de si mesmo.

Conforme visto no capítulo 2 desse trabalho, o fenômeno jurídico é uma realidade linguística[350] e, com Von Wright, norma e formulação divergem.[351]

> Cuando la norma es una prescripción, la promulgación de la norma, es decir, el dar a conocer a los sujetos de la norma su caráter, contenido, y condiciones de aplicación, es un eslabón esencial en (o parte de) el processo a través del cual esta norma se origina o cobra existencia (ser). [...] La ejecución verbal es, además, necesaria para el establecimento de la relación entre la autoridad de la norma y el sujeto de la norma y del que hace la promesa y el que la recibe. Por la razón mencionada, *las prescriciones puede decirse que dependen del lenguage*.[352] [grifo nosso]

Assim, do processo hermenêutico referido por Gadamer, não poderia o direito fugir. Envolve-se na atividade jurídica um processo de compreensão de textos normativos, a fim de aplicá-los aos diversos setores da vida, dada que essa é a finalidade última do direito: regrar as práticas sociais, sendo, ele mesmo, uma das práticas sociais.[353]

Há contínua importância a ser conferida na seara do Direito à interpretação, pelo que se evidencia a diferença entre enunciados normativos e normas, alertando-se sobre a importância da união da tarefa interpretativa e a tarefa argumentativa: afinal, *o conceito de norma é semântico,*[354] sem desconsiderar também o nível pragmático. [355]

A hermenêutica filosófica de Gadamer, por outro lado, requer mais do que um papel preliminar de apenas indicação das possíveis interpretações. Requer uma posição hermenêutica *criativa* diante dos problemas jurídicos: o momento de *aplicação*.

---

[350] Para Paulo de Barros Carvalho, com nítida influência kelseniana, o direito é discurso prescritivo posto de forma técnica e discurso descritivo posto de forma científica. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02-08.

[351] WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970, p. 109.

[352] Idem, p. 110.

[353] Direito como prática social: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 88-89.

[354] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53-54.

[355] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 06.

Cabe a análise da base hermenêutica do momento da *aplicação* do direito, sendo feitas breves considerações sobre a aplicação das normas constitucionais concernente às necessidades públicas, as quais fundamentam a aplicação teleológica do princípio do planejamento orçamentário.

### 4.1.1. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

Hans-Georg Gadamer deixou-se influenciar pela fenomenologia de seu tempo ao propor uma ontologia da compreensão como verdadeiro problema hermenêutico, afastando as questões dos cânones hermenêuticos e da pretensão filológica de se retornar ao intuito do autor na interpretação das obras literárias.

A fenomenologia chegou-lhe através de Martin Heidegger, que soube proporcionar novos influxos à fenomenologia de Edmund Husserl. A fenomenologia como busca da 'lógica pura', de um lado na descrição da generalidade da essência, de outro lado na revelação das fontes dos conceitos fundamentais (atos conscientes) começa por Husserl, no século XIX, por meio das *Investigações Lógicas*.

#### 4.1.1.2. A ONTOLOGIA DA COMPREENSÃO

Afirma Richard Palmer que Gadamer reuniu em uma obra o esforço de escalonação da hermenêutica com a estética e com a filosofia do conhecimento histórico, retratando parte do pensamento hermenêutico de Hegel e Heidegger, no conceito de consciência 'historicamente operativa', atuando dialeticamente com a tradição enquanto transmitida através do texto.

Emilio Betti defende a possibilidade de objetividade na interpretação das interpretações válidas, enquanto Gadamer compreende a interpretação como filosofia, sendo a compreensão um ato histórico e, como tal, necessariamente relacionada com o presente.[356]

Betti e Hirsch afirmam que o estudo da história implica o abandono do ponto de vista atual do historiador, alegando que a hermenêutica deve fornecer princípios de uma interpretação objetiva. Gadamer sustenta, em autodefesa, que simplesmente descreve cada ato de compreensão, fazendo ontologia e não metodologia.

---

[356] PALMER, Richard E. *Hermenêutica.* Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Coleção *O saber da Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 55.

> Do ponto de vista de Betti, Heidegger e Gadamer são os críticos destrutivos da objetividade, que pretendem mergulhar a hermenêutica num pântano de relatividade, sem quaisquer regras. É a integridade do próprio conhecimento histórico que está a ser atacada e é preciso defendê-la com firmeza.[357]

Decisivo é acentuar que a análise de Gadamer visa destruir da hermenêutica como ciência do espírito a vinculação estrita com a metodologia. Antes da sua obra, a hermenêutica tinha apenas esse aspecto, quase sempre subordinada à análise filológica e à indicação científica (uma pretensa neutralidade axiológica) dos cânones interpretativos.

Ideias como interpretação *distorcida*, círculo hermenêutico (no sentido de Schleiermacher) e a reconstrução do processo criativo do autor 'melhor do que ele mesmo entendeu sua criação' subjazem a essa perspectiva eminentemente metodológica da hermenêutica. Já Gadamer se refere à ontologia da compreensão, a partir de questões debatidas por Heidegger e pontos de partida de Husserl. A compreensão da verdade (a verdade de cada ponto de vista) através da linguagem sobrepõe-se à questão do método, em sua obra *Verdade e Método*, em dois volumes.

O modo de construção ontológica da compreensão em Gadamer rechaça opiniões absolutistas quanto à sua verdade, justamente a pretensão das ciências naturais, através do seu método objetivista.

> A filosofia hermenêutica alertou-nos para perigo do objetivismo subjacente à abordagem metódica, objetivamente, da interpretação das expressões humanas. Ao desenvolvermos o nosso conhecimento da 'pré-estrutura' da compreensão, excluímos ainda a pressuposição simplista da possibilidade de um conhecimento totalmente objetivo ou neutro, dado o fato de termos já interpretado um objeto 'como' algo, antes mesmo de o chegarmos a investigar.[358]

Acompanhando o corte epistemológico do presente trabalho, necessário aduzir algumas premissas de Gadamer quanto ao processo de compreensão, para além das já mencionadas, as quais são importantes para a análise hermenêutica das escolhas orçamentárias.

### 4.1.1.3. A FUSÃO DE HORIZONTES

Segundo Hans-Georg Gadamer, a hermenêutica trata de se orientar à compreensão ao sentido do próprio texto, e isso interessa em distinguir a pergunta sobre o que deveria o texto

---

[357] PALMER, Richard E. *Hermenêutica.* Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Coleção *O saber da Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 56.
[358] BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980, p. 353.

responder da pergunta sobre o que ele efetivamente responde. A reconstrução das ideias do autor é uma tarefa completamente diferente.[359]

Caracteriza a *história efeitual* para combater a busca da opinião do autor: toda atualização da compreensão pode ser encarada como possibilidade histórica do compreendido, sendo que essa compreensão se altera conforme a diferença de existência: haja vista a finitude histórica de nossa existência.

"A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles."[360] A reconstrução da pergunta não é produto puro da história, mas a ela subjaz primeiro a pergunta que o texto nos coloca: frente à tradição, de modo que a sua compreensão implica sempre a tarefa de automediação histórica com a tradição.

O transmitido que nos fala coloca ele próprio a pergunta e situa portanto a nossa opinião no aberto (incitamento da obra em nós). Para responder, temos que interrogar. Compreender uma palavra da tradição que nos afeta requer sempre pôr a pergunta reconstruída no aberto de sua questionabilidade: passar à pergunta o que a tradição vem a ser para nós.

Nesse processo histórico, a pergunta é um já não compreender mais. Por outro lado, faz parte da própria compreensão o recuperar os conceitos de um passado histórico de maneira que contenham o nosso próprio conceber. Gadamer chama isso de *fusão de horizontes.*

Segundo lê Ulrich Schroth, através da pré-compreensão (guia da interpretação do texto), "cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao atual estado de consciência do intérprete."[361]

Assim, resta nítido que em Gadamer "o círculo hermenêutico é entendido como uma interpenetração entre aquilo que é carreado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete."[362]

Nesse sentido há dois mundos de experiência (empíricos) para Gadamer: "aquele em que o texto foi escrito e aquele outro em que se situa o intérprete. A meta da compreensão é fundir esses dois mundos de experiência."[363] A fusão de horizontes se dá nesses termos: o intérprete realiza uma suspensão da sua pré-compreensão por certo modo, o qual permite vislumbrar o possível horizonte do texto com certa distância. Suspender o próprio horizonte é abrir possibilidades, é permitir que os dois mundos se encontrem.

---

[359] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 548.
[360] Idem, p. 549.
[361] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 383.
[362] Idem, p. 384.
[363] Idem, p. 384.

À questão de se saber em que consiste esse *modo de suspensão* da pré-compreensão Gadamer responde através da identificação, no processo hermenêutico, de um retrocesso à intenção imediata da coisa, a qual possibilita a suspensão*:* a *pergunta*. Perguntar permite sempre ver as possibilidades que ficam em suspenso. Compreender a questionabilidade de algo é, antes, sempre perguntar, provando as possibilidades de sentido. *"Aquele que quer pensar tem de perguntar."*[364]

> Tal é a razão pela qual todo compreender é sempre algo a mais que um simples reproduzir uma opinião alheia. Quando se pergunta, deixam-se abertas possibilidades de sentido, de maneira que aquilo que tenha sentido possa ser introduzido na própria opinião. [...] Isto significa então que compreendemos como foram colocadas determinadas perguntas *sob certas condições históricas. Compreender uma pergunta quer dizer perguntá-la. Compreender uma opinião quer dizer compreendê-la como resposta a uma pergunta.* [grifo nosso][365]

Gadamer indica que a lógica da pergunta e resposta, inclusive, tende a acabar com o tema do *problema.* Podem ser vistos os problemas não como perguntas insolúveis, mas como alternativas de opinião que somente admitem um tratamento dialético, com lugar na retórica.

Por outro lado, a dialética da pergunta e resposta permite a determinação da classe de consciência que é a consciência efeitual, pois permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. Se o texto não nos fala como um *tu,* nós compreendemos o que trazemos à fala a partir de nós. Mas esse trazer a partir de nós não é uma intervenção arbitrária: está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto. "A latência de uma resposta pressupõe que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efeitual." [366]

A consciência da experiência histórica, pelo que nega o *fantasma de um esclarecimento total*, está aberta à experiência da história, no modo de realização da fusão de horizontes do compreender. A respeito dessa consciência, Ulrich Schroth explica, com base na hermenêutica de Gadamer, que

> A suspensão da pré-compreensão própria ocorre quando esta é trazida para o texto sob a forma de uma pergunta. A verdadeira pré-compreensão entra no jogo na medida em que ela mesma está em jogo. A hermenêutica exige normativamente do intérprete que este, ao tentar compreender, tenha em conta a discrepância dos mundos da experiência, que tenha uma consciência historicamente eficiente.[367]

---

[364] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 551.
[365] Idem, p. 552.
[366] Idem, p. 555.
[367] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 384.

Mas não se esgota numa consciência historicamente eficiente, i.e., na consciência de que houve uma suspensão do horizonte próprio a fim de compreender o outro, e que eles são diferentes, porém partes de um mesmo horizonte. Há de se ter uma consciência de *aplicação*.[368]

O intérprete tem de saber que "a interpretação de um texto é sempre uma aplicação ao presente. O intérprete também tem de ter consciência de que a sua própria pré-compreensão só pode ser tomada como hipótese. O intérprete tem de ser capaz de testar a sua própria pré-compreensão."[369]

Pois bem, Gadamer já indica o liame entre as Partes Dois e Três do seu livro *Verdade e Método*, aduzindo que a fusão de horizontes que se dá na compreensão (tratada na segunda parte) é o genuíno desempenho da *linguagem* (que será analisada na terceira). O problema é que a linguagem não é termo unívoco. Mas as suas considerações sobre a natureza da compreensão como um diálogo, uma conversação conosco mesmos, já indicam que a linguagem deve ser estudada, como "*medium* da experiência hermenêutica."

Exemplifica o autor que assim como o interlocutor se põe de acordo com outro em uma conversação também o intérprete entende a coisa que lhe diz o texto. A compreensão ocorre necessariamente em forma linguística, mas não como revestimento de uma compreensão já feita, mas justamente no vir-à-fala da própria coisa. A pergunta é um momento hermenêutico, que abre a oportunidade do entendimento.

De outro lado, toda conversação constitui, a partir de si, uma linguagem comum, a fim de que haja um intercâmbio mútuo. Nessa linguagem comum, ambos entram gradualmente, à medida da conversação, sob a verdade da própria coisa, esta que reúne numa nova comunidade. "O acordo na conversação não é uma mera representação de impor o próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum, de onde já não se continua sendo o que era." Por isso Gadamer enfatiza o conhecimento de si mesmo através do diálogo com o outro, como um saber sobre o ponto de partida e o ponto de chegada, mesmo sabendo-se que necessariamente o intérprete, após a compreensão dialógica, compreende-se diferente de quando começou a compreender.

### 4.1.1.4. AS VARIÁVEIS DA COMPREENSÃO

Explica Gadamer que a compreensão se dá através da *fusão* entre os horizontes da tradição (nela está o próprio texto) e o consequente destaque do intérprete. A pré-compreensão que o

[368] GADAMER, *Op. Cit.,* p. 559.
[369] SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 384.

intérprete possui sobre determinado assunto influencia sobremaneira essa fusão, sendo o conjunto de preconceitos (em sentido específico) absorvidos por determinado indivíduo através da tradição linguística.[370]

É desse modo que Gadamer sustenta a possibilidade de diferentes interpretações sobre o mesmo signo, a depender de três variáveis: a tradição linguística, o destaque e a necessidade de aplicação ao presente.

A primeira variável forma de maneira inconsciente no intérprete os preconceitos, os quais determinarão o espectro do destaque (situação suspensa do intérprete com relação à tradição recebida) e o espectro do horizonte do texto para determinado intérprete.

O *topos* (ou a questão epistemológica fundamental) do problema hermenêutico é justamente o pré-juízo legítimo, tão rejeitado pelo movimento racionalista. Na verdade, ele, o *preconceito legítimo*, é parte integrante da própria realidade histórica, já que o peculiar modo de ser do homem é finito e histórico.[371]

Por intuir a existência de *preconceitos justificados,* Gadamer rejeita a fé metódica de Schleiermacher e do *Aufkalärung.* A fé na autoridade pode ser fonte de verdades, não apenas de erros de interpretação. Não é apenas 'obediência cega'. A autoridade, na verdade, é um atributo de pessoas que tem seu fundamento último num "ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que outro está acima de nós em juízo e perspectiva e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio."[372]

Na hermenêutica, diz Gadamer, a oposição abstrata entre tradição e investigação histórica (ciência do espírito) deve ser solucionada, pois no conhecimento da própria história se revela a conservação de elementos: importa em reconhecer o momento da tradição no comportamento hermenêutico histórico.

Uma vez reconhecido esse momento, parte-se para o outro pólo da compreensão, fundado no *destaque*, feito pelo intérprete, na tradição recebida. Entende-se que o destaque é justamente a suspensão feita pela primazia da pergunta: abre-se a possibilidade de surgimento de interpretações. Pode ser entendido como a *clareira* de Heidegger, na qual se antevê o Ser, mas não o apreende.

A pergunta é, pois, imprescindível ao compreender, sendo que a resposta se delimita em decorrência da amplitude, maior ou menor, da pergunta feita. Essa a premissa básica de que a verdade é relativa à verdade do método escolhido, assumidamente apenas *parte da verdade total* que, na perspectiva do Ser em Heidegger, não é alcançável.

A terceira variável é o momento da *aplicação.* A necessidade de *aplicação* ao presente do intérprete é estágio de toda compreensão: ela se subjuga à necessidade do intérprete em aplicá-lo à

---

[370] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 559-560.
[371] Idem, p. 416.
[372] Idem, p. 419.

sua atualidade: a compreensão se subjuga à comparação dos elementos indicadores do texto com os da realidade atual (linguística, pois).

Segundo Gadamer, compreender o que alguém diz não é se deslocar para o outro e reproduzir suas vivências, mas pôr-se de acordo com a coisa, *encerrando sempre um momento de aplicação*.[373]

Disso, a história efeitual (ou *história eficiente*) – a tradição nos determina a própria compreensão dela – como dialética, fusão de horizontes: o horizonte do texto e do intérprete (presente da aplicação). Todo esse processo de compreensão, para Gadamer, é *linguístico*. A linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa.[374] Âmbito incontroverso da aplicação é o âmbito jurídico. Nele há necessidade de aplicação da interpretação obtida, o que será mais pormenorizado no capítulo seguinte.

### 4.1.2. NATUREZA HERMENÊUTICA DO PROCESSO DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS

O Estado é organização social preordenada a certos fins, e para tanto exerce *atividade financeira*, entendida por Aliomar Baleeiro como a consistente em "obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu aqueloutras pessoas de direito público".[375]

Refere-se às necessidades públicas, cuja satisfação o Estado sempre avoca, assumindo a execução por si mesmo ou cometendo a outras pessoas de direito público (Administração Indireta). Vale observar, ademais, que atualmente o ordenamento jurídico permite a delegação de serviço público, em que pessoas de direito privado exercem função pública.

Seguindo o raciocínio de que é impossível atender a todas as necessidades públicas existentes em uma comunidade em apenas um governo, o ordenamento jurídico-constitucional preconiza o dever do Poder Executivo em indicar as necessidades a serem satisfeitas prioritariamente.

Nesse sentido, a natureza das escolhas das necessidades públicas é política. Mas para a escolha das necessidades, a Constituição Federal de 1988 prescreve *obrigações de fazer* ao Estado,

---

[373] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559.
[374] Idem, p. 559-560.
[375] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 04.

como obrigações mínimas a cumprir.[376] Por outro lado, a mesma Constituição regula um dos elementos da atividade financeira do Estado: o planejamento. O administrador deve proceder à realização de um orçamento, prevendo as necessidades que deseja satisfazer, especificamente (*princípio do planejamento orçamentário* e *regra orçamentária*, v. *supra,* cap. 2).

O problema hermenêutico que ora se debruça é quanto à noção exata das necessidades públicas estatais impostas à Constituição. Não se sabe o limite do dever do administrador público frente aos deveres constitucionais, ou se realmente há limite (qual interpretação deve ser dada à Constituição).

Por outro lado, outro problema é tal que, sendo legítima a escolha orçamentária, até onde ela pode não ser modificada pelo administrador (mudança de interpretação). A solução a tais questionamentos podem ser iluminados diante de algumas considerações de Hans-Georg Gadamer quanto à compreensão.

A par de todas as considerações feitas sobre a norma orçamentária nos capítulos antecedentes, pode-se realizar uma comparação frutífera no âmbito teórico, mas que não deixa de ter consequências práticas relevantes, com a filosofia hermenêutica de Hans Georg Gadamer.

Toda comparação teorética necessita, pois, de uma justificativa de coerência. A razão mais clara da aproximação do direito orçamentário com a teoria hermenêutica de Gadamer é, segundo preconizado nesse trabalho, a historicidade da compreensão, a temporalidade do ser tal como se mostra a si mesmo (*aletheia*) e a estrutura compreensiva feita por Gadamer no tocante ao estágio da *aplicação*.

Como a coerência da comparação necessita fundamentar a base teórica para a caracterização das necessidades públicas ínsitas de um documento orçamentário e, logo, o início de um pensar sobre as relações jurídicas de direito orçamentário que se formam entre Estado e comunidade (e, na perspectiva aplicativa, incluindo-se o Poder Judiciário), mister debater aqueles pontos da filosofia hermenêutica.

Primeiro, importa dizer que "Os dados são vistos num contexto histórico que se refere à autocompreensão dos grupos sociais, que, por sua vez, é determinada pela tradição."[377] Por isso, há de se considerar a temporalidade das concepções sobre o conceito de necessidades públicas, direitos e normas adjacentes. As concepções não são estanques, quer temporal, quer espacialmente.

Isso é deveras importante pela abordagem da lei orçamentária como produção de uma interpretação da realidade, do dever estatal-adminsitrativo e do direito que fundamenta as instituições democráticas.

---

[376] Fala-se em *deveres explícitos do Estado*, como dos artigos 205, 215, 217, 225, 226, 227 e 230.
[377] BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980*,* p. 353.

A lei orçamentária é reduto de uma peculiar vontade política do Estado: é por ela que o governo indica o que entende por necessidade primária e mais urgente e por necessidades secundárias e menos urgentes, assim como expressam o que o Estado (através de seus representantes) entende como sua atribuição. Realiza um processo de preferência entre necessidades públicas constitucionais, confrontando os direitos com a realidade, e compreende-se assim a si mesmo.

Nesse sentido de conceder relevância à Lei orçamentária, a concepção de Alfredo Augusto Becker, para quem Orçamento é o próprio Estado em movimento. Conforme ele, existem dois momentos distintos no que concerne ao Orçamento: o anterior à aprovação (pré-jurídico), em que o Orçamento Público é fato econômico social, e o posterior (jurídico), em que há criação de uma regra jurídica (a lei que aprovará o orçamento), cuja hipótese de incidência é aquele fato econômico social consistente no orçamento público. O Orçamento Público, que era apenas um fato natural (econômico-social), torna-se jurídico.

Deve-se ter presente que o fato econômico é a relação constitucional do Estado: o orçamento é "a pintura abstrata que se esforça para dar a representação visual e estática de uma realidade essencialmente psíquica e dinâmica e continuada: a Relação Constitucional do Estado."[378]

Surge com o a incidência da regra orçamentária a *relação jurídica orçamentária,* "que vincula todos os indivíduos a um e cada um a todos". Sobre o valor jurídico, Alfredo Augusto Becker é incisivo: *"A regra jurídica que aprova o Orçamento Público* é a regra de Direito Positivo na qual se concentra o mais intenso grau de positividade; ela é, *a priori,* a mais constitucional das regras jurídicas."[grifo nosso][379]

Apoiando Gustavo Ingrosso, reitera que o orçamento é o maior produto da função legislativa para os fins do ordenamento jurídico e da atividade funcional do Estado.[380] Partindo-se disso, afirma que o Estado é ser dinâmico, "que continuamente se estabelece e se realiza, vinculando todos os indivíduos a um e cada um a todos."[381]

A partir da exposição de Augusto Becker sobre a natureza do Orçamento, pode-se cunhar a afirmativa de que o Orçamento é o *Estado em movimento*. Ele mesmo afirma que o Estado vive o espaço de um Orçamento. Através dele o Estado compreende-se,

> [...] toma consciência de que existe, e para sobreviver, impõe à relação constitucional um novo ritmo vital com o qual, no futuro, continuará existindo. [...] Toda vez que o Estado cria regra jurídica que aprova o Orçamento Público, ele está provando sua existência, ou melhor, está comprovando sua sobrevivência do seguinte modo:

---

[378] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 230.
[379] Idem, p. 231.
[380] Idem, ibidem.
[381] Idem, p. 231.

> 'tributos serão cobrados para o Bem Comum e este será proporcionado mediante Despesas. Logo, continuarei a existir.[382]

Claro está que o autor se refere à existência *jurídica*, no âmbito do conceito jurídico formalista (não essencial, mas necessariamente formalista). O Ser Social (Estado), realidade de fato passa a ter existência jurídica com o Orçamento Público.

> Por conseguinte, se a Constituição de um Estado impôs a necessidade de criar-se regra jurídica para aprovar o Orçamento Público, a falta desta aprovação importa em a relação constitucional perder a sua juridicidade quando do término do prazo do Orçamento em curso que fora, antes, devidamente aprovado.[383]

A existência jurídica, pois, é consequência do próprio Estado (relação natural) ao criar sua própria realidade (relação jurídica), caso em que em meio ao seu dinamismo, se porventura houver perda da realidade jurídica, a sua sobrevivência natural resta ameaçada, em razão da "falta de certeza na continuidade de sua relação constitucional que, antes, era assegurada pela juridicidade daqueles direitos e deveres."[384]

Concernente à fase aplicativa desse instrumento jurídico vital ao Estado, analise-se a relação constitucional surgida entre os sujeitos cidadãos e Estado, com direitos e deveres recíprocos. Alfredo Augusto Becker já leciona que havendo descompasso entre o planejado no tocante à despesa e receita, malgrado haja respeito ao Direito Tributário e Administrativo, isso não significa que houve recusa a deveres jurídicos, nem insatisfação de direitos jurídicos. Apenas o Estado desvitalizou-se, não viveu no ritmo que planejou.

A situação de descompasso citada está no âmbito da normalidade, face às vicissitudes que o planejamento e a execução do plano podem sofrer, em qualquer âmbito. Resta saber se o Orçamento Público pode conviver com um descompasso voluntário. Pela assertiva de Becker sobre a desvitalização estatal, crê-se que definitivamente não: o Estado deve viver a sua realidade jurídica ao máximo, a fim de não restar a sua existência natural mesma ameaçada.

Com isso, as formas de revitalização do plano, na medida do possível, devem ser estudadas e aplicadas pelos Poderes da República. Essa fase de aplicação, que denota dificuldades de monta, requer uma análise que, para além de acatar a premissa inspirada por Becker sobre o Orçamento como o *Estado em movimento*, trabalhe com o objeto do Orçamento: o que, constitucionalmente, pode ser voluntariamente afastado na execução orçamentária e o que, constitucionalmente e em que âmbito, não pode ser olvidado, salvo casos de emergência.

É aqui que se denota importante a análise principiológica do Orçamento e dos direitos os quais devem ser cumpridos através da sua execução, pelo diapasão dos processos de preferência

---

[382] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 232.
[383] Idem, p. 232-233.
[384] Idem, p. 233.

das prioridades, a fim de que o Estado viva em espaço e período de tempo de forma coerente com as razões que motivaram o seu próprio surgimento.

A lei orçamentária pela primazia de ser a norma mais constitucional em um ordenamento jurídico, trata da institucionalização da eleição de prioridades, ou seja, é uma manifestação do Estado em uma situação hermenêutica específica, manifestação essa que não pode ser olvidada pelo Poder Judiciário e respeitada pelos poderes que elaboraram tal interpretação.

Há o horizonte da Constituição e o horizonte da elaboração do Orçamento, já que se trata a elaboração desse último a interpretação do texto constitucional, tanto quanto da realidade. Dessa fusão de horizontes, produz-se um documento jurídico de alto teor democrático, o qual contém razões definitivas às razões *prima facie* da Constituição, para homenagear-se a teoria dos princípios de Robert Alexy. As razões definitivas estão, notadamente, insertas nas leis de diretrizes orçamentárias e planos plurianuais e as rubricas devem expressar tais razões definitivas.

Da historicidade da compreensão, da temporalidade do ser e a estrutura compreensiva feita por Gadamer no tocante ao estágio da *aplicação* entende-se que a interpretação se mantém diante da inalterabilidade da situação fática. Logo, são razões definitivas aplicadas conforme a manutenção das condicionantes fáticas. Isso implica duas coisas. Primeiro, uma vez que a situação fática mude, a lei orçamentária pode ser superada. Segundo, se a situação não se alterar, o respeito à lei orçamentária se impõe.

Em termos de hermenêutica, há um rol de interpretações possíveis conforme a situação hermenêutica, ou seja, conforme o conjunto dos condicionantes da tradição, da racionalidade do intérprete, das tendências interpretativas momentâneas e dos demais preconceitos que incidem em determinada comunidade de intérpretes, bem como a maneira normal com que haja a reação. Assim, esse rol interpretativo apenas é alterado por outra geração, a qual responde à tradição recebida (que já é diferente da tradição dos antepassados) de outra forma, quando da fusão de horizontes.

Assim é que o Estado vive *através* da lei orçamentária, por ser essa uma linguagem imposta entre a Constituição e a realidade do Estado, agora *Estado em movimento.* O entendimento do fenômeno da compreensão impinge a necessidade de renovar criativamente a interpretação da constituição e da realidade, mas sempre de forma predeterminada pela Constituição.[385]

Justamente por configurar uma interpretação da realidade em determinada época (interpretação das carências), deve haver o respeito à lei orçamentária: pela racionalidade, a realocação de recursos, fundamentada em nova interpretação sobre as necessidades, apenas é legítima quando ocorridas outras circunstâncias fáticas. Essa a coerência da consciência de *aplicação*, identificado por Gadamer como inexorável do processo de compreensão: o respeito

[385] Como o faz, inclusive, na permissão de concessão de créditos adicionais (art.166 e 167, II, CF/88).

pela interpretação tida anteriormente caso a situação de fato considerada pelo intérprete seja a mesma.

A fase aplicativa, pois, tem uma *vigência*, a qual apenas é alterada em razão de mudanças relevantes na realidade. Denomina-se vigência porque é fenômeno muito semelhante à vigência formal da lei: impõe que deva ser seguida a regra orçamentária individual (LOA), a menos que haja razão em sentido contrário institucionalizada por instrumento competente.

Tais razões, como visto acima, são a descaracterização das *notas distintivas* da regra orçamentária individual (LOA) ou as cláusulas de exceção: invalidade e desconformidade da decisão com o mundo fático, devidamente comprovadas por instrumentos competentes e por argumentações constitucionais. Qualquer alteração fora desses requisitos que gera uma omissão de serviço pelo Estado configura uma *omissão infundada*.[386]

Assim como as denominadas normas individuais e concretas, o orçamento detém uma *vigência aplicativa*, pois é uma interpretação institucionalizada. A sentença detém a mesma vigência, bem como o acórdão, bem como o ato administrativo. Tais instrumentos necessitam de outro meio de linguagem provinda de um ente competente (o mesmo em sede de retratação ou outro hierarquicamente superior) a fim de que seja desconstituído.

Desse modo é que uma decisão judicial em controle de ato administrativo é ato institucionalizado que desconstitui um ato ilegal. Tal sucede em razão de que um ato válido mantém a sua prerrogativa até que um novo ato válido (superior por diretivas prévias, geralmente constitucionais) instaure uma nova interpretação sobre o ato, a devida.

Com esse entendimento, a discussão fervorosa sobre a natureza do orçamento perde significado. O orçamento detém *vigência aplicativa* por constituir-se uma interpretação da Constituição e da realidade, institucionalizada através do processo legislativo constitucional. Lei formal ou material, fato é que consubstancia manifestação democrática sobre a interpretação da realidade e da Constituição. O ato administrativo não é lei material nem formal, mas deve ser respeitado se foi originado por autoridade competente e por procedimento competente na interpretação que institui.

Por esse expediente, somente um ato válido pode desconstituir essa interpretação já instituída. A força da instituição interpretativa concedida pela lei orçamentária é justamente o que fundamenta a *vigência aplicativa*: o princípio do planejamento orçamentário e as regras orçamentárias, incluindo-se as regras constitucionais procedimentais.

A própria teoria hermenêutica, por outro lado, consigna a alteração do quanto interpretado, mas de forma coerente. As necessidades constitucionais tanto quanto as carências de uma comunidade são reinterpretáveis ao longo do tempo. Esse é um dos fundamentos para a anualidade

---

[386] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

(vigência momentânea da lei orçamentária) e para a possibilidade de créditos adicionais aos orçamentários.

De fato, não se pode crer no cabimento de uma lei orçamentária que na fixação de despesas e previsão de receitas se estenda por muitos exercícios financeiros, prendendo-se atender somente determinadas prioridades.

De outro lado, não se pode aceitar um sistema financeiro que impeça a concessão de créditos suplementares, especiais e extraordinários, por não fazer referencia à realidade mais atualizada. Orçamento a tal ponto engessado é imprestável para atingir suas finalidades.

De qualquer modo, o equilíbrio tem que ser atingido. Tanto há necessidade de rever as dotações por alteração imprevista nas necessidades fáticas; quanto há razão, por coerência ao sistema constitucional e à interpretação institucionalizada na Lei Orçamentária, para a vinculação aos planos plurianuais, como o PPA. O respeito deve haver, mas de modo que as condições não se alterem entre a época do plano e a execução.

Por todo o exposto nos itens precedentes, não se pode crer na natureza apenas formal da lei orçamentária, pois ela é a aplicação (norma individual e concreta) de regras e princípios constitucionais atinentes à democracia, é o próprio *Estado em movimento*, meio sem o qual o Estado não pode agir de nenhuma maneira na esfera dos cidadãos a fim de beneficiá-los. Por outro lado, não pode ser visto como documento sem valor jurídico nenhum, já que é o resultado de uma discussão democrática determinada pela Constituição.

Desse modo, o Orçamento é produto de uma hermenêutica constitucional que detém vigência aplicativa, apenas podendo ser afastada por argumentação justificada constitucionalmente, com base em demonstrações competentes sobre a alteração da situação fática entre o termo inicial *publicação do orçamento* e o termo final *tentativa de superação*.

# II – CONTROLE JURISDICIONAL ORÇAMENTÁRIO

## 5. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE DESPESA PÚBLICA

## 5.1. TIPOS DE CONTROLE DO ORÇAMENTO: CONCLAMAÇÃO A UM NOVO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

### 5.1.1. CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS: PERSPECTIVA ATUAL

Controle em princípio é a análise, por determinado órgão administrativo, das contas compulsoriamente apresentadas por outro, basicamente afeita ao confronto entre receitas e despesas e à comprovação material apresentada (recibos, notas fiscais, livros escriturais).

O controle social é o controle não-institucional exercido pela sociedade no âmbito público, consistente no acompanhamento da elaboração das leis orçamentárias (possibilidade de participação na proposta de emendas) e no acompanhamento da execução financeira dos recursos, tendo como característica primordial a obrigatoriedade, já que, por Lei nacional, muitas vezes é condição *sine qua non* para o recebimento de recursos federais e estaduais.

O controle dos gastos públicos vem se legitimando no Brasil em razão da abertura constitucional para tanto. As previsões dos artigos 70 a 75, todos da Constituição Federal de 1988, além de se referirem ao controle ordinário (*interno* na esfera de cada Poder), abrem as alternativas para o controle *externo*, na criação do Tribunal de Contas, e para o controle *comunitário ou não-institucional*, exercido mais diretamente pelo cidadão (ainda valendo a menção ao art. 31, §3º, também da Constituição cidadã).

A legitimação do controle também aparece como um processo histórico-social (e seus reflexos jurídicos na edição de leis) e político, pelo que se estende a subordinação do poder factual não apenas à repartição formal equilibrada e independente das funções estatais, mas também do exercício do poder a critérios prévios já determinados na Constituição ou nas leis, abrangentes de toda ação estatal, em qualquer ente federativo brasileiro.

A subordinação acima referida vem sido fiscalizada tanto por órgãos estatais como por *instâncias privilegiadas*, as quais funcionam como intermediárias entre Estado e sociedade civil e até mesmo pelo próprio cidadão, pela prerrogativa estampada no art. 31, §3º da CF/88.

Nesse sentido, o papel importantíssimo realizado pelo Tribunal de Contas da União e dos Estados, além dos Conselhos dos Municípios (arts. 71 e 31, §1º, ambos da CF/88), em processo

ainda de formação institucional concretizada, no ideal de funcionarem como a 'mão forte' do Poder Legislativo, o qual autoriza despesas, sobre o Poder Executivo.

O controle dos gastos públicos, ademais, vem sofrendo alteração não apenas em relação ao aspecto subjetivo (quem está legitimado a controlar), mas no que respeita ao aspecto objetivo: toda e qualquer ação que envolva dinheiro público, no rol abrangente do art. 71, principalmente incisos II, V e VI, bem como no que toca ao tipo de controle a ser realizado.

Assim é que o controle de mera legalidade dos atos de execução orçamentária (validade formal) vem sendo substituído pelo da legalidade em sentido material (validade substancial), inclusive com a eficácia dos princípios constitucionais.

Como os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, a visão deles como mandamentos de otimização[387] é útil para se apregoar a cumulação, com o controle de legalidade, do controle da economicidade dos atos de execução orçamentária.

Desse modo, já que os princípios devem ser aplicados de forma mais ou menos, por se caracterizarem como normas que preconizam um estado de coisas a ser buscado pela aplicação hermenêutica do sistema jurídico,[388] não somente no âmbito judicial mas principalmente no âmbito administrativo, a cumulação acima referida permite o controle denominado *de legitimidade* (caracterizado pelo cunho de economicidade da ação orçamentária).

Os princípios, aliás, quando vistos nessa concepção, desempenham papel importantíssimo no que toca ao cumprimento dos preceitos constitucionais referentes à atuação estatal no todo social, ou seja, na satisfação das necessidades públicas constitucionais.

É assim que a aplicação em grau *máximo* ou *mínimo* das disposições constitucionais referentes a direitos e interesses jurídicos (conforme inclusive a reserva do possível, já que todo direito tem um custo correspondente)[389] é permitida pelo ordenamento jurídico caracterizado pela convivência entre princípios e regras, dada a ligação entre um nível de princípios e um nível de regras[390] e o caráter duplo das normas de direitos fundamentais.[391]

No entanto, a questão não é de possibilidade de aplicação máxima ou mínima dos princípios, mas da justificação para a perda parcial e casual de eficácia de determinados princípios:

---

[387] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.
[388] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.
[389] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 78; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:* direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 225-226.
[390] ALEXY, *Op. Cit.*, p. 135.
[391] Idem, pp. 141-144.

trata-se de analisar a legitimidade da justificação que afasta a aplicação máxima dos princípios em jogo, não tanto da possibilidade jurídica de sua maior ou menor eficácia.

Esse o problema da possibilidade de controle judicial da execução orçamentária, ou seja, da aplicação dos gastos públicos por meio do planejamento orçamentário prévio, coerente e teleológico, a ser tratada nos tópicos seguintes.

Outro ponto a ser considerado é o controle social orçamentário, uma vez identificada uma tendência do ordenamento nacional, desde a CF/88 até a promulgação de diversas leis a serem analisadas, referente à descentralização administrativa e à participação democrática no controle das contas públicas e efetivo cumprimento das despesas orçamentárias (além do apelo às instituições como o Poder Judiciário e o TCU no controle não político das contas públicas).

O problema do controle social, porém, é tema de amplitude não cabível no presente papel, o qual trata do controle jurisdicional. De qualquer modo, já se aponta que, como questão cultural, a corrupção deve receber soluções culturais, sendo o controle social uma delas, a par até da mudança de atuação do Judiciário. Esse pode ser um grande fator, seja eliminando o sentimento de impunidade hoje vigente no país, seja impondo que o Executivo atinja as suas metas orçamentárias.

### 5.1.2. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE

Pode-se dizer que o controle dos gastos públicos é exercido de duas formas, conforme a sistematização proposta na Constituição Federal de 1988. A primeira é a institucional (com maior grau de institucionalização) e a segunda a não-institucional (com menor grau), denominada de *controle social* ou *comunitário*.[392]

De outro lado, a existência de um controle de *legalidade* e um de *legitimidade.* Bem verdade que a questão é de dimensão, não de *tipos* de controle, como se fossem alternativas exclusivas. São dimensões que podem se cumular, dependendo de atos de vontade dos aplicadores do direito.

A legalidade é o controle clássico, exercido sobre a validade formal dos atos e operações necessárias à execução do orçamento. Trata-se de uma adequação do ato à lei em sentido amplo, preservando-se a segurança jurídica.[393]

---

[392] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 480-482.
[393] Idem, p. 506.

"Assim sendo, o controle de legalidade implica, em uma primeira acepção, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, o que compreende inclusive o controle dos atos normativos da Administração."[394]

Abrange, do mesmo modo, o exame formal das contas, seus aspectos de certeza e exatidão. Mas como é controle de legalidade lato, implica ainda na super-legalidade: a constitucional.

Nesse ínterim, a proposta de não aplicação de determinada lei considerada *incidentalmente* inconstitucional é evidência da nova ordem constitucional, a qual também possibilita o *controle de legitimidade*. Nessa sede já é defendido que esse último abarca o controle de legalidade, sendo somado ao *controle de economicidade*, com base no art. 70 da Constituição, da execução financeira e orçamentária.

Assim, na vigência de um controle de legitimidade, típico de um Estado pretenso a Democrático de Direito, não se abre espaço "apenas para a tomada de contas ou para o exame formal da legalidade, senão que exige também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico."[395]

Cumprem-se, logo, os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da segurança jurídica e de justiça, princípios informativos do controle das contas públicas.

### 5.1.3. CONTROLE INSTITUCIONAL INTERNO E EXTERNO

É salutar ainda que se ressalte a divisão dos controles institucionais em *interno* e *externo*, conforme guardem vinculação com o próprio poder controlado. À primeira vista, o controle interno se afigura um autocontrole, enquanto o externo é titulado por um órgão alheio ao poder controlado, que os *auxilia*.

Com a exposição dessa simples divisão entre o controle institucional, já se chega a uma contradição implícita. Isso porque o controle externo é engendrado nos moldes da teoria tripartida de Montesquieu, em que um poder controla a atividade do outro, com o fito de não haver qualquer abuso.

A teoria de Montesquieu trabalha incessantemente com a pressuposição de que o poder não pode se autocontrolar, pois a tendência humana é, ao se ver titularizando um poder sem controle

---

[394] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.* Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 506.
[395] Idem, p. 508.

externo, abusar dele.[396] Logo, não haveria possibilidade de um controle interno autônomo, pois esse comportaria necessariamente o abuso do poder.

Na esteira dessa tese, o controle interno seria um natimorto, desde a sua previsão inicial. Já em sua gênese estariam as condições para a sua morte, sendo a ineficácia do controle a consequência necessária, independentemente dos princípios que textualmente se nominassem aplicáveis ao caso (como o da moralidade administrativa).

Percebe-se, na análise da previsão da Constituição Federal de 1988 conforme o controle interno, bem como dos dispositivos que a operacionalizaram, que a tendência relatada por Montesquieu não fugiu à prática jurídica no Brasil, produzindo as infelizes condições para a ineficiência do controle interno.

Dentre essas condições a determinarem a morte do controle interno no momento mesmo de sua gênese, estariam causas institucionais e normativas. Pelas primeiras, a vinculação ao próprio poder controlado e a forma de ingresso dos controladores; pela segunda, a falta de sanções administrativas em relação a não correção dos erros que os relatórios apontam.

Causas institucionais porque se referem à forma do ente controlador. Causas normativas pela existência de dispositivos que, interpretados, geraram um consenso argumentativo pela ineficácia do próprio controle, impedindo que os concretizadores do Direito (claro, com a sua conivência) imponham maior eficácia aos seus relatórios.

É de extrema importância considerar que o controle interno exercido quanto à aplicação de recursos transferidos a outros entes estatais não se insere nesse controle natimorto, haja vista a separação das entidades federadas (peculiar federalismo brasileiro). Assim, o controle exercido pela CGU em relação aos recursos do FUNDEB, por exemplo, constitui legítimo controle externo, embora exercido teoricamente no mesmo âmbito de Poder (Executivo). A diferença está em que na verdade o Poder é diverso (União *versus* Municípios através dos conselhos municipais).

Salutar dizer, de outro lado, que tais causas normativas também estão presentes no controle externo, como que transplantadas com o fito de tornar um controle naturalmente externo (válido conforme a estrutura de poder de Montesquieu – controle recíproco e independente) em um controle interno exercido por um órgão apenas formalmente exterior. Isso, quando muito, já que a composição dos tribunais de contas está formalmente imposta e revela na verdade uma vinculação com o poder controlado. Daí a cizânia doutrinária quanto à natureza do Tribunal de Contas, que por si só revela a ambiguidade formal e pragmática da atuação desse órgão.

De qualquer modo hoje há, inclusive, o elastecimento da função de auxílio, servindo o TCU não somente ao Poder Legislativo, mas ao Judiciário e Executivo, além da própria comunidade e de seus órgãos de participação política, aproximando-se nesse sentido das

[396] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10º Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.

características enaltecidas por Rui Barbosa como um mediador independente entre o Poder que autoriza a despesa e o Poder que a executa, auxiliando a ambos e servindo como vigia do ente autorizador sobre o ente executor da despesa, "obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um voto oportuno."[397]

> Demais disso, o tribunal de Contas auxilia a própria comunidade, uma vez que a Constituição Federal aumentou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes.[398]

De fato, a atuação daquele Tribunal tem incomodado o governo federal. Estima-se que 153 projetos de infraestrutura, que somam R$ 26 bilhões, foram auditados em 2008 e 48 apresentaram problemas. Dessa lista, algumas obras continuam paradas, com recursos bloqueados no orçamento anual. Tais intervenções evitaram prejuízos potenciais da ordem R$ 2 bilhões (dois bilhõies de reais) aos cofres da União, o dobro do valor apurado em 2007.[399]

Mesmo assim, há criação de estranhos institutos, como a "aprovação de contas públicas com ressalvas," nos quais resta claro o esquecimento do princípio constitucional da moralidade administrativa e o fortalecimento da influência política nesse âmbito.

O controle entre as diversas instituições democráticas deve por isso ser repensado. Apesar da existência do controle externo e interno, pode ser lançada a problemática da possibilidade e fundamentação do controle judicial do orçamento.

Isso porque cabe ao legislador e ao administrador, identificar, em processo de interpretação próprio, as carências de uma dada comunidade, haja vista viger no Brasil o Orçamento misto. Mas as formas escolhidas e a superação das indicações orçamentárias sem qualquer justificativa pelo Executivo dificultam muito a efetividade dos direitos fundamentais.

Dado que um princípio do planejamento orçamentário prévio, coerente e teleológico pode ser extraído da Constituição, o Judiciário deve estar atento ao seu cumprimento, porque dele dependem a aplicação das *dotações constitucionais* que, mesmo com a força advinda da normatividade constitucional, são superadas como razões definitivas, porém sem fundamentação constitucional.

A própria eleição das necessidades a serem satisfeitas não encontra qualquer tipo de controle institucional, salvo em casos de falta extrema de razoabilidade. E muitas vezes não se discute a medida em si sob o ângulo da necessidade a ser satisfeita: discute-se se houve ou não enriquecimento ilícito, superfaturamento, ou outras formas de desvio de recursos.

---

[397] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.* Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.
[398] Idem, p. 488.
[399] PEREIRA, Renée. TCU reprova uma em cada três obras no País. *Jornal O Estado de São Paulo,* São Paulo, 16 ago. 2009. Disponível em <http://www.estadao.com.br>. Acesso em 16 ago. 2009.

Definitivamente tal tipo de controle é muito relevante. No entanto, há de se engendrar um controle da restrição dos direitos fundamentais por via do Orçamento Público, baseando-se nas questões destacadas nos capítulos antecedentes, para que não haja restrição sem justificação constitucional: há de se ter um ente responsável pela avaliação da avaliação dos poderes democráticos.

Esse ente pode muito bem ser o Poder Judiciário, em razão da natureza da aplicação das normas constitucionais através do orçamento, o que não pode fugir de sua competência: a de guarda do ordenamento jurídico contra o abuso dos outros Poderes que, mesmo invocando a sua raiz democrática, não podem exigir do Orçamento a busca de necessidades inconstitucionais ou não-constitucionais, prejudicando, com isso sim, a democracia, sustentada no autogoverno para se atingir o bem comum.

O controle assim tem fundamento na matriz hermenêutica de aplicação dos direitos fundamentais (como analisado no capítulo 4), já que as dotações orçamentárias são razões definitivas ao cumprimento das razões *prima facie* constitucionais, em face das situações interpretáveis pelos legisladores e administradores.

O objeto de um controle como esse deve ser o aspecto teleológico do Orçamento (a ser discutido em item específico), defendendo-se as decisões tomadas no ínterim desse instrumento normativo sob qualquer justificação que não seja constitucional, bem como analisando a omissão administrativa de certa necessidade constitucional cujo cumprimento está albergado nos Planos Plurianuais e nas Leis de Diretrizes Orçamentárias.

Trata-se, portanto, de interpretar a proporcionalidade e a eficiência das medidas adotadas nos Orçamentos com o fito de se atingir as necessidades públicas; e, de outro lado, interpretar a realidade no que ela necessita de atuação judicial, engendrando formas para o efetivo cumprimento do dever pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal tipo de controle subentende, com Virgilio Afonso da Silva, um diálogo constitucional entre os três Poderes, de modo a repensar a separação rígida dos tempos de Montesquieu: "A simples ideia de que a não realização de algo exigido é equivalente a uma restrição, e que exige fundamentação, pode ser um primeiro passo para uma proteção mais eficiente ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais."[400]

> O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir

[400] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

> ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e hoje também, a omissão estatal.[401]

Tal revisão entre os Poderes é tema a ser tratado adiante, na tentativa de se pensar uma relação harmoniosa entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de se cumprir direitos fundamentais, notadamente os *direitos a algo.*

## 5.2. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE OS TRÊS PODERES: CONTROLE JUDICIAL E OS CUSTOS DOS DIREITOS

Foi dito nos capítulos antecedentes que as pretensões positivas dependem da atuação do legislador orçamentário, dada a escassez de recursos. Por isso falar-se em falta de equivalência direito-dever no tocante às pretensões positivas constitucionais, já que o titular de um direito público subjetivo (por mais que essa denominação seja deficiente) não poderia reivindicá-lo diretamente do texto constitucional.[402]

> Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.[403]

A justificativa teórica para a falta de hierarquia entre princípios não é capaz de solapar essa verdade factual identificada desde há muito pela economia: os recursos são sempre escassos para a quantidade de necessidades humanas. No âmbito de direitos como necessidades constitucionais sociais, assim, os recursos estatais são sempre escassos para atender, de uma só vez, a todas elas.

Do mesmo modo, há dificuldade extrema quanto os graus de atendimento, se mínimo ou máximo, uma vez que há várias formas de satisfação e que as necessidades se ampliam com o tempo e com o desenvolvimento da tecnologia.[404]

Gustavo Amaral, apoiando argumentos da teoria dos custos do direito, aduz:[405]

---

[401] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999, p. 252.

[402] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106. Contra, CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140, que crê na aplicação de um direito à prestação por decisão unilateral do Judiciário.

[403] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511.

[404] AMARAL, *Op. Cit.,* p. 109-110.

[405] Idem, p. 78.

> Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros poderes são responsáveis.

Mas é preciso questionar alguns pressupostos desse argumento, para se determinar as consequências que ele deve gerar, e conforme essas admitir a sua verdade. Essa a tarefa construtiva da interpretação, a qual deve ser cuidadosamente introduzida.

O primeiro pressuposto é o de que todo direito custa algo ao Estado. O segundo é que não é competência do judiciário analisar consequências orçamentárias, sendo responsáveis apenas os outros dois poderes pela alocação dos recursos. O terceiro, o mais grave, é que os dois poderes, responsáveis pela alocação, estão cumprindo ações materiais conformes à mesma, ou seja, cumprindo a execução do orçamento do modo como ele está publicado.

Que todo direito custa algo aos cofres públicos é inegável. A manutenção da propriedade privada pressupõe a manutenção dos órgãos de registro público, a segurança pública contra o esbulho e a turbação, bem como o aparelhamento judicial para preveni-los ou corrigi-los, devendo ser incluídos também a proteção contra a invasão estrangeira (manutenção do Exército).[406]

O segundo pressuposto, que aliás faz parte da teoria dos custos dos direitos, é a ilegitimidade do Judiciário quanto as alocações orçamentárias, e isso não é tão inegável assim. A questão passa pela natureza jurídica da Lei do Orçamento, bem como da norma constitucional que determina o planejamento orçamentário em todas as esferas federadas (prévio, coerente e teleológico).

Se o orçamento público é lei, o seu descumprimento (execução orçamentária) é relevante para análise do Judiciário, no mínimo para determinar o respeito à disposição legal. A participação do Legislativo na feitura da Lei torna a execução orçamentária obrigatória, o que pode indicar a natureza de lei em sentido material do Orçamento, como já visto, ou simplesmente a ciência de que o Orçamento constitui o meio pelo qual razões definitivas são engendradas para o cumprimento de direitos fundamentais como princípios.[407]

O terceiro pressuposto é o mais grave, já que assevera a não-atuação judicial (porque ilegítima e não razoável), deixando a responsabilidade aos outros poderes, como se esses cumprissem o mandamento ótimo na gestão dos recursos públicos e não pudesse ser controlados por isso, de nenhuma maneira.

A omissão nas pretensões positivas de direitos fundamentais é gênero que tem como espécie a omissão na execução orçamentária referente a direitos fundamentais. A crítica da teoria dos custos dos direitos se volta à proteção judicial da omissão-gênero porque ignora a omissão-

---

[406] HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 62.
[407] V. Cap. 4.

espécie: é como partir do pressuposto de que os recursos são sempre utilizados em seu *gasto ótimo* pelos poderes políticos, esses apenas deixando de atender aos direitos fundamentais porque os recursos foram escassos, ou seja, acabaram antes de completar o atendimento.

A crítica à judicialização do gênero é válida. E por isso pode-se concordar com o excerto de Gustavo Amaral e com a teoria dos custos dos direitos. O Judiciário não pode, à guisa de proteger os direitos fundamentais, aplicar a Constituição ao caso concreto, agir unilateralmente e olvidar as disposições prévias orçamentárias.

Nesse diapasão, não se pode fundamentar o ativismo judicial, pela elevação da microjustiça (a do caso concreto), sem tecer considerações sobre a macrojustiça: não pode proteger o indivíduo em face do coletivo, à maneira do "quem consegue primeiro uma liminar?"[408].

> Não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.[409]

E do mesmo modo, o ativismo é ação unilateral em relação à ponderação de princípios: não se pode privilegiar um princípio em dada situação sem o cotejo com o impacto dessa decisão com relação à eficácia de outros princípios constitucionais, conforme o postulado da proporcionalidade em sentido estrito.[410]

Na situação jurídica em abstrato, ou seja, quando se está a interpretar apenas os dispositivos constitucionais referentes a necessidades públicas, a questão da escassez é prevalente, escapando a questão da implementação de direitos do Direito, imiscuindo-se a questões políticas.[411] Há necessidade de *processos institucionais de preferência*. Nesse momento é que se pode dizer haver a possibilidade de um conflito (específico) pelo emprego dos meios escassos,[412] a ser resolvido politicamente, pelas *escolhas trágicas*.

Já na situação jurídica em concreto, isto é, no cotejo das normas constitucionais já selecionadas pelo instrumento orçamentário, não mais se pode alegar escassez de recursos, devolvendo-se a questão da implementação dos direitos ao âmbito jurídico, após a sua necessária estadia nos *processos de preferência institucionais*, com o fito de se carregar de apoio

---

[408] Gustavo Amaral ainda assevera que no meio judicial, em que há apenas a análise do caso posto nos autos, o problema da escassez torna-se rarefeito, porque apenas se compara o indivíduo e o Estado. Porém, a escassez, por mais possa haver recursos mal empregados, é nítida quando se compara coletividade e Estado. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15, 37 e 146.

[409] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

[410] Esse cuidado com a limitação dos princípios também é lembrado por AMARAL, *Op. Cit.,* p. 109.

[411] Idem, p. 126.

[412] Idem, p. 131.

democrático. Nesse momento, já houve o conflito citado acima, devendo-se proteger a decisão tomada, contra a sua não execução.

Portanto, se, como dito, a omissão nas pretensões positivas de direitos fundamentais é gênero que tem como espécie a omissão na execução orçamentária referente a direitos fundamentais, quando se está diante da atuação jurisdicional na omissão-espécie, a crítica deve ser refutada: o Judiciário deve analisar questão de descumprimento de lei por omissão total ou parcial, porque, nesse ponto, é grande a probabilidade dos recursos serem suficientes, uma vez que foram *prévia*, *coerente e teleologicamente* dispostos, i.e., uma vez que se seguiu o princípio do planejamento orçamentário.

O exemplo do próprio autor, a necessidade de dois feridos à bala e um só centro cirúrgico, não é somente referente a escolhas trágicas. Seguindo o mesmo, diga-se que havia uma rubrica orçamentária referente à ampliação do centro cirúrgico, que não foi cumprida pelo Executivo, embora os recursos estivessem já alocados, conforme o PPA em programa específico, a LDO que compatibilizou as metas do programa no ano específico e a LOA que autorizou gastos específicos.

Havendo *ação coletiva* a respeito, no intuito de fazer cumprir a dotação, e assim evitando a escolha trágica de escolher um dos feridos, o posicionamento sobre a inatividade do judiciário frente à não execução dos recursos necessariamente deve mudar.

Haja vista o quanto exposto, o acordo com o excerto de Gustavo Amaral apenas pode recair na crítica à atuação judicial no sentido das decisões judiciais que, ignorando os custos dos direitos, são unilaterais às dotações orçamentárias já existentes, bem como ao processo de ponderação entre as pretensões, nas regras de precedência interna e externa, processos os quais devem ser eminentemente democráticos, um afazer político.

Mas outro momento, completamente diferente a ponto de não permitir se chegar à mesma conclusão (processo político externo de toda forma à atuação judicial), é o posterior à disposição orçamentária, uma vez que já houve o processo de escolhas trágicas relativo a pretensões de direitos constitucionais.

Isso porque o binômio direito-dever está presente a partir da disposição orçamentária devidamente publicada. O Estado obriga-se com o Orçamento. Como na autovinculação nos contratos privados,[413] surge o binômio especificado, em relação às necessidades constitucionais contidas nos documentos orçamentários, após as escolhas trágicas tomadas pelos entes democráticos. É a vinculação às razões definitivas de direitos fundamentais.

A argumentação de que a escassez ocorre em todos os países do mundo e que o mínimo existencial não pode nunca ser atingido mesmo nos países desenvolvidos, não podem servir à

[413] Gustavo Amaral utiliza o argumento de que, no nível abstrato, não há dever estatal, sendo os *direitos sociais* sem correlação com dever algum, caso diverso da autovinculação contratual dos direitos subjetivos. Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106-7.

estagnação das autoridades em um Estado Democrático de Direito. Quase nivelando a questão do mandamento de otimização a uma utopia, Gustavo Amaral assevera:

> Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.[414]

Mas antes o mesmo autor evidencia o problema brasileiro da má alocação de recursos públicos, haja vista estudos sobre a enorme carga tributária e de investimentos *nominais* no âmbito social do Brasil, no confronto com os resultados efetivos de educação, mortalidade infantil, saneamento básico e outras necessidades básicas.[415]

E por outro lado, por mais que o *padrão aceitável de vida* seja diferente em cada país, devido ao seu desenvolvimento, e que nem todos conseguem alcançar tal patamar, é imperioso discernir. Os países desenvolvidos aí estão classificados em razão dos resultados efetivos nos indicadores sociais, ou seja, proporcionam melhor condição de vida aos seus nacionais praticamente com a mesma carga tributária.[416]

Não se pode negar, de outro lado, que o Brasil pode ter um melhor padrão de vida com os recursos de que dispõe, minorando a corrupção ou resolvendo os problemas de má-alocação. Enquanto se discute sobre a relatividade das escolhas trágicas e das prioridades, as pessoas sofrem indefinidamente com a falta de saneamento básico e educação primária, além de um sistema de saúde altamente deficiente, mesmo arrecadando o suficiente para uma melhora significativa.

Dizer que os recursos são escassos e que a situação ideal não será nunca alcançada corresponde ao imobilismo (estado de *acatalepsia*),[417] e simplesmente chancelar essa situação retrógrada,[418] não basta ao escopo da instituição do Estado de Direito.

Se já foi evidenciado que o problema é a alocação de recursos, deve-se preconizar uma solução. Haja vista de que a pesquisa deve se elevar a tentar solucionar problemas práticos, não se pode fazer outra tentativa do que investigar o princípio orçamentário e o rol de necessidades públicas (prioritárias constitucionalmente).

É nesse sentido que a refutação acima mencionada se dirige também ao argumento de que resta ao poder Judiciário apenas a defesa de direitos fundamentais ante uma *inatividade abusiva ao extremo*.[419]

---

[414] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.
[415] Idem, p. 184.
[416] A carga tributária de 28,9% do Brasil é próxima dos demais países desenvolvidos, como os EUA. Cf. AMARAL, idem, p. 183.
[417] BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza.* Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Belo Horizonte: Virtualbooks, 2003, p 11.
[418] Decerto a tese de Gustavo Amaral não conduz ao imobilismo, haja vista o seu capítulo 6, item 2.
[419] BÖCKENFÖRDE *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

A proteção judicial dos direitos sociais como se fossem subjetivos não pode acontecer de forma absoluta, até por ignorar o processo de preferência político-institucional realizado no âmbito orçamentário. Mas a determinação do que seja situação de inatividade abusiva ao extremo e, mesmo, o porquê da legitimidade apenas haver nessa situação extrema não estão razoavelmente postos.

Primeiro porque, não apenas o extremo, mas o abuso *em parte* é incabível, assim como a tredestinação de recursos de pouca monta é impassível de ser ignorada e as contas públicas respectivas aprovadas, o que já é o problema da aprovação das contas com ressalvas.

De outra banda, é de se perguntar se a não execução de dotações orçamentárias já não faz parte desse abuso extremo aos direitos fundamentais.

Essas indagações devem nortear outra solução para a questão da participação judicial e as escolhas trágicas: lícito dizer que o Judiciário não pode tomar as decisões no lugar do Executivo e do Legislativo (perde fundamento o ativismo judicial). Mas a situação se altera completamente quando as decisões já estão tomadas em documento oficial e são levadas à consideração judicial.

Talvez não se tratem, nesse âmbito, de recursos escassos. Os recursos, já alocados, são suficientes porque previstos orçamentariamente: mesmo que seja uma previsão orçamentária, a variação de uma receita real é muito pequena para se dizer que não há recursos suficientes caso haja uma alocação criteriosa dos recursos. A análise deve prender-se na existência de um dever do judiciário em proteger as escolhas democráticas, contra a omissão administrativa que por qualquer motivo aconteça.

Essa questão já teve a base sustentada na teoria dos princípios: as dotações constitucionais ganham um ônus argumentativo a fim de serem superadas, ao tempo em que são escolhas democráticas de macroeconomia. O Judiciário deve cobrar a atuação do Executivo no seu desiderato constitucional *conforme* as decisões pré-estabelecidas, sempre que estiver diante de uma omissão estatal.

Essa primeira questão, no entanto, necessita de um alcance no instituto da discricionariedade administrativa, pelo que se deve saber o momento certo de se encarar uma razão definitiva como insuperável, mesmo por razões de discricionariedade. Aliás, refere-se esse problema ao objeto de uma decisão judicial: o que pode o Judiciário, nessa espécie de controle, ordenar ao Executivo, e em que momento.

Outro ponto de análise deve ser sobre a *inatividade abusiva ao extremo*, a qual possibilitaria a atuação jurisdicional, se toda e qualquer omissão administrativa seria repugnante a tal ponto de ser caracterizada como tal. Trata-se de encarar quando se está diante de uma omissão constitucional.

Para tanto, primeiramente se apresenta uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia possível na concretização judicial, servindo também à eficácia das normas

programáticas. Esse, um importante item para se aferir o nível de omissão administrativa que o executivo pode exercer quanto ao objeto do Orçamento, ou seja, o que é possível esperar da eficácia de uma norma constitucional.

A partir dessa investigação sobre eficácia, propõe-se a instauração de regras de precedência, que podem ser assentidas como objeto do diálogo constitucional entre os Três Poderes, na medida em que indica direcionamento para o que deve em primeira instância ser tratado e aplicado pelos Três Poderes durante a discussão sobre Orçamento Público, o que vem a enaltecer a natureza instrumental do Orçamento no cumprimento de necessidades públicas constitucionais.

O diálogo constitucional é importantíssimo no que se refere ao cumprimento de direitos fundamentais. As premissas dos custos dos direitos, da necessidade de interpretação da Constituição, do sopesamento e das regras de precedência condicionada levam a crer que o que é necessário constitui a cooperação entre os Poderes, trabalhando sobre os mesmos pontos de partida, dialogando.

O Judiciário não pode se furtar ao diálogo democrático com os outros poderes. Assim o faz quando intenta um *ativismo*,[420] traduzido na atuação inconsequente dos impactos financeiros das decisões determinadoras das prestações de direitos *prima facie.* Se há uma circunstância fática relevante como óbice à efetividade dos direitos (e os recursos sempre estarão nesse âmbito) de titularidade de dois Poderes, o judiciário não pode decidir unilateralmente, até porque a decisão terá de ser cumprida *através* de algum custo.

Os direitos não se aplicam sozinhos, isso pode resumir um dos pontos teóricos dos custos dos direitos. Se inexoravelmente haverá um custo para o Estado, geralmente o Erário Público, a decisão deve ser tomada em um diálogo constitucional e não de forma unilateral,[421] a menos que o Poder Judiciário, com seu orçamento próprio, arque com todas as decisões que imponham prestações fáticas ao Estado.

Após esse tópico, que não deixa de ser o desenvolvimento do aspecto teleológico da norma do planejamento orçamentário acima estudado, cabe a análise da discricionariedade administrativa no âmbito orçamentário, importante a fim de se verificar o momento em que ela pode ser legitimamente exercida pelo Executivo ou proibida pelo Judiciário.

Ao final desse capítulo, ademais, será interessante uma proposta de critérios para a aplicação do Orçamento conforme os postulados da proporcionalidade e da eficiência, ou seja, o que pode ser exigido do Executivo caso haja uma omissão administrativa e não caiba exercício discricionário por esse último.

---

[420] Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 6.
[421] Em sentido oposto, CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140.

Com essas quatro vertentes, intenta-se iniciar um diálogo constitucional entre os três Poderes, a fim de se concretizar com maior transparência os direitos sociais, vistos como necessidades públicas ou cumpridos mediante normas programáticas, através da atuação harmoniosa querida pela Constituição Federal de 1988.

Uma atuação nesse teor, inclusive, é requerida pela tensão entre competência democrática e direitos humanos, como salientado por Alexy, já que os direitos fundamentais também vinculam o legislador. "A separação de poderes passa, então, a corresponder a um princípio que deve ser submetido, com o conflito instalado, a uma ponderação. Se ocorrer um sacrifício reduzido ao princípio da competência, então, ganha o Judiciário condições de atuar."

Essa a base fundamental de uma busca por cooperação dos três Poderes, resolvida em um diálogo constitucional, isto é, uma participação mais harmoniosa[422] na utilização de premissas comuns. No caso, o planejamento como conjunto de razões definitivas deve ser respeitado como tal e pelo argumento de competência, porém, pode ser esse último sopesado quando interferir de maneira desproporcional no cumprimento de direitos fundamentais.

Uma das premissas desse diálogo é que para realizar direitos não se trata somente de vontade política (conveniência e oportunidade) ou social (clamor popular), mas *vontade de constituição*[423], entendida somente quando se fala em *força normativa da constituição*, como se verá a seguir.

### 5.2.1. A 'VONTADE DE CONSTITUIÇÃO' E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O conhecido livro de Konrad Hesse foi uma resposta à palestra de outro clássico autor, Ferdinand Lassale, proferida no mês de abril de 1862, em Berlim, acerca da essência da Constituição. Diz Hesse que a tese fundamental de Lassale é que as questões constitucionais não são questões jurídicas, e sim políticas, vez que a Constituição representa os fatores reais do poder militar, social, econômico e intelectual. Resume:

> As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas

[422] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.
[423] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 23-24.

> expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país.[424]

Diz também que Lassale subordina a capacidade regulatória de uma Constituição à sua compatibilidade com o conjunto dos fatores reais do poder, sob pena de vir a ser mero pedaço de papel. Na falta da compatibilidade, o conflito é inevitável e a Constituição escrita infalivelmente sucumbe diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Haveria uma exclusão do fator de poder intelectual (consciência coletiva e cultura geral) e a primazia análise calcada na *realidade* e pela sua aparente confirmação através da retrospectiva histórica. Sobre essa confirmação histórica, Hesse diz que da análise da história constitucional seria possível concluir aparentemente que a normatividade submete-se à realidade fática sempre, não tendo as regras jurídicas possibilidade de perfazer o movimento inverso.

Como exemplo, o conflito relativo ao orçamento da Rússia (exposto por Lassale) e a mudança do papel político do Parlamento, subjacente à afirmação de Jellinek (da existência de 'leis políticas naturais'). Nesses moldes, a concepção lassaleana da força determinante das relações fáticas (um *determinismo fático*) significa a coincidência entre realidade e norma, que é apenas um limite hipotético extremo. Isso, sabendo-se que entre a norma (fundamentalmente estática e racional) e a realidade fática (fluida e irracional) há uma tensão 'necessária e imanente' que não se pode ignorar.

Para a concepção do determinismo fático, uma situação de conflito está configurada permanentemente: a Constituição escrita, nas disposições de ordem organizacional e de direitos fundamentais "sucumbe cotidianamente em face da Constituição real".

Hesse salienta que a ideia de um efeito determinante da constituição *efetiva* sobre a escrita significa a própria negação dessa última. Nesse pensamento, o Direito Constitucional estaria em contradição com a própria essência da Constituição e assim perderia seu valor como ciência jurídica. Traça Konrad Hesse o necessário corte epistemológico que Lassale desconhecia ou queria ignorar: o Direito Constitucional é uma ciência normativa, que se diferencia das demais ciências descritivas como a Sociologia e a Ciência Política. Aduz:

> Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*.[425]

E o que é mais grave: um direito constitucional *descritivo* não teria qualquer objetivo nobre, adstrito a justificar – função indigna de qualquer ciência – as relações de poder dominantes em uma sociedade, o *status quo*. Alerta Hesse que, admitido o determinismo fático da

---

[424] Idem, p. 09.
[425] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11.

Constituição, operar-se-ia a descaracterização da Ciência constitucional em uma ciência normativa, convertendo-se em ciência do ser.

Se a constituição jurídica expressar somente a relação de poder, como o quer Lassale, opera-se a negação da Ciência do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado. Por outro lado, admitindo-se a possibilidade de ocorrer o movimento inverso – determinação das relações da vida no que for cabível (um *determinismo constitucional*) – Lassale perde o seu fundamento, já que a constituição jurídica mesmo a despeito da realidade fática não se constituiria mera folha de papel, mas instrumento jurídico ordenador e motivador da vida do Estado.

Nesse ínterim Hesse investiga a existência de uma *força normativa da constituição*, determinante do Direito Constitucional, a conviver com os fatores reais do poder. E se essa força normativa não se constitui uma *ficção* necessária a todo constitucionalista, o qual supõe que o Direito domine a vida estatal, quando, em verdade, outras forças se mostram mais dominantes.

A esfera desses questionamentos está no âmbito da própria Constituição, vez que não existiria uma garantia externa para a execução de seus preceitos – muito embora hoje se possa afirmar que o movimento jurídico possui a tendência de conferir maior efetividade à Constituição através de instrumentos variados, inclusive processuais.

De qualquer modo, Konrad Hesse aduz que saber da existência da força normativa da Constituição (o determinismo constitucional da realidade que nos circunda), é necessário até para aclarar-se o conceito de 'Constituição Jurídica' e da própria 'Ciência do Direito'.

Para descobrir a força normativa, seu ponto de partida é a relação de condicionamento recíproco entre norma e relações da vida. Tais fenômenos só podem ser estudados em um mesmo contexto.

> Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.[426]

Imperioso encontrar um meio termo entre o abandono da normatividade em favor do determinismo fático e a normatividade despida de qualquer valor factual. Conclui então que não há autonomia da norma em relação à realidade, pois aquela possui pretensão à aplicação concreta, sua razão de existir é a regulação de um fato da vida: é a *pretensão de eficácia*.

Da pretensão de eficácia surge então a força normativa, a qual não está embasada tão-somente na 'adaptação inteligente a uma dada realidade': a Constituição jurídica é capaz, ela mesma, de ser uma força ativa, que também se assenta na *natureza singular do presente*, mas sem ter de extrair do contexto social qualquer apoio normativo.

---

[426] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14.

Ela tem força ativa por si própria sempre que os seus mecanismos de ação são realizados, sempre que existir a disposição institucional ou pessoal de se conformar a ela.

Nesse pensamento que se entende, como requisito para que a Constituição passe a ser força ativa, a existência, na consciência geral – notadamente na dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só da vontade de poder, mas da "vontade de Constituição".

Estão assim expostos dois limites da atuação constitucional como força ativa: a necessidade fática de regrar (natureza singular do presente) e a vontade de Constituição. Konrad Hesse expõe três elementos da vontade da Constituição:

a) compreensão da necessidade de uma ordem normativa do Estado contra o arbítrio; b) noção de que tal ordem normativa não é legitimada tão-somente pelos fatos (está em constante processo de legitimação); c) assunção de que a ordem apenas se torna eficaz com o concurso da vontade humana, através da qual adquire e mantém vigência.

> Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. [427]

Assim, pode-se apontar que em seu pensamento fazem parte da natureza do Estado tanto os fatores reais do poder quanto a pretensão de eficácia normativa, dependendo essa última, porém, da vontade de Constituição.

Entre os dois elementos, porém, não há necessariamente supremacia dos primeiros sobre a segunda, dependendo-se, para o sucesso da Constituição escrita, em *ultima ratio*, apenas das instituições responsáveis pela ordem constitucional.

Nesse contexto pode-se dizer que o problema da norma é relativo à eficácia material, não quanto à aplicabilidade (essa se refere aos *textos*). E também pode se vislumbrar que a eficácia da norma constitucional depende não da aplicabilidade dos textos (que com os seus condicionantes subordina o surgimento em cada caso das normas, não a sua eficácia),[428] mas da vontade de Constituição.

Por outro lado, é necessário asseverar que pela *vontade de Constituição,* fator pressuposto pelo próprio ordenamento constitucional para a sua aplicação, como comando para o cumprimento da Constituição, todas as normas que possam se extrair dos textos constitucionais se dirigem à realidade e possuem eficácia.

Todas dependem, não apenas as ditas *programáticas*, da vontade de Constituição do aplicador, seja ele do Poder Executivo ou do Judiciário. Nesse passo, o problema das normas

---

[427] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 20.

[428] A aplicabilidade do texto é requisito para o surgimento da norma. Em sendo o texto aplicável, a norma pode surgir em cada caso concreto, sua eficácia dependendo apenas da vontade de Constituição e das condicionantes a seguir demonstradas.

constitucionais meramente simbólicas refere-se à elaboração dos dispositivos e não à aplicação dos mesmos e à eficácia das normas.

Não é outro o entendimento do próprio Konrad Hesse, para quem o ótimo desenvolvimento da força normativa depende sobretudo de sua práxis, ou seja, subordina-se à existência da "vontade de Constituição" por parte das instituições responsáveis por sua aplicação.[429]

No fenômeno da aplicação concreta a eficácia da norma pode ser questionada (como veremos a seguir, nos condicionantes da eficácia normativa) e não previamente, *a priori,* segundo as expressões literais do texto constitucional. Se a norma se dirige à realidade, é só no confronto com essa que a sua eficácia pode sofrer condicionantes.

O problema do *surgimento* da norma se refere à aplicação do texto, porque por mais que não haja correspondência biunívoca entre ambos (e assim pode existir norma sem texto), o texto pode condicionar o surgimento de algumas normas, impossibilitando, assim, a discussão sobre a sua eficácia.

Haja vista o quanto exposto acima, pela vontade de constituição todas as normas constitucionais que surgem (através do seu texto expresso ou implícito) são plenamente eficazes, pois se dirigem diretamente à situação de fato a regrar. A vontade de constituição decorre da força normativa, da tendência a regrar a natureza singular do presente e coloca o problema da eficácia das normas constitucionais fora do âmbito do Poder Legislativo e, assim, independente de uma intenção simbólica, execrável em função da moralidade democrática, do legislador.

O problema da eficácia das normas se coloca, pois, nas esferas aplicadoras do Direito: no âmbito do Executivo (continuidade e busca do bem comum) e do Judiciário (princípio da demanda e inafastabilidade da jurisdição). Isso, seja qual for a natureza do conteúdo do *relato:* se político, econômico ou financeiro.

Apenas essa a forma de se pensar a força normativa da Constituição como reação a um suposto 'princípio da inércia social', pelo qual as instituições em um Estado tendem sempre a manter o *status quo*: a responsabilidade da eficácia constitucional se encontra nos executores e não nos legisladores, salvo nos casos de dependência a instrumento formal legislativo, como na hipótese de regulamentação e operacionalização.

Não é outro o entendimento de Virgílio Afonso da Silva que, a par do ensinamento de Tércio Sampaio e sobre os elementos normativos os quais subordinam a eficácia técnica das normas, opina:

> Esses elementos normativos que possibilitam a produção de efeitos de uma disposição constitucional podem ser de várias ordens. Pode ser desde a simples elaboração de legislação infraconstitucional até a estruturação de órgãos e instituições. O decisivo nesse ponto, é: ao contrário do que afirma José Afonso da Silva, *não existe norma*

[429] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991*,* p. 22-23.

> *constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição*. [grifos no original] [430]

Isso pode ser demonstrado pela evidente necessidade de se ter instrumentos legislativos que operacionalizem o devido processo legal, direito de propriedade e função social, liberdade de locomoção (principalmente no que tange à sua limitação), o acesso à jurisdição, como as leis sobre mandando de segurança, ACP, Estatuto da Advocacia, da Magistratura, e assim por diante.

### 5.2.2. LIMITAÇÕES FÁTICAS DE RELEVO

Um dos condicionantes da eficácia das normas é o relacionado às *limitações fáticas de relevo*, evidenciadas também no momento da aplicação e sob o auspício das máximas da proporcionalidade da adequação e da necessidade.[431] As limitações fáticas de relevo estariam em um momento posterior à ponderação e superação de antinomias: seriam afeitas à análise de possibilidade fática do cumprimento da norma individual pelo ente questionado judicialmente.

O pensamento de Karl Larenz é semelhante ao aqui esposado, quando afirma a derivação da consequência jurídica por intermédio da conclusão do silogismo de determinação da consequência jurídica (Para o caso P, deve vigorar a consequência C; o fato S é uma das hipóteses de P; Para o fato S, vigora a consequência C).[432]

A conclusão (Para S, vigora C) é a premissa maior, sendo que a premissa menor está assentada em um juízo, que por sua vez funda-se num saber técnico e em experiências sociais (Para alcançar a consequência C, é necessária a medida concreta M). A conclusão final é a *consequência jurídica concreta* a que S está obrigado.

Desse modo, observa-se que para a solução definitiva do caso concreto requerem-se indagações ulteriores, de variado porte. O silogismo de determinação da consequência jurídica é apenas, nesse diapasão, um resultado provisório que deverá ser ulteriormente preenchido. Nesse passo, essas indagações ulteriores se referem ao condicionante fático de relevo. Indaga-se qual a medida apropriada ao caso, o que de qualquer forma condiciona a eficácia material da norma a ser aplicada, como a dizer: '*a norma x, nessas hipóteses, apenas pode ser cumprida sob determinada forma'*. É um problema, como visto, de eficácia.

---

[430] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230.
[431] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-120.
[432] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005., p. 379-390.

Assim, também se vislumbra que o uso do postulado da proporcionalidade é fundamental para a determinação da eficácia normativa: através do seu uso são traçadas regras gerais de aplicação, tolhendo parte da eficácia de algumas normas em certos casos, com o fito de obter primazia de eficácia de outras, justificadamente.

O afastamento da eficácia de uma norma se assemelha ao processo de delineamento de competência tributária. Por ele, as imunidades tributárias seriam exclusão de competência, *regras de incompetência em certos casos*, que ajudam a conformar a competência estatal na tributação. "A parcela de poder do Estado para instituir tributos é resultado do poder que lhe atribui menos o poder que lhe é subtraído, nos termos da Constituição." [433]

O mesmo pensamento se aplica ao se afastar em um caso a aplicação de uma norma em certo caso, pois é feita *regra de ineficácia* da mesma em relação a determinados fatos (regra de precedência de Alexy), o que ajuda a delinear a *eficácia geral* da norma em consideração.

Konrad Hesse, por sua vez, refere-se às condições de aplicação, as quais podem ser naturais, técnicas, econômicas ou sociais.[434] Talvez nesse passo que a interação 'constituição – realidade' possa ser enxergada com maior nitidez, visto que, inegavelmente, há condicionantes fáticas da eficácia das normas constitucionais.

O problema se põe mais largamente no caso da querela judicial sobre as prestações positivas do Estado, no âmbito individual e coletivo. A Constituição Federal de 1988 absorveu em seu texto, por razões diversas, opções políticas, concernentes à obtenção de um estado de coisas ideal.

Assim, previu deveres do Estado Democrático de Direito com relação à educação, seguridade social, proteção à família, a crianças, adolescentes e idosos e manutenção e resguardo (através das garantias) das instituições defensoras de direitos.

Nesse sentido, as normas que estatuem direito a uma atuação positiva do Estado são uma realidade, no sentido de possíveis a partir da interpretação dos textos constitucionais (como, por exemplo, o direito à saúde, pelos artigos 6º, 23, II, art. 30, VII, art. 34, VII, *e*, art. 167, IV, art. 194 e notadamente o art. 196).

Note-se que, no caso do direito à saúde, a própria Constituição já indica as formas de obtenção de recursos públicos (repartição e vinculação de receitas de impostos – 167, IV) e prescreve os gastos de certa forma (art. 194, parágrafo único e incisos).

Como visto, porém, a eficácia da norma que institui o direito à saúde e *in abstrato* obriga o Estado a obter e despender receita depende da vontade de Constituição. O administrador público

---

[433] ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, nº. 3, jun/2001, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008, p. 09.
[434] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

deve ter tal vontade com o fito de sanar problemas relativos à saúde no âmbito de sua administração.

Para tanto, o primeiro meio é o planejamento orçamentário (art. 165 e, no caso específico da saúde, 167, VII, ambos da CF/88), que será posto à aprovação do Legislativo. Os legisladores, por sua vez, com *vontade de constituição,* aprovarão a lei do Orçamento caso ela contenha as necessidades públicas determinadas constitucionalmente (não todas, dado ser impossível, mas todas as necessidades tiverem respaldo constitucional).

O ciclo termina com a atuação do chefe do Poder Executivo que, a par de uma lei do Orçamento dotada de despesas voltadas à satisfação das necessidades constitucionais, com *vontade de constituição*, executará o Orçamento conforme os seus ditames, interpretando-a (art. 194, em relação à saúde). Por outro lado, o juiz, instado a se manifestar frente a omissão ou má execução de uma dotação orçamentária referente à saúde, com *vontade de constituição* determinará o cumprimento do quanto disposto constitucionalmente.

Mas, nesse passo, o magistrado encontrar-se-á frente a um *caso difícil*, não porque deve escolher entre ativismo e inércia judicial, mas porque a eficácia da norma constitucional que prevê o direito à saúde depende, sobretudo, de recursos financeiros. E isso se aplica a todos os direitos constitucionais, em maior ou menor medida, uma vez que todos os direitos têm um custo, até as liberdades, de modo que o simples *aparato de proteção* tem um custo.[435] A possibilidade financeira do destinatário do dever constitucional, portanto, constitui uma limitação fática de relevo.

Assim, a possibilidade de escolher uma medida judicial que imponha ao ente federativo o dispêndio específico que supostamente atenda o direito à saúde depende fundamentalmente de dois requisitos: a) previsão em lei orçamentária; b) possibilidade econômica estatal.

*Sub a*, as normas constitucionais possíveis que imponham dispêndio estatal possuem eficácia primeiramente quando levadas em conta pelo Administrador, na seleção das prioridades locais atinentes à distribuição dos bens da vida.

Depois, votadas pelo legislativo em sede de lei orçamentária. Veja-se que a eficácia da norma (interpretada por ambos os órgãos democráticos) se dirige ao Orçamento Público, já que o mesmo subsidia os atos do Estado-administração. Aqui o teor de que o cumprimento de normas constitucionais depende de atuação dos órgãos públicos (eficácia *técnica*, a depender da estruturação de órgãos e meios materiais dos entes públicos, como querem Tércio Sampaio e Virgílio Afonso da Silva).

---

[435] HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 60-61. No mesmo sentido, GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 209.

Logo, se houver vontade de constituição, as normas serão respeitadas por tais órgãos no Orçamento e na sua execução. Ressalte-se, porém, que as necessidades não podem ser satisfeitas de uma só vez, dada a sua impossibilidade. Por isso, o administrador perfaz a escolhas orçamentárias (escolha das necessidades a serem satisfeitas em determinado período). Isso gera consequência para a própria a eficácia de normas que determinam dispêndio estatal: *há subordinação daquela à previsão orçamentária*, visto que as necessidades que não forem escolhidas possuem, naquele período e de certo modo, eficácia suspensa.

*Sub b,* poderiam falar em reserva do possível, mas desde já se ressalta que não é o caso. O problema da teoria da reserva do possível, aliás, é complexo para ser investigado satisfatoriamente nesse estudo, porém pode ser dito que ele vem sendo mal compreendido.

Isso porque a reserva do possível não é sinônimo de discricionariedade administrativa, nem dela decorre diretamente. Também não é um argumento que se usa apenas para impossibilitar a execução de determinada despesa orçamentária, mas, pelo contrário e mais amplamente, corroborar com a sua execução nos termos fixados inicialmente em sede de lei orçamentária.

O que se quer dizer com *possibilidade econômica estatal* em verdade é uma presunção de que o Estado, frente a uma despesa orçamentária não cumprida, possui o ativo financeiro, salvo a prova de que o montante foi realocado e utilizado em outra despesa.

Assim, o ente estatal não poderia se imiscuir do seu cumprimento sem qualquer justificação e sem prova de que o mesmo é impossível por falta de verbas. Verbas não gastas e não realocadas são verbas disponíveis. Tratar-se-ia de omissão infundada, nos termos de Virgílio Afonso, porque sem fundamentação jurídico-constitucional para a inação naquele caso: se o planejamento orçamentário (impositivo constitucional ao ente federado) já perfez a uma escolha do catálogo constitucional de direitos, sob a constituição a rubrica deve ser cumprida, salvo por outra argumentação sobre a situação de fato, a alterar a ordem das coisas.

Em vista do exposto, a eficácia da norma constitucional depende da *proporcionalidade da medida concreta* (análise das limitações fáticas em geral) e, notadamente nas normas constitucionais que instituem direitos positivos, da *previsão orçamentária* e da *inexistência de realocação de receita a outro fundo ou despesa* (análise das limitações fáticas financeiras). Satisfeitos esses requisitos, a eficácia é plena e não pode ser insatisfeito o cumprimento da norma.

A classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, portanto, ganha nova perspectiva a partir de pressupostos teóricos da hermenêutica filosófica e da teoria dos princípios. Primeiramente, uma tipologia *a priori* não se revela possível, pois a qualificação da produção de efeitos por uma norma, longe de depender apenas de referências textuais no plano sintático de um documento jurídico, depende da atuação dos entes públicos competentes para realizá-la.

Secundariamente, se uma tipologia da eficácia semântica e pragmática constitucional pode ser feita, a única seria a classificação proposta, como rol de possíveis condicionantes atinentes à

aplicação, os quais, por si ou conjuntamente, acabam por subordinar a eficácia das normas constitucionais a depender: (1) da maior ou menor necessidade de operacionalização; (2) dos obstáculos argumentativos quando da ponderação dos princípios ou superação das regras; (3) dos condicionantes fáticos de relevo (incluindo-se a proporcionalidade das medidas adotadas e a possibilidade financeira do destinatário normativo).

Vale lembrar que uma tipologia da *eficácia sintática* é deveras interessante para ser afastada: as funções eficaciais possibilitam a interação entre as normas, na busca por sentidos mais unívocos, conforme a situação hermenêutica do intérprete. A eficácia sintática nesse sentido, o que não subjaz a subordinação da eficácia à existência de outros documentos jurídicos, mas parte notadamente da interação entre as normas quando da interpretação na primeira fase aplicativa – conjectura de sentido, será analisada oportunamente.[436]

A diferença entre direitos *prima facie* e direitos definitivos, consequente da teoria dos princípios de Robert Alexy, talvez seja o ponto fulcral para a conclusão acima. Merece destaque também a divisão das dimensões dos direitos fundamentais, a partir da simples mas ignorada noção de que todos os direitos possuem dimensões positivas e negativas, bem como subjetivas e objetivas e que, enfim, geram custos aos entes competentes.[437]

Necessário dizer que somente o ônus argumentativo de se colacionar a existência de alguma das condicionantes acima pode levar ao não cumprimento pelo Estado dos direitos em suas dimensões positivas, sejam liberdades públicas ou direitos sociais. Assim, constitui condição para a atuação ilibada dos entes públicos nessa seara.

Os casos de *omissão infundada*[438], pois, devem ser extirpados. A análise da fundamentação constitucional dos atos restringentes das normas constitucionais (verificadas pelo intérprete) requer, no entanto, um diálogo entre os três poderes, aqui já referido. A teoria rija da separação clássica deve, pois, ser repensada.[439] A primeira base foi traçada, a partir do processo de eficácia das normas constitucionais, o qual requer atuação conjunta dos três Poderes, haja vista a necessidade de *vontade de constituição* dos aplicadores.

A segunda base revela-se na instituição de *regras de precedência* entre as normas constitucionais, as quais devem direcionar a interpretação dos Poderes da República, ao tempo em que otimizam a discussão sobre a eficácia das normas programáticas conforme as inovações da teoria dos princípios e conforme a basilaridade das opções constitucionais.

---

[436] Assim é que a classificação de Tércio Sampaio é aqui estudada quando das normas programáticas e a de Humberto Ávila em tópico separado sobre as funções eficaciais dos princípios e regras, como critérios à atuação judicial. Conforme, respectivamente, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* técnica, decisão dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, 199-202; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97-112.

[437] Tais temas serão invocados adiante, na discussão sobre uma revisão da teoria dos três poderes.

[438] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

[439] Idem, p. 251.

O pressuposto teórico é a equivalência de certas normas programáticas a direitos fundamentais, o que será aprofundado no item seguinte.

## 5.3. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E AS NECESSIDADES PÚBLICAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS PRÉ-DETERMINADAS

Delimitado o âmbito do princípio do planejamento orçamentário, da sobrejacência e dos princípios e regras subjacentes a nível constitucional (cap. 1 e 2), bem como a natureza hermenêutica da elaboração do Orçamento (cap. 3), além da interpretação das normas constitucionais, trata-se de teorizar sobre a aplicação do planejamento orçamentário, na consideração da escassez de recursos, pela qual se interpreta a necessidade de processos de eleição de prioridades por meio do Orçamento.

Saber como deve ser aplicado o orçamento público é deveras importante para a conformação do diálogo constitucional entre os três Poderes no cumprimento dos direitos prestacionais. O aspecto teleológico do princípio do planejamento orçamentário, por isso, foi posicionado no ínterim da discussão sobre o controle do Poder Judiciário, pois oferece a perspectiva orçamentária a de cumprir direitos fundamentais. Nesse passo torna-se imprescindível para a análise do possível controle judicial no tocante à concretização de tais direitos.

Foi visto que o orçamento apenas começou a realmente ter valor coativo quando do movimento constitucionalista, e que inicialmente tinha a função de autorizar a instituição de tributos e apenas verificar despesas e receitas do governo.

Mas não foi apenas o objeto da norma orçamentária constitucional o aspecto do Orçamento alterado através do tempo. O modo e o objetivo pelos quais essa norma passou a ser encarada pelo ordenamento e pelos aplicadores acompanha um importante fenômeno teórico, iniciado com a tese de relatividade de Einstein: a *virada hermenêutica*. Antes dela, o normativismo impôs a concepção de orçamento público, tendo no Brasil Alfredo Augusto Becker como seu grande divulgador.

Há o risco teórico e prático em recepcionar acriticamente as teorias alheias, aplicando em solo brasileiro as concepções de orçamento surgidas em sede de sistemas de governo, formas de Estado e ordenamentos jurídicos bem diversos, ingressando-se o ordenamento pátrio em círculo vicioso o qual leva à inaplicabilidade do objetivo do planejamento orçamentário.

Os conceitos constitucionais precisam ser reinterpretados de maneira adaptada às circunstâncias de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige sensibilidade.[440]

Desde a primeira manifestação do fenômeno orçamentário, tem-se quase duzentos anos e inúmeras culturas influenciadoras e influenciadas, principalmente as do Velho e Novo Mundo, no sentido do primeiro para o segundo. Mas se impõem duas análises acerca de tal *importação.*

Primeiramente, se o instituto jurídico surgido a partir de ordenamento estrangeiro aplica-se no ordenamento pátrio sem impossibilitar o cumprimento de uma determinada conduta normatizada (regra) ou frustrar qualquer estado de coisas a ser buscado pelo ordenamento, coativamente (princípio).

Secundariamente, necessário investigar se o referido instituto cumpre melhor os objetivos do ordenamento (análise de proporcionalidade entre as medidas já contidas em nosso ordenamento e adequadas e a medida importada) quando da comparação com outros institutos já existentes.

Conforme a análise da matriz constitucional sobre a imposição de um orçamento público a servir como pressuposto da atividade administrativa, é de se ter em conta a necessidade premente do planejamento do gasto público, o que está aliado necessariamente à questão da escassez de recursos.

Dentre todas as necessidades humanas, as Constituições, segundo motivações diversas, optaram por certas necessidades mais urgentes, afiliando-se ao movimento pela efetividade dos Direitos Humanos. Assim, os constitucionalistas envidaram por indicar quais seriam os deveres do Estado, quais fins esse deveria buscar de modo prioritário.

Inegável é que todo direito custa algo aos cofres públicos. A manutenção da propriedade privada pressupõe a manutenção dos órgãos de registro público, a segurança pública contra o esbulho e a turbação, bem como o aparelhamento judicial para preveni-los ou corrigi-los. Do mesmo modo o exemplo da liberdade de expressão, como demonstrado por Daniel Sarmento, a respeito da concepção do Tribunal Constitucional Alemão da dimensão objetiva dos direitos:

> [...] os direitos fundamentais não só limitam, mas também devem impulsionar e orientar a ação de todos os poderes do Estado. Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.[441]

A assunção de que os recursos são escassos dirige a orientação para a necessidade de eleição das necessidades que serão satisfeitas prioritariamente a outras, mesmo em se tratando de liberdades públicas. É precisamente esse o ofício do Orçamento Público (nas três leis, em ordem de especificação), em sede de finanças estatais e satisfação das necessidades públicas.

---

[440] KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 54.

[441] SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado. In: *Diálogo Jurídico*, nº. 16, mai-ago/2007, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008, p. 13.

Por seu turno, que a eleição das necessidades a serem satisfeitas por determinado governo é de natureza política, não há a menor dúvida. A avaliação das necessidades por que passam os governados e quais devem ser postas como prioridades, seja pela emergência de cada uma delas, seja pelas posições políticas adotadas, é de evidente primazia dos poderes legitimados diretamente pela via democrática.

O primeiro mediador do fenômeno de cumprimento dos deveres constitucionais é a Administração Pública. Após, o Poder Legislativo referenda e altera a proposta orçamentária, que segue para sanção do Chefe do Estado. Orçamento *misto*, pois.

É preciso salientar, contudo, que esse fenômeno requer o esclarecimento de dois pontos: a) a *interpretação racional* é processo fundamental para a eleição das prioridades; b) *prioridades constitucionais* já foram sinalizadas pela Constituição Federal de 1988, acompanhando tendências de intervenção estatal na economia e de aumento de investimentos estatais por meio de orçamentos-programa, desde a Constituição de 1946, a Lei 4.320/64, a Constituição de 1967 e a Lei Complementar nº 03/67.

A interpretação racional não pode olvidar do momento aplicativo da compreensão da realidade linguística. Por isso, requer o uso contínuo de postulados hermenêuticos e normativo-aplicativos por todos os representantes dos Poderes da República, seja da realidade fática dos governados (o que eles precisam), seja das possibilidades do aparato administrativo para fazer jus a finalidades públicas (o que o Estado pode), seja do próprio significado das escolhas constitucionais (hermenêutica constitucional).

A eleição constitucional de prioridades, por seu turno, leva à classificação *prima facie* das necessidades públicas, de modo que abstratamente algumas necessidades são mais importantes que outras (as constitucionais são mais importantes que as que não são aferíveis do texto constitucionais).

De outro lado, possível realizar uma classificação das próprias necessidades públicas constitucionais, de modo a servir de suporte ao processo interpretativo que deve ser feito pelos Administradores e Legisladores quando desejam movimentar o Estado – o que, pela regra da necessidade orçamentária (art. 165, §6º, CF/88), tal deve ser feito através da elaboração do Orçamento Público – e pelos magistrados e cidadãos quando realizarem qualquer tipo de controle que se refira à atividade pública.

O fenômeno orçamentário requer a aplicação da racionalidade na sua interpretação/aplicação, além da assunção de que, pelo aspecto teleológico, deve respeitar decisões constitucionais, albergando as opções políticas ali proclamadas como pontos de partida, até porque elas mesmas são interpretação institucionalizada com carga argumentativa maior (ou seja, requer, para ser superada, um ônus argumentativo mais profundo).

"Na medida em que o legislador constituinte tenha tomado decisões na forma de regras, elas são vinculantes a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra essa vinculação."[442]

Impinge saber quais são essas decisões constitucionais, com o fito de caracterizar melhor o caráter teleológico da norma constitucional do planejamento orçamentário de natureza dupla, como exposto no capítulo 2. Tarefa impingida ao próximo item.

### 5.3.1. O QUE DEVE SER PRIORIZADO NO ÂMBITO TELEOLÓGICO DO ORÇAMENTO: A CLASSIFICAÇÃO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS

No diapasão da teoria dos princípios sobre os modos de aplicação das normas constitucionais, ressalte-se a importância do elenco das necessidades públicas determinadas constitucionalmente.

Tal elenco revela-se como instituição de *regras de prevalência* a certos princípios e regras sobre necessidades públicas, sendo importante aspecto a fim de se influenciar a determinação das despesas a serem perpetradas pelo Poder Público através dos atos administrativos e na própria legitimidade da dotação orçamentária (e do seu gasto respectivo), a depender da *força constitucional* da dotação, conceito a ser mais explorado adiante.

Princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Essa última circunstância significa, segundo Alexy, que eles exigem "a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direito individuais."[443]

Essa preocupação concerne à caracterização das necessidades públicas como possíveis conteúdos dos princípios constitucionais que resguardam os direitos fundamentais, uma vez que a perspectiva não é a *fruição individual* dos benefícios proporcionados pelas políticas públicas.

A questão é aclarada quando se analisam as classificações de direitos fundamentais, nas dimensões ou pretensões positivas ou negativas, subjetivas ou objetivas, bem como as *posições jurídicas* em jogo.

---

[442] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 554.
[443] Idem, p. 115.

A análise se aguda em importância quando o pesquisador se debruça sobre a questão da satisfação das necessidades públicas pelo Estado, na infringência das obrigações pré-determinadas pela Constituição aos poderes públicos.

Obrigações pré-determinadas constitucionalmente podem ter origem no processo histórico do *neoconstitucionalismo*, como quer Ana Paula de Barcellos, pelo que se transmudou a Constituição de um caráter essencialmente político para um contexto de norma jurídica suprema, como documento imperativo, dotado de normatividade, superioridade e centralidade. [444]

Mas também pode ser dito que a visão de Constituição como norma fundamental vem desde a teoria de Hans Kelsen, a fundamentar o controle concentrado de constitucionalidade a partir da sua instituição, na Constituição da Áustria.[445]

De qualquer modo, existem *obrigações constitucionais do Estado*, a requerem todas um custo. Isso leva à previsão e a execução de dotações orçamentárias específicas, necessárias a todo instrumento orçamentário, sob pena de inconstitucionalidade, porque, como se observou acima, o Orçamento é o *Estado em movimento*.

Mas dessas elucubrações se pressupõe algo pouco revisitado em sede de caráter teleológico do Orçamento: a existência de opções constitucionais e de outras, não constitucionais. Em princípio, não há proibição constitucional relativa a constar no Orçamento opções políticas que não estejam institucionalizadas na Constituição. Por isso se diz que a opção das necessidades públicas que serão satisfeitas é uma *questão política*.

Mas de outro lado, inquestionável a preferência de determinadas necessidades a serem satisfeitas, em prejuízo de outras a) *constitucionais*, mas preteridas; b) *não constitucionais*, por serem previstas na legislação*;* c) *inconstitucionais,* não podendo *constar como dotações*, por falta de razoabilidade (como a compra de tapetes persas para decoração do Salão nobre de um Tribunal), ou por falta de predominância de caráter público (como os casos da famigerada *publicidade institucional* e dos nepotismos no Senado Federal).

Como exemplo de dotação inconstitucional, pode-se indicar qualquer dotação referente a itens supérfluos de extremado valor, como a compra de quatro tapetes persas que custam R$ 48.650 (quarenta e oito mil e seiscentos e cinquenta reais). À época (dezembro de 2008), o Tribunal de Justiça da Bahia foi proibido pelo Conselho Nacional de Justiça a efetuar a compra, que a licitação exigia que os tapetes fossem fabricados no Irã, Índia e norte da Turquia em pura lã, destinados a ficar na Assessoria de Relações Públicas e Cerimonial do TJ-BA.[446]

---

[444] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In:* Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007, p. 02.

[445] CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade.* 2ª Ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 74.

[446] Portal eletrônico JusBrasil. *TJ-BA proibido de comprar tapetes*. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/ >. Acesso em 17/09/2009.

O ministro Gilson Dipp, Corregedor Nacional de Justiça, na oportunidade oficiou a proibição, relatando que a Justiça baiana passava por dificuldades como *falta de máquina copiadora* no Fórum Ruy Barbosa, *falta de verbas e veículos* que viabilizem o cumprimento de decisões em cidades do interior da Bahia e *acúmulo de processos*, além de *falta de espaço para atendimento e deficiência no treinamento de pessoal*. As falhas tinham sido verificadas em inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no Judiciário baiano.[447]

No citado ofício, o ministro assim se manifestou:

> Parece-nos que a gravidade da situação ainda não foi compreendida em toda a sua extensão pelos gestores daquele Tribunal [...]. A licitação [...] tem por finalidade a aquisição de bens que *não são essenciais* e *tampouco atendem ao interesse público* constatado *in loco*, já que a despesa de capital dela decorrente poderia ser remanejada para a aquisição de bens que melhor servirão à boa prestação dos serviços. [grifos nossos][448]

Desta feita, demonstra-se importante a proposta de uma regra de precedência dos princípios constitucionais referentes a necessidades públicas, as quais devem ser compatibilizadas nas leis orçamentárias, regra a qual deva se basear em critérios como a essencialidade (basilaridade) e atendimento ao interesse público, como claramente se reporta a decisão acima referida.

Lembre-se que a situação na qual "[...] uma das duas alternativas tenha de ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame de necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento [...]."[449] Por isso que uma fundamentação das necessidades públicas se faz necessária.

No campo das necessidades públicas tais regras devem levar ao que seja um conjunto de *prioridades constitucionais*.

Necessário ter em conta que quando se tem que passar do *espaçoso mundo ideal* dos princípios ao estreito *mundo do dever-ser definitivo ou real*, as colisões, tensões ou antinomias são inevitáveis: "nesse ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência."[450] É justamente isso o que se pretende a seguir, através das relações de preferência entre necessidades públicas a serem satisfeitas através de políticas planejadas.

De todo modo, uma proposta desse teor deve seguir o acautelamento de Robert Alexy:

> Já é questionável se uma única pessoa consegue indicar os valores concretos que, segundo seu modo de ver, podem ser relevantes para o julgar e o decidir no âmbito dos

---

[447] Cf. Portal eletrônico JusBrasil. *TJ-BA proibido de comprar tapetes*. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/ >. Acesso em 17/09/2009.

[448] Portal eletrônico JusBrasil. *TJ-BA proibido de comprar tapetes*. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/ >. Acesso em 17/09/2009.

[449] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

[450] Idem, p. 139.

> direitos fundamentais. Um catálogo completo, acerca do qual todos estejam de acordo, seria praticamente impossível de estabelecer. [451]

Trata-se de engendrar um catálogo incompleto, até porque "[...] Se não é possível estabelecer um catálogo exaustivo, é, então, ordenar algo conhecido de maneira apenas incompleta."[452] Isso quer dizer que o próprio conceito de *princípio* é incompleto: ele vai se aprimorando conforme as colisões existirem, resolvidas pela *lei de colisão*, em que surge uma regra impondo cláusulas de restrição em certas condições fáticas.

Aliás, já se sabe sobre a impossibilidade de se envidar por um *conhecimento completo* sobre algo, porque conforme o processo de compreensão do espiral hermenêutico, a completude nunca é alcançada: apenas se somam as perspectivas na contribuição de um conhecimento sobre algo cada vez mais aberto e multidisciplinar.

De outro lado, além da assunção de um rol incompleto, a ordenação deve ser *flexível*, contrapondo-se à pretensão de um rol rígido ou absoluto: "[...] é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais."[453]

Uma ordenação *absoluta* trabalha contra o próprio conceito de *princípio*, conforme alerta Alexy*: "*Na medida em que se aceita uma relação absoluta de precedência entre dois valores, esses são equiparados à regras naquilo que diz respeito ao seu comportamento em caso de colisão."[454]

Ao revés, uma ordenação flexível ou relativa é consentânea com o conceito de princípio e, ademais, com a forma de se restringir ou alcançar as regras de precedência dos casos concretos, o sopesamento: "A impossibilidade de uma tal ordenação "rígida" não implica a impossibilidade de uma ordenação "flexível" e, sobretudo, não diz nada contra o conceito do sopesamento."[455]

Diz Robert Alexy, ademais, que ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: "(1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências."[456]

Assim é que uma ordenação flexível dos valores (princípios) constitucionalmente relevantes por meio de (1) é obtida, "por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos."[457]

Uma ordenação flexível sobre preferências a partir de (2), por outro lado, "é obtida por meio da jurisprudência do tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento [...]". [458]

---

[451] Idem, p. 159.
[452] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159.
[453] Idem, p. 162.
[454] Idem, p. 161.
[455] Idem, p. 162-163
[456] Idem, p. 163.
[457] Idem, p. 163.

Sopesamento está relacionado à fundamentação racional, dado que as colisões entre princípios devem ser resolvidas por meio da definição de uma relação de precedências condicionadas. Sopesamento é um enunciado de precedência condicionada.[459]

Estar intimamente ligada à ideia de sopesamento, então, significa que a ordenação flexível *prima facie* ou por meio de decisões judiciais se dá como *resultado de um sopesamento*, isto é, com a construção de regras de precedência de um conjunto de princípios sobre outros, a partir de uma argumentação racional, qual seja, "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro."[460]

Segundo essa *lei de sopesamento*, "a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro." O que, ademais, decorre do próprio conceito de princípio e seu modo de aplicação peculiar.[461]

O sopesamento a ser feito em sede caráter teleológico do Orçamento, deve levar em conta a pressuposição de uma carga argumentativa em favor de interesse coletivos, porque se enfrenta o problema sob a ótica do que *deve ser* estampado no Orçamento Público, haja vista de que esse traduz a movimentação do Estado na busca do interesse público. Portanto, afasta-se a precedência, *a priori*, de interesses privados.

Nesse sentido, e como se aprofundará adiante, as dotações (reflexo orçamentário das necessidades constitucionais) podem ser de dois matizes, conforme a força normativa em que se baseiam: podem ter força normativa derivada da Constituição, quando serão *dotações com força constitucional;* ou força normativa derivada dos demais atos normativos, quais sejam, *dotações subordinadas*.

As dotações com força constitucional preferem às que não tem essa força, ou seja, não são interpretáveis da Constituição como normas de deveres estatais objetivos. O problema é que há muitas dotações que por via indireta são constitucionais, muito embora não tenham a mesma *força* que outras.

Disso resulta a necessidade de uma regra de preferência *a priori* sobre quais necessidades constitucionais devem ser consideradas prioritárias em relação a outras, também constitucionais.

A proposta de uma classificação *prima facie* de necessidades públicas aqui explorada leva em consideração a incompletude e a flexibilidade, sendo predominantemente obtida por meio de preferências *prima facie* em favor dos princípios constitucionais que estampem interesses coletivos.

---

[458] Idem, p. 163.
[459] Idem, p. 165.
[460] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.
[461] Idem, p. 167.

A primeira regra de preferência, então, pode ser denominada de *precedência externa*, porque relaciona as necessidades constitucionais com necessidades não-constitucionais. A segunda, *regra de precedência interna*, porque relaciona as necessidades públicas constitucionais entre si.

Primeiramente, no entanto, deve-se entender que a interpretação da Constituição leva à instauração de relações jurídicas. Há de se ter em conta a especificidade da relação jurídica formada entre Estado e governados, no que toca à questão das necessidades públicas, o que leva à obrigação de discorrer sobre a dinâmica entre *relações jurídicas*, *situações* e *posições jurídicas* e, após, sobre *direitos fundamentais*.

## 5.3.2 NECESSIDADES PÚBLICAS COMO PRETENSÕES OBJETIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 5.3.2.1 SITUAÇÕES E RELAÇÕES JURÍDICAS

Segundo Marcos Bernardes de Mello, 'situação jurídica' é termo plurívoco, que pode ser entendido em duas acepções: em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais. "Define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico". Aqui, "relação jurídica constitui espécie, a mais importante, do gênero situação jurídica."[462]

> [...] a simples entrada do fato jurídico no mundo jurídico faz com que ocorram alterações não somente no plano da existência, mas, também, no plano da eficácia, trazendo, como resultado, ao menos, o surgimento, concomitantemente, de situações jurídicas *lato sensu*, porque não há, nem pode haver, fato jurídico completamente ineficaz.[463]

Pelo sentido estrito, de outro lado, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma *relação jurídica*, ou, mesmo que esse se concretize, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, de *situação jurídica*, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica. Aqui, "situação e relação jurídica são espécies diferentes de eficácia jurídica."[464]

---

[462] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.
[463] Idem, p. 85.
[464] Idem, p. 85.

O autor parte da ideia de que "em geral, de fatos jurídicos resultam relações jurídicas, aos quais, para existir, têm como pressupostos essenciais, ao menos, a vinculação de dois sujeitos de direitos [...]".[465] Observa que

> [...] examinado, com acuidade, o fenômeno jurídico, constata-se que o mundo jurídico é definido pelas normas jurídicas, construído pelos fatos jurídicos e integrado pelas relações jurídicas. Norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica são, portanto, conceitos essenciais da juridicidade.[466]

Afirma o autor que a eficácia dos fatos jurídicos supõe necessariamente reflexos relacionais, de modo que toda manifestação eficacial configura uma relação jurídica, não havendo, em princípio, outras espécies eficaciais senão as produzidas no bojo de *relações jurídicas*.

Mas há possibilidade de eficácia em termos de situação jurídica, como no caso da "eficácia mínima" (eficácia diferente da normal e final de um fato), como a situação de vinculatividade do testador às disposições testamentárias, antes de sua morte, os negócios nulos (presume-se boa-fé de terceiro, e, por outro lado, a sanção) ou sob condição suspensiva.

Outro caso é a eficácia que cria efeito, temporariamente, a uma única esfera jurídica, a exemplo da vinculatividade à proposta formal de negócio jurídico em relação ao proponente, antes de manifestação do possível contratante. "outras situações em que a eficácia jurídica se refere, exclusivamente, apenas a uma esfera jurídica, sem envolver, imediata e diretamente, outra ou outras esferas jurídicas em vinculação de ônus e sujeição."[467] Como exemplo, as qualificações pessoais, como o estado civil, de idoneidade e sanidade, e a personalidade e capacidade jurídica.

São consideradas pelo autor como *posições unissubjetivas,* justo porque em si não geram obrigação de eventual outra parte, apenas o respeito como dever de todos, à sua situação (obrigação negativa, então, não caracteriza relação jurídica).

Assim, a situação jurídica simples (unissubjetiva) se caracteriza pela sua referibilidade, direta e imediata, a uma única esfera jurídica. Consiste em qualidades (são impositivas, pois direitos subjetivos constringem o respeito *erga omnes)* e qualificações jurídicas (estado fático ou decorrente de fatos jurídicos que não possuam direitos subjetivos que resguardem o seu respeito, porém é cabível tutela para o seu reconhecimento),[468] que servem de suporte fático de normas jurídicas (como o ser maior de idade para realizar negócio jurídico).

Já a situação jurídica complexa (intersubjetiva unilateral) é caracterizada pela inter-subjetividade necessária e pela eficácia limitada a uma só esfera jurídica. Difere da unissubjetiva porque resulta o envolvimento de mais de uma esfera jurídica, portanto, de mais de um sujeito de direito.

---

[465] Idem, p. 81.
[466] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.
[467] Idem, p. 82.
[468] Idem, p. 89-90.

> Em regra esse envolvimento gera uma *relação jurídica*, a qual irradia direitos e deveres correspectivos; quer dizer: ao direito que integra uma esfera jurídica corresponde um dever em outra esfera jurídica e vice-versa. [grifo nosso][469]

Porém a inter-subjetividade é apenas pressuposto para o fundamento racional de existência da própria situação jurídica: o fato jurídico se destina a produzir uma relação jurídica – intersubjetiva por definição – porém, em determinado momento a eficácia se refere apenas a uma esfera jurídica de atuação.

A *relação jurídica*, por sua vez, identifica-se pela 'correspectividade' de direitos e deveres,[470] indo além da "eficácia mínima" que se refere o autor no início da exposição.

De modo semelhante entende André Fontes, o qual entende a situação jurídica como consequência das normas atributivas de efeitos, enquanto que a relação jurídica é consequência das normas atributivas de dever.

Para o autor citado, a situação jurídica não tem a mesma dimensão conceitual da relação jurídica e somente é difundida de forma parcial e limitada. Explica que é o tipo das consequências simplesmente unilaterais, como a maioridade.[471]

André Fontes, como Marcos Bernardes de Mello, também encara as situações jurídicas como *unissubjetivas e plurissubjetivas*, mas de forma diferente. Enquanto que para ambos a situação jurídica unissubjetiva é aquela que diz respeito a uma esfera de atuação (de um indivíduo), para o primeiro as plurissubjetivas existem quando se cumula a mesma situação para a titularidade de uma ou mais pessoas (co-obrigado ou condômino).[472] Para André Fontes, as situações ainda podem ser *objetivas e subjetivas*. As primeiras

> [...] são aquelas imediatamente estabelecidas pela norma jurídica, e derivadas, geralmente, de um ato voluntário, atribuindo alguma condição de vantagem a alguém. Frequentemente comportam a possibilidade de renúncia e por vezes resultam simplesmente da mera aplicação da lei.[473]

Já a situação subjetiva é a que se encontra alguém por efeito da aplicação de uma norma jurídica. Podem ser *ativas e passivas*, pelo que *subjetiva ativa* compreende as situações de vantagem, como direito subjetivo e potestativo, faculdade, interesse legítimo e poder jurídico, enquanto que a subjetiva passiva é o estado de sujeição a tais posições ativas, qualquer situação de desvantagem.

Segundo ainda Torquato de Castro, a situação jurídica é a situação integrada por sujeito, objeto e posição de cada sujeito qualificada pela ordem jurídica. Na grande generalidade dos

---

[469] Idem, p. 165.
[470] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170-171.
[471] FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.
[472] Idem, p. 97.
[473] Idem, ibidem.

casos, a posição deferida pela ordem ao sujeito faz surgir um novo elemento: a relação intersubjetiva, a qual é determinada pelo objeto.[474]

> A posição jurídica é por excelência o vínculo normativo que define a situação de direito, enquanto constrói, de um si golpe, até quanto e até quando a pessoa se entende ser sujeito e até quanto e até quando a coisa, a qualificação social ou o ato humano podem constituir-se em objeto da ação normativa que configura a situação do direito.[475]

Entende Torquato de Castro Jr. a situação jurídica *uniposicional* do mesmo modo com que André Fontes entende a unissubjetiva (uma só esfera ou vários indivíduos em uma mesma posição). Explica, no entanto, que são dessa categoria as situações cujo objeto consiste numa qualificação da pessoa do sujeito a fim de individualizá-la, a exemplo da *personalidade jurídica: "*é a própria qualificação da personalidade que a norma confere ao sujeito," a qual varia em decorrência do tempo e espaço, a qualificação segundo o estado de família ou estado civil – "individualiza cada sujeito perante a ordem jurídica,"[476] e segundo a capacidade de agir (civil).

Esses últimos constituem títulos jurídicos para a participação em determinadas situações de direito, como a vocação hereditária, *status* protetivo como o poder familiar, tutela, curatela, podendo, igualmente, funcionar como condição deslegitimante: impedimentos matrimoniais e para testemunho.

Todas essas três situações jurídicas unipessoais ocorrem de direito instantaneamente, diante do fato jurídico que as lançam de imediato no mundo do direito e se ligam a um sujeito certo: são atributos da norma a sujeitos individuais.

Há também situações jurídicas que contém sujeitos diversamente posicionados, em posições jurídicas opostas, mas coordenadas à consecução do objeto único: institui-se, por lei, a obrigação jurídica, formando-se a relação jurídica intersubjetiva. O autor as chama de situações jurídicas relacionais.[477]

Decorre, por isso, que para Torquato Jr. a situação jurídica é gênero cujas espécies são situação unipessoal e situação relacional, pelo que afirma sempre possível haver redução, por decomposição analítica, a tais espécies.[478]

Para Robert Alexy, por fim, *posições* são características de titulares de algo que decorre das normas. Nesse sentido, normas são consideradas como qualificações de pessoas ou ações.[479] A qualificação de um sujeito é identificada por meio da norma, pelos operadores deônticos e um sujeito determinado. Mas não é apenas isso. "O interesse surge apenas quando não se trata mais de

---

[474] CASTRO, Torquato de. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 67-68.
[475] CASTRO, Torquato de. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 69.
[476] Idem, p. 71.
[477] Idem, p. 76-77.
[478] Idem, p. 85.
[479] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185.

características, mas de relações, que podem ser expressas por predicados diádicos, como '... tem direito a *G* em face de ...' ou por predicados triádicos, como '... tem em face de ... um direito a ...'."[480]

A posição se insere, assim, na descrição de uma relação jurídica. A *situação jurídica* é pouco explorada por Alexy, podendo-se inferir que situação é a descrição do resultado normativo: na *posição* do cidadão que tem direito à inviolabilidade, a situação seria a inviolabilidade do domicílio, ou seja, o bem resguardado pelo Direito referível ao sujeito.[481] Na *posição* complexa da propriedade, a *situação* seria a propriedade já constituída, a qual deve ser defendida se o sujeito é proprietário, isto é, se tem a *posição* jurídica de proprietário. Ao falar em situação, enleva-se o aspecto do direito de defesa à não-afetação, ou seja, direito (posição) a uma abstenção estatal em afetar uma situação jurídica já constituída.[482]

Robert Alexy, na análise analítica dos direitos fundamentais, discorre sobre as posições *direito a algo*, das *liberdades* e das *competências*, designadas genericamente como *direitos*.[483]

Os direitos a algo têm por característica essencial o caráter relacional. Um direito a algo dirige-se sempre contra alguém, e o objeto é sempre um fazer e uma abstenção.[484] No item seguinte serão colacionadas as subdivisões dos direitos a algo.

As *liberdades* são posições jurídicas geralmente decorrentes de permissões, que podem ser expostas como "É (juridicamente) permitido que *a* expresse sua opinião, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de expressar sua opinião."[485]

"Apoiando-se e apartando-se" do conceito de liberdade jurídica, Alexy ainda constrói um conceito de *liberdade fática*, o qual tem especial importância para as análises jurídicas, como conceito contraposto ao de liberdade jurídica: "(4) Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido."[486]

Já a *competência* é uma posição jurídica (já que depende de prescrição normativa), peculiar, pois significa a possibilidade institucionalizada de alterar situações jurídicas alheias.

A noção de Robert Alexy sobre competência baseia-se em duas ideias: na de *capacidade jurídica* de alteração de posições jurídicas e na de *institucionalização* do exercício dessa capacidade jurídica que altera posições.[487]

---

[480] Idem, p. 185.
[481] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199, inclusive nota de rodapé nº. 62.
[482] Idem, p. 199.
[483] Idem, p. 193.
[484] Idem, p. 193, nota de rodapé nº. 48. V. também p. 208.
[485] Idem, p. 226.
[486] Idem, p. 226.
[487] Idem, p. 239.

> Ações institucionais são ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais: elas pressupõem a existência de regras que lhe são constitutivas. [...] O contraponto a essas regras constitutivas, que criam a possibilidade de uma determinada ação, são as regras regulativas, que se referem a ações que são possíveis independentemente dessas mesmas regras.[488]

Assim, as ações que correspondem ao exercício da competência são institucionais, o seja, apenas tem sentido juridicamente enquanto as regras as constituem. Diferente são as ações que *correspondem* à descrição da regra, pois essas últimas são atos independentes da constituição via regra: um assassinato é apenas a descrição, e não *constituição,* "a qual foi escolhida para, por meio do estabelecimento de uma norma, transformá-la em uma ação proibida e associar a ela uma consequência jurídica."[489]

Sempre há a pressuposição de regras "que tornam as ações naturais ou sociais observáveis em ações jurídicas. Essas regras jurídicas constitutivas serão aqui denominadas 'normas de competência'. A elas são contrapostas normas de conduta."[490]

Para Alexy, "as normas de competência criam a possibilidade de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas." Já as normas de conduta apenas qualificam ações, ao estabelecer obrigações*,* direitos a algo e liberdades.[491]

Resume que a diferença entre normas de conduta e de competência é suficientemente clara nos casos de seu descumprimento. O descumprimento de uma norma de competência não implica em ilegalidade, mas em nulidade ou deficiência do ato. A ilegalidade provém de uma *norma de conduta pressuposta* que, ao lado da de competência, obriga o correto exercício dessa última.[492]

Ademais, diferentemente da regra de conduta, a regra de competência carrega um *dever-ser* possível (e aqui reside a matriz teórica dos *implied powers*), pois a mesma permite ao ente competente *algo*, dentro de uma esfera limitada, sem que esse algo tivesse sentido caso não houvesse a norma de competência.

Já a regra de conduta qualifica como obrigatória, permitida ou proibida uma conduta que independe dela mesma. É um dever-ser simples, pelo que, se as normas de competência fossem reduzidas às de conduta, um ato de um congresso de pessoas não se diferenciaria de um ato delituoso, pois ambos seriam atos descritos por normas que geram determinadas consequências jurídicas.[493]

### 5.3.2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E NECESSIDADES PÚBLICAS

---

[488] Idem, p. 239.
[489] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, nota de rodapé nº 166, à p. 239.
[490] Idem, p. 240.
[491] Idem, p. 240.
[492] Idem, p. 241.
[493] Idem, p. 242.

Pode ser inferido das explanações de R. Alexy sobre relações jurídicas que um estudo sobre posições jurídicas que envide por identificar a relação jurídico-constitucional entre Estado e cidadão (relação subentendida pelo princípio do planejamento orçamentário) há de se referir necessariamente aos direitos fundamentais, para enfim se dirigir diretamente às necessidades públicas constitucionais (que pressupõem a tal relação).

Longe de esgotar tema tão amplo, o que seria fugir ao tema proposto, algumas considerações importantes à configuração do aspecto teleológico do Orçamento devem ser invocadas, justamente para servir de fundamentação ao mesmo.

Inicialmente positivadas como direitos de todos os súditos, as liberdades pessoais do *habeas corpus* e o *Bill of Rights* beneficiavam preferencialmente o clero e a nobreza. No entanto, a formulação mais geral do que o texto da *Magna Carta* permitiu gradualmente a extensão desses direitos a não embaraço da liberdade individual aos burgueses.[494]

Na Declaração da Virgínia, de 16 de junho de 1776, inspiradora da Declaração de Independência dos Estados Unidos cujo lema é a 'busca da felicidade', o art. I "constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História."[495]

A francesa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reconheceu a liberdade e a igualdade em direitos. Do famoso lema francês restou a fraternidade, entronizada somente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. De qualquer modo, percebe-se que a proclamação da igualdade e liberdade foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política, mas de cunho liberal, ou seja, enfatizando-se as liberdades públicas dos indivíduos em face do Estado.[496]

> As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executivo e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).[497]

Desse modo pode ser observado que esse primeiro momento pode ser resumido como o processo que culminou na subordinação dos governantes a um documento com maior legitimidade que eles próprios, para determinar a organização do Estado e o espaço de liberdade dos indivíduos e suas relações. obra de duas grandes revoluções, a Americana e a Francesa, consistiu em um

---

[494] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.
[495] Idem, p. 49.
[496] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158.
[497] COMPARATO, *Op. Cit.*, p. 51.

"feito notável de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática."[498]

Como "as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica," outros *direitos* estavam por vir, a partir dos maus resultados da economia liberal, a qual, já na primeira metade do século XIX, enfrentava a pauperização das massas proletárias.

Como busca de uma mudança, a Constituição Francesa de 1848 retomou o espírito de algumas normas de exigências econômico-sociais das Constituições de 1791 e 1793, mas definitivamente a Revolução do México (1910), a Russa, em 1917, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, configuraram a plena afirmação desses *novos direitos*.[499]

No ideal desses novos direitos, Jorge Miranda acentua que nas Constituições a partir da mexicana em 1917 e da alemã de 1919, o Estado social cuidou de articular liberdades públicas e direitos sociais, como exemplo as Constituições da Itália 1947, Alemanha de 1949, Venezuela de 1961, Portugal de 1976, Espanha de 1978 e Brasil de 1988.[500]

O titular desses direitos não é o ser humano abstrato, mas o conjunto dos grupos sociais esmagados pela marginalização. Sobre o tema, José Afonso da Silva aduz:

> [...] as declarações de direito do século XX procuram consubstanciar duas ideias fundamentais: *universalismo,* implícito já na Declaração francesa de 1789, e *socialismo* (tomada essa expressão em sentido amplo, ligado ao social, e não técnico-científico), com a extensão do número dos direitos reconhecidos, o surgimento dos *direitos sociais*, uma inclinação ao condicionamento dos direitos de propriedade e dos demais direitos individuais, propensão que refletiu no Direito Constitucional contemporâneo.[501]

Ainda, o processo evolveu o constitucionalismo para propugnar a incorporação, pelas Cartas dos Estados, de opções políticas dirigidas à proteção dos direitos fundamentais,[502] em resposta à possibilidade efetivada pelos unipartidarismos (*v.b.*, nazismo e fascismo) de deturpar discursivamente os direitos positivados em uma Constituição a fim de cometerem violações genocidas.

A busca por efetividade dos direitos fundamentais se dá pelo reconhecimento constitucional de valores e opções políticas, como também preceitua Ana Paula de Barcellos:

---

[498] Idem, p. 51.
[499] NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47 e 60; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.
[500] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo 1. 6° Ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 96.
[501] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162.
[502] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In:* Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007, p. 04.

> As constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente ligados a valores – associados, em particular, a dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). [503]

Na verdade se trata de uma reafirmação histórica dos direitos humanos, pois o valor da *dignidade humana* foi posto em discussão e seu respeito alçado a princípio norteador dos Estados democráticos, após as atrocidades da segunda Guerra. Tal culminou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, do mesmo ano.

### 5.3.2.3. PRETENSÕES E POSIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da breve remissão histórica, vale se referir a uma questão merecedora de reflexão: a não existência de direitos de primeira ou segunda dimensão (conforme os movimentos históricos apresentados), mas de pretensões subjetivas e objetivas e posições jurídicas derivadas de direitos fundamentais.

Na divisão de Robert Alexy sobre as posições jurídicas, ressalta-se em importância o que em sua terminologia constitui o *direito a algo*, com suas espécies em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. Os primeiros são: a) direitos ao não-embaraço de ações, b) à não afetação de características e situações jurídicas e c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas. São puramente os direitos a uma *abstenção do Estado.*[504]

Já o conjunto de direitos a ações positivas é por sua vez gênero, *direitos a prestações em sentido amplo,* o qual inclui como espécies: a) os direitos à proteção; b) à organização e procedimento; c) e direitos a prestações em sentido estrito.[505]

Veja-se que à primeira vista o autor parece confirmar a dualidade direitos negativos e positivos, mas uma análise mais atenta, principalmente à classificação dos direitos a prestações em sentido amplo, demonstra que direitos conhecidos como *negativos* estão ali englobados como *direitos a prestações estatais.*

Isso decorre da assunção feita por Alexy acerca da necessidade de medidas a serem tomadas pelo Estado a fim de se efetivar direitos fundamentais e, afinal, assunção de que todos esses direitos nas pretensões positivas geram custos ao Estado.

---

[503] Idem, p. 04.
[504] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-203.
[505] Idem, p. 442-444.

Portanto, o citado autor diferencia entre direitos a prestações em sentido amplo e direitos de defesa (direitos a ações negativas). Mas essa distinção não é estática: um mesmo direito pode ter *posições* muito distintas, conforme seja interpretado e para quê.

Fornece o exemplo do *direito ao meio ambiente*, o qual pode ser direito de defesa (dever de abstenção estatal de prejudicar o meio ambiente), direito a proteção (dever estatal de impedir ação danosa de terceiros), direito a procedimentos (dever estatal de feitura e permissão à participação em procedimentos) e direito a prestação fática (dever estatal a tomar medidas benéficas ao meio ambiente), a formar um "direito fundamental completo."[506]

Assim, os denominados direitos de primeira dimensão (liberdades públicas), conhecidos como *negativos,* devem ser vistos como *direitos de defesa* (quando puramente negativos) ou como *direitos a proteção e a procedimentos* (parcialmente negativos) componentes de cada direito fundamental completo.

Gustavo Amaral entende praticamente o mesmo quando afirma a existência de pretensões positivas e negativas dos direitos.[507] A diferença entre as pretensões positivas e negativas dos direitos fundamentais é para ele evidente. Conquanto todo direito requeira algum custo para ser efetivado ou no mínimo protegido, como já visto acima, as pretensões positivas necessitam de *algo mais* do que um *aparato de proteção*, como as pretensões positivas.

São pretensões com modos de aplicação diversos, porém em ambas há gastos públicos para tanto. A diferença é quanto à dependência maior ou menor de uma atuação estatal, sendo menos dependentes as pretensões negativas (são minimamente satisfeitas por um aparato de proteção) e mais dependentes as pretensões positivas (as quais não são satisfeitas apenas por tal um aparato de proteção).

Reitere-se que *minimamente* satisfeitas. Decerto, as pretensões negativas podem ser satisfeitas por outras atividades positivas estatais (mais custosas), no entanto, o seu mínimo é resguardado pelo *aparato de proteção*, como a criação de órgãos fiscalizadores e manutenção de um poder judiciário para decidir sobre conflitos envolvendo tais pretensões, a partir das chamadas *garantias institucionais*, "uma forma de organização do Estado cuja função em última análise é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana."[508]

---

[506] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 443. Sobre a conceituação de *direito fundamental completo*, v. Idem, p. 252. Sobre norma jurídica completa, a partir da interpretação de diversos dispositivos, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 349-366.

[507] Gustavo Amaral divide entre as pretensões positivas *parcialmente independentes* e as *dependentes*. Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81-85.

[508] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90-91.

O aparato de proteção também gera um custo, porém o aparato já existe, bastando-se mantê-lo para se atender a quase totalidade das pretensões negativas, como lembra Virgílio Afonso da Silva.[509]

De outro lado, as pretensões positivas não têm o seu mínimo de eficácia satisfeito por uma proteção, mas ensejam a implementação de atos positivos, como a efetiva construção e reforma de escolas e centros de saúde, programas de moradia e seguro-desemprego. Além disso, a estrutura engendrada pelo Estado muitas vezes serve a apenas uma pretensão positiva, como um hospital para a saúde e uma escola para educação. O custo de um Cartório de registro de imóvel, feito para efetivar o direito de propriedade, beneficia outras negativas, como o direito à informação, além de possibilitar estrutura para cartório de registro civil em geral.

Trata-se, portanto, de um modo de ponderação na violação (restrição de eficácia) de princípios, conforme a caracterização das pretensões de direitos fundamentais como normas de caráter duplo.[510] Apenas se inverte a questão da lesão na eficácia de um princípio, referindo-se agora à sua satisfação. Na *implementação*, o núcleo de satisfação deve ser atingido, enquanto que na *lesão* o núcleo *duro* do princípio não pode ser tocado.

Assim, o núcleo de uma pretensão negativa já é atingido por um *aparato de proteção* que visa prevenir e coibir um ato lesivo, enquanto o núcleo da pretensão positiva apenas é atingido quando se está diante de uma *ação prestativa do bem*, importando a sua ausência já na própria lesão da referida pretensão.

Decerto que tanto o *aparato de proteção* quanto *ação prestativa do bem* custam aos cofres públicos e são determinados por atos comissivos. Por isso, os direitos sociais não podem ser diferenciados das liberdades em razão de serem positivos e essas negativas. Esta a grande contribuição da teoria dos custos do direito: o discurso liberal é enganoso, pois reduz a função da Administração ao de um observador não participante, quando os direitos não são apenas *protegidos* e *defendidos*, mas custeados.[511]

Em verdade, pode-se entender que as pretensões positivas e negativas se diferenciam tanto pelo seu modo de aplicação quanto pelo modo de violação. A violação de uma pretensão positiva é sempre omissiva. A violação de uma pretensão negativa pode ser omissiva, mas é principalmente comissiva.

---

[509] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

[510] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008 sobre caráter duplo, p. 141. Para direitos fundamentais como princípios, AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123.

[511] HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes.* New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 60.

Uma pretensão negativa, como a liberdade, é necessariamente comissiva. Por exemplo, a liberdade apenas pode ser lesada em razão de ato que impeça a livre iniciativa de um empresário. A única forma de se responsabilizar o Estado é a omissão por não ter um aparato de proteção suficiente, o qual permitiu que a lesão acontecesse, e mesmo assim essa omissão já envolve outra pretensão positiva, a segurança pública.

Já quanto à pretensão positiva, como o direito à moradia, apenas é lesionado omissivamente. Mesmo que o Estado por lei engendre um programa (prestação normativa) executado deficientemente e com alcance parcialmente ineficaz (prestação fática ineficiente), a lesão à moradia se calcula na razão em que deixou de ser atendida. Não há ato comissivo que a lesione, pressuposto para se falar em pretensão negativa insatisfeita.

Necessário vincar que o descumprimento de qualquer pretensão, seja positiva ou negativa, requer uma *justificação*. Assim, uma exceção à isonomia deve ser justificada racionalmente e aceita pela comunidade jurídica como razoável, como uma *justificação de desigualdade*,[512] bem como uma exceção à liberdade, como acontece nos casos de prisão em razão de sentença condenatória transitada em julgado.

Logo, pode ser dito que as pretensões positivas e negativas se diferenciam tanto pelo seu modo de aplicação quanto pelo modo de violação. Mas tanto um como outro requerem, para a sua 'violação', uma justificação constitucional.

> Se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrição a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação.[513]

A divisão das pretensões em positiva e negativa envolve a questão das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Trata-se de diferenciação feita pelo Direito Constitucional alemão, a partir do julgamento do caso *Luth,* do Tribunal Constitucional alemão. Conforme Daniel Sarmento, parte-se da premissa de que os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos, os quais preceituam o dever de agir em favor de um sujeito, encarnam valores que devem irradiar-se pelo ordenamento.

Assim, não apenas limitam, mas estimulam e orientam a ação de todos os poderes do Estado. Tanto que, sob tal perspectiva, "os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados."[514]

---

[512] ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.
[513] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250-251.
[514] SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado. In: *Diálogo Jurídico*, nº. 16, mai-ago/2007, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008, p. 13.

Trata-se de frisar que o materialmente jurídico não corresponde, absolutamente, à aptidão de um instrumento jurídico de gerar direitos subjetivos (posições subjetivas). O materialmente jurídico corresponde sempre à aptidão de gerar posições subjetivas ou objetivas. Como visto acima, para André Fontes as situações jurídicas podem ser *objetivas e subjetivas*. As primeiras

> [...] são aquelas imediatamente estabelecidas pela norma jurídica, e derivadas, geralmente, de um ato voluntário, atribuindo alguma condição de vantagem a alguém. Frequentemente comportam a possibilidade de renúncia e por vezes resultam simplesmente da mera aplicação da lei.[515]

Atribuir vantagem a alguém em face do Estado quer dizer o caráter relacional triádico ensinado por Robert Alexy,[516] além de poder significar, ademais, obrigações objetivas *prima facie* vinculantes.[517] Apesar de fazer menção expressa a direitos subjetivos com relação aos direitos a prestações estatais, o autor faz ressalva de que podem existir direitos sociais como direitos de forma objetiva, pela conexão e complementaridade dos direitos fundamentais entre si (de todos os grupos apresentados) e pela interpretação de *normas morais* dirigidas objetivamente ao Estado.

> Essas conexões consistem sobretudo no fato de que, em face do conteúdo moral geralmente presente nas normas de direitos fundamentais, não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivização.[518]

É isso que mais a frente o autor constrói, acerca das posições objetivas se dirigem ao legislador e ao administrador, até mesmo com relação à questão orçamentária, como se refere em análise dos direitos na Constituição Alemã:

> Todos os direitos fundamentais da Constituição alemã restringem a competência do legislador, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o próprio legislador. Às vezes, até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros.[519]

Ainda, no ínterim da discussão sobre pretensões objetivas Alexy reafirma a natureza dos direitos a algo como *relacionais*, porque aceita a possibilidade de m nível objetivo, "porque ao direitos *prima facie* correspondem deves *prima facie.* Esses deveres são deveres estatais *prima facie* de zelar para que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas."[520]

Por fim, vale dizer que, com o fito de caracterizar a *norma de direito fundamental completa*, Robert Alexy apregoa a união das três posições jurídicas (v. item anterior). Parte que as

---

[515] FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 97.
[516] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185.
[517] Idem, p. 501.
[518] Idem, p. 445.
[519] Idem, p. 513.
[520] Idem, p. 518.

liberdades são posições jurídicas com caráter relacional indireto, pois a sua proteção requer um direito a uma ação negativa. Aos direitos a uma ação negativa correspondem proibições dessas ações.

> Quando se fala em direitos fundamentais como 'direitos de defesa', quer-se em geral, fazer referência aos direitos contra o Estado, a ações negativas que protegem a liberdades fundamentais. Esses direitos estão ligados à competência para questionar juridicamente sua violação. Quando se juntam essas três posições – uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado a um não-embaraço e uma competência para questionar judicialmente a violação desse direito –, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido.[521]

Ao mesmo tempo, o caráter duplo das normas constitucionais de direitos fundamentais – norma constitucional instituída e atribuída, regra e princípio extraídas de uma mesma disposição constitucional de direito fundamental, resumidas em razões *prima facie* e razões definitivas dentro de uma diretiva com uma cláusula de restrição – evidencia que um mesmo direito possui pretensões diversas, positivas e negativas (porque *direito a algo* pode ser direito à abstenção ou à ação), objetivas e subjetivas (porque as posições podem ser direito subjetivo ou um dever estatal instituído à conduta do legislador ou administrador futuro).

Assim é que "um *direito fundamental completo* é um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas [liberdade, direito a algo e competência] e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental." [grifo nosso][522]

Nesse diapasão, pode-se dizer que uma teoria como a aqui proposta busca conciliar a aplicação de todos os direitos fundamentais, haja vista a relação de imbricamento entre os mesmos e em razão de que todos oferecem um custo ao Estado, de maneira objetiva, mesmo que de forma incômoda ao legislador.

### 5.3.3. CLASSIFICAÇÃO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS: UMA ORDEM DE PRECEDÊNCIA CONFORME A NATUREZA BASILAR DOS DIREITOS EM SUA FEIÇÃO OBJETIVA

Como visto, diante do quadro de necessidades ínsito na Carta Magna, pode ser construída uma classificação das mesmas, em regras de precedência condizentes com a efetividade de *direitos prestacionais.*[523]

Vale salientar por outro lado que a caracterização dos *deveres objetivos* decorrentes de direitos fundamentais é, portanto, fulcral em sede de controle da elaboração e execução do

---

[521] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.
[522] Idem, p. 252.
[523] Idem, p. 442.

Orçamento Público, pois constituem eles o núcleo essencial do caráter teleológico do princípio constitucional do planejamento orçamentário.

Foi visto que os novos valores e opções políticas, de qualquer modo evidenciaram-se nas discussões das Assembléias Constituintes, cujo resultado foi o de eleição das necessidades básicas as quais todo ente federativo, em cada Estado, deve perseguir.

Com a nossa Constituição, nascida em contexto de redemocratização após longo período de autoritarismo, tal não foi diferente. Muitas disposições estipulam desde *deveres do Estado* e prioridades políticas, até vinculação material de determinadas receitas e limites objetivos à execução orçamentária (como o art. 34, VII, *e*).

Em vista disso desse elenco de medidas constituintes, é possível apontar então regras de precedência sobre direitos fundamentais atrelados a necessidades públicas (fruíveis objetivamente), de modo a alcançar uma razoável classificação das necessidades públicas do Estado Brasileiro, com base em critérios materiais e constitucionais, e com o intuito máximo de identificar as dotações *com força constitucional,* cuja prevalência nos processos de preferência interna e externa feitos na elaboração das leis orçamentárias urge para o desenvolvimento do Estado brasileiro.

Preconiza-se nesse trabalho que o Estado tem *dever* de atuação pré-determinada a fins sociais, os quais valorados pela Constituição de forma mínima, sendo impostos a todos os entes federativos. De qualquer modo, aqui foi dito que a Assembléia Geral Constituinte e o Poder Constituinte derivado já procederam a uma escolha geral, chegando às necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, de forma atemporal.

Nesse sentido, pela análise da Constituição e das relações da vida acerca da basilaridade de necessidades públicas cuja fundamentalidade leva à instituição da *liberdade fática* ("a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas")[524] são identificados três gêneros de necessidades públicas, as quais ensejam uma hierarquia no sentido de vincularem maior dispêndio público, em gradação de importância, quais sejam, as necessidades públicas *stricto sensu*, as *úteis* e as *de possibilidade regrada.*

Ressalte-se, desde logo, que não há subsidiariedade entre os tipos de necessidades públicas, de modo que a Administração estaria autorizada a satisfazer, durante o mesmo período, todos os tipos. No entanto, e esse é o objetivo da presente classificação, o montante a ser reservado para cada um dos tipos deve seguir a ordem decrescente de apresentação.

Nesse sentido, a maioria dos gastos públicos idealmente devem se voltar ao atendimento de necessidades *stricto sensu* básicas, sendo até excluídas as de possibilidade regrada quando não atendidas aquelas satisfatoriamente, conforme a lei do sopesamento implica na atribuição de maior

[524] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 503.

montante quanto maior for a carga argumentativa para se preferir um princípio (necessidade), constituindo-se um ônus argumentativo para se autorizar um montante à satisfação de outro princípio.

Equivale-se a dizer que as políticas públicas orçadas, fins imediatos do planejamento orçamentário, são decisões alocatícias que devem ser resguardadas com um ônus argumentativo semelhante aos das regras jurídicas, a fim de que sejam respeitadas como sendo fundamentadas por princípios constitucionais atinentes às necessidades públicas (interesses coletivos) e, logo, de que sejam criadas e mantidas como situações que satisfaçam em nível máximo possível, essas últimas.

### 5.3.3.1. NECESSIDADES PÚBLICAS *STRICTO SENSU*

As necessidades públicas *stricto sensu* são necessidades fundamentais da sociedade que devem ser satisfeitas pelo Estado Democrático, as quais em larga escala se referem à sua própria manutenção. Sabe-se que o exercício da cidadania só é materialmente alcançado quando os nacionais possuem condições mínimas de sobrevivência.

No pensamento de que o indivíduo necessita da prestação do Estado para se transformar em agente de sua própria mudança, vale ter em conta a conclusão do prêmio Nobel de Economia do ano de 1998, Amartya Sen, pertencente ao ramo da "Economia ética".[525]

Aduz o referido economista que a pobreza econômica rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico.

Cabe ao Estado, pois, prestar tais elementos mínimos aos seus cidadãos que não podem ter por si mesmos, por variados motivos, seja através de Assistência Social, seja por satisfações a direitos prestacionais.

Ressalte-se que se constituir agente de sua própria mudança é elemento do exercício da cidadania, que se materializa na possibilidade de um indivíduo dar expansão ao seu desenvolvimento integral, inclusive no que toca à relação política, mas sem se exaurir na possibilidade de "votar e ser votado", como alguns supõem.

---

[525] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

Desse modo, as necessidades públicas *stricto sensu* possuem vinculação estrita com o mínimo existencial da pessoa humana, entendido esse, inclusive, como único meio de estabelecimento da verdadeira democracia e, mesmo, da liberdade.

Nesse sentido também é Ana Paula de Barcellos, lastreada por autores como Jungen Habermas e Juan Carlos Bayón:

> Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.[526]

O mínimo existencial deve ser entendido como pressuposto da vida humana, constituindo-se como pauta a ser preenchida pelo legislador e pelo administrador, de acordo com a sociedade dada. É o que raciocina Regina Helena Costa:

> A fixação do 'mínimo vital', destarte, variará de acordo com o conceito que se tiver de necessidades básicas. O problema é tormentoso, pois concerne à decisão política do legislador. Este deverá basear-se, à falta de normas constitucionais específicas, no que, numa sociedade dada, razoavelmente se reputar 'necessidades fundamentais do indivíduo e de sua família [...] O conceito de mínimo vital, portanto, varia no tempo e no espaço.[527]

Porém, sabe-se que a Constituição já procedeu a escolhas básicas, demarcando limites à discricionariedade administrativa em reconhecê-las nos documentos orçamentários (são as normas constitucionais específicas apontadas por Regina Helena Costa acima como inexistentes).

Ademais, tal incorporação constitucional se evidencia também no que concerne à fixação de salário mínimo e do salário-base de previdência social, conforme aludiu uma decisão do STJ[528], acerca do mínimo vital que tais benefícios devem satisfazer.

Resta salientar que, incorporando opções políticas, a Constituição delimita o âmbito de variação temporal-espacial do conceito de mínimo vital, devendo o administrador e os legisladores com poder decorrente apenas se posicionarem nesse *iter* constitucional.

Embora o conceito de mínimo vital seja considerado como indeterminado, é possível identificar a essência conceitual de acordo com a Constituição e, sobretudo, com a atuação material de parâmetros, notadamente o da proporcionalidade e da análise conjunta com a reserva do possível.

---

[526] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In:* Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007, p. 08.

[527] COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva.* 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

[528] REsp 263697 / AL. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgamento: 19/09/2000. DJ 18.12.2000.

Mas, por ora, assinala-se que, através de tais normas constitucionais, que ao contrário do que se pensa são explícitas na Constituição e "não-programáticas", as necessidades *stricto sensu* podem ser racionalizadas e identificadas, cabendo subdividi-las em *emergenciais* e *básicas*.

Primeiramente, as necessidades públicas básicas. A nossa Lei Maior prescreve *deveres do Estado* nos artigos 205, 215, 217, 225 a 227 e 230, respectivamente quanto a proporcionar Educação, Cultura, Desporto e um Meio Ambiente equilibrado e *pari passu* a proteger a instituição Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso.

Por outro lado, o artigo sexto resume os direitos sociais:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Assim, há que se apontar que a Lei Maior elegeu como valores a Educação, a Saúde, a Cultura, o Desporto, o Meio Ambiente, a Família e a proteção dos entes frágeis (criança, adolescente e idoso), indicando-os como *deveres do Estado de Direito.*

São valores que se consubstanciam como objetivos estatais e, logo, da Administração, em cada período de governo. Tais deveres são nada menos que os valores sociais e opções políticas apontados pela Constituição Federal e dirigidos a todos os entes federativos, em qualquer tempo, sob qualquer Administrador.

Prova disso é o quanto estatuído como competência de todos os entes federativos, no art. 23, da Constituição, notadamente os incisos II, V a X e XII, além da competência especial do Município, no art. 30, nos incisos V a VII.

Note-se, e é importante frisar, que no art. 30, o inc. V prescreve competência municipal em "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial".

Ora, se o transporte coletivo é tido como serviço público essencial, o que dizer dos serviços de saúde e educação, por exemplo? Habitação e fornecimento de água e esgoto? Analise-se um exemplo de necessidade pública básica para aclarar a essencialidade de algumas opões políticas as quais a Constituição determina como dever estatal: saneamento básico urbano.

O dever do Estado no que concerne ao saneamento resta patente tanto em relação à vida digna e à Saúde dos cidadãos quanto à proteção ao Meio Ambiente equilibrado. Ainda assim, segundo estudo do IBGE (Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, 2000), apenas 33,5% dos domicílios brasileiros é atendido por rede geral de esgoto.

O atendimento chega ao seu nível mais baixo na região Norte, onde apenas 2,4% dos domicílios são atendidos, seguidos da região nordeste (14,7%), Centro-Oeste (28,1%) e Sul

(22,5%). A região Sudeste apresenta o melhor índice: 53,0% dos domicílios têm rede geral de esgoto.[529]

Com a análise de apenas uma necessidade básica evidencia-se também a eventual "incongruência de gastos", quando o Administrador decide realocar verbas anteriormente dispostas para suprir necessidades básicas, aplicando o dinheiro público em praças e ginásios de esportes, por exemplo, ou seja, necessidades de utilidade inferior às básicas aqui referidas. Embora o desporto seja uma necessidade básica *stricto sensu*, verifica-se racionalmente que é de importância menor se comparada ao saneamento, medida específica de saúde pública, a qual proporciona o próprio desporto, vez que previne a saúde dos atletas da comunidade.

De qualquer modo, não constitui novidade alguma a identificação de deveres Estatais impostos pela Carta Magna. O que não se estudou ainda foram a sua sistematicidade e possibilidade de exigência jurídica, como dever jurídico.

Apenas o estudo do neoconstitucionalismo permite que concordemos com a possibilidade constitucional de exigibilidade jurídica dos direitos prestacionais, *sob certo procedimento coletivo.* Interessante notar, por outro lado, que há regulamentações infraconstitucionais para tanto, o que confirma a ideia da sua exigibilidade.

Bem verdade que em diversos casos não se necessita de especificidade concreta, mas fato é que há deveres do Estado também estão previstos infra *constitucione*, seguindo o seu rastro de proteger o mínimo vital, como é o caso da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), a Lei nº 8.080/90 (art. 6º da Constituição Federal); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (art. 206 da C.F.); a Lei nº. 8.069/90; a Lei nº. 10.741/03; a Lei 6.938/81; a Lei nº 8.313/91 e a Lei nº 9.615/1998.

Ainda temos o Código Civil, em seu Título IV que, ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente, busca em inúmeros artigos proteger e promover a família, instituição considerada a base da sociedade pela Constituição.

Ademais, pode-se dizer que a jurisprudência pátria já evidenciou certa tendência em identificar valores instituídos pela Lei Fundamental e, com isso, tornar a prestação do Estado exigível, em diversos casos. Primeiramente, vale analisar a ADI-MC 1458/DF, que discutiu o salário mínimo, tal qual admitido pela Constituição.

Nela, expõe-se que o desrespeito à Constituição pelo Poder Público pode ocorrer tanto mediante ação estatal quanto por inércia governamental. A inconstitucionalidade será por ação ou omissão, sendo que nessa última há abstenção de "cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs [ao ente público]", incidindo em violação negativa do texto constitucional. Ainda

[529] IBGE – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000. Disponível em <http://www.ibge.gov.br> Acesso em 09 jan 2010.

explica o relator Celso de Mello que esse *non facere* pode ser "total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público."

> A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - *para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva* destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, [...] o valor intrínseco dessa remuneração básica. [grifos nossos] [530]

Claro está, assim, que o movimento *neoconstitucionalista* influenciou a feitura da Constituição, pois o seu programa social é nítido, dirigido ao Estado, ao qual se incumbe de realizá-lo prontamente.

Vale acrescentar que na mesma decisão o Supremo aduz: ao dever de legislar imposto ao Poder Público, corresponde o "direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as *necessidades vitais básicas* individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo".

Verifica-se que o critério usado – necessidades básicas, mínimo vital – ainda não está sistematizado (problema que esse estudo visa combater), mas já é vislumbrado o caráter *vinculante* dos direitos sociais constitucionais em sede de *dever* do Estado.

Na esteira do dever do Estado exigível, não se pode deixar de colacionar interessante decisão monocrática do Ministro Eros Roberto Grau:[531]

> [...] 8. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. *É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa impede que o Poder Público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição do Brasil.* [...] [grifos nossos].

Como visto, a Administração não pode se esquivar de atuar os direitos sociais, do contrário a Constituição se desvirtua para um documento de mínima força normativa. Ao revés do pensamento estritamente positivista, há valores (nesse caso, os sociais) racionalizáveis, de modo a serem apontados abstratamente por normas constitucionais e concretizadas pelos instrumentos normativos específicos de cada ente (orçamentos públicos) e por medidas concretas (execução de despesas orçamentárias).

Segue o mesmo raciocínio lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> [...] *Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal.* [...] [grifos nossos]. [532]

---

[530] ADI-MC 1458 / DF, Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 23/05/1996. DJ 20-09-1996.
[531] RE 293412/SP – Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 15/04/2006. Publicação DJ 29/05/2006.
[532] TJRS, Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 596017897. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgamento em 12/03/1997.

Infere-se que os 'valores em nível elevadíssimo' seriam os referentes à vida digna dos indivíduos e, assim, os valores improcrastináveis da Administração (os deveres do Estado) se ligam ao mínimo existencial.

Nesse sentido, as necessidades estudadas são denominadas *básicas,* pois se referem a um mínimo existencial, quando não de sobrevivência física, de sobrevivência espiritual (no sentido de vida digna). Ademais, por sua natureza mínima se sobrepõem a todas as outras necessidades sociais ("não-básicas") e não podem ser procrastinadas, sob pena de falência do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que até os dias atuais o fracasso de um Estado se refere ao desrespeito aos direitos civis e políticos, tendo os documentos internacionais se debruçado sobre a proteção desses com maior voracidade: a liberdade de locomoção, o devido processo legal, a não-discriminação, a tolerância, a iniciativa privada, a liberdade de voto, o respeito à propriedade, e assim por diante.

Isso sem contar que constitucionalmente esse parâmetro já foi revisto, alargando-se o objeto considerado para abarcar também o efetivo cumprimento dos deveres estatais prestacionais, como o atendimento especializado à criança e ao adolescente, a educação de qualidade, a saúde com acesso universal, e assim por diante.

### 5.3.3.2. NECESSIDADES PÚBLICAS *STRICTO SENSU* EMERGENCIAIS

Em segundo lugar, há as necessidades públicas emergenciais. O estado de emergência constitui um conceito indeterminado. Pode-se distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual, o primeiro atinando ao sentido quase unívoco do conceito e o segundo constituindo o sentido dúbio, ou como diz Karl Engisch, "onde as dúvidas começam".[533]

Procurando pelo núcleo conceitual, pode-se raciocinar que todo fato jurídico que produz um risco para a vida da totalidade dos membros de uma comunidade, como um acidente nuclear, uma enchente, um furacão, maremoto ou tempestade, causa um estado de emergência.

O risco para a vida dos cidadãos se mostra, assim, em um dos parâmetros para se observar a existência de um estado de emergência. Note-se que os cataclismas naturais e os acidentes de grandes proporções geralmente são suas causas. A guerra, que felizmente não é comum em nossas terras, também é ente causador da emergência, seja pela dificuldade de acesso aos recursos

[533] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 209.

naturais, seja pela destruição causada pelos instrumentos bélicos de grandes proporções à população civil e militar.

Cabe apenas indicar a existência de necessidades públicas *stricto sensu* emergenciais, no que se refere ao núcleo conceitual: são as necessidades públicas causadas por fatos jurídicos imprevisíveis e de consequências maléficas para a vida de um grupo representativo de uma comunidade, quando não para a vida dos indivíduos da comunidade inteira. O risco à vida geralmente é causado por fatos jurídicos (extrema seca, enchentes, maremotos, terremotos), podendo também ser gerado por atos ("arrastões", depredações e guerras).

Por outro lado, são também emergenciais as despesas posteriores ao surgimento do fato/ato danoso, como as medidas de recuperação do crédito e das culturas atingidas por uma praga, projetos de irrigação emergencial para os polígonos da seca, o aterramento de zonas de desertificação, a doação de alimentos a desabrigados de enchentes, etc.

Fica aqui registrado, mesmo assim, que as necessidades emergenciais, as quais podem ser classificadas em áreas como saúde, segurança ou educação deveriam ser amplamente custeadas com as reservas de contingência de cada área, já que criadas para isso.

### 5.3.3.3. NECESSIDADES DE UTILIDADE MÉDIA

Por sua vez, as necessidades públicas úteis, ao contrário das necessidades *stricto sensu*, não se referem ao mínimo existencial, mas são extraídas do conceito de utilidade, notadamente da definição de utilidade pública.

Utilidade é a qualidade que possuem as coisas que servem à satisfação das necessidades humanas, sendo a utilidade pública um "modo de ser daquilo cuja finalidade o governo reconhece como de interesse, ou benefício da coletividade, e lhe concede certas regalias ou vantagens".[534]

A terminologia justifica-se para se contrapor a ideia da necessidade básica, de alta utilidade, e a necessidade de existência regrada, de baixa utilidade. Identifique-se a existência de uma necessidade pública que não é básica nem emergencial, mas que possui alguma utilidade pública, a qual, a par do outro extremo, não pode ser relegada a uma mera possibilidade regrada.

Devem-se analisar, pois, fatores úteis à comunidade como um todo, mas que vão além do mínimo existencial. Assim, vislumbra-se que não se referem à vida humana, mas propriamente às relações humanas, como a econômica, a urbana, a rural, a tecnológica, a cibernética e a religiosa.

---

[534] MICHAELIS, *Dicionário da Língua Portuguesa.* São Paulo: Melhoramentos, 1998. ==

Qualquer necessidade de utilidade média refere-se à facilitação das relações ou facilitação do acesso a essas relações. As *despesas de capital* são um belo exemplo das decorrentes de necessidades de utilidade média, pois consubstanciam investimentos públicos na área de estruturação do Estado, de funcionalização de seu aparato ou, mesmo, no investimento de títulos.

Pode-se citar como exemplos de 'necessidade pública útil' a construção de anéis rodoviários e viadutos, a pavimentação de ruas (ambas facilitam o tráfego municipal e a circulação de mercadorias), a reforma de prédios públicos, a restauração de prédios históricos e a construção de praças (patrimônio público e histórico).

Nesse ínterim, tudo o que for útil à comunidade, mas que não se referir à vida humana em si ou a seu desenvolvimento necessário, apenas à qualidade das relações entre indivíduos, constitui uma necessidade pública útil ou de "utilidade média".

A facilitação do trânsito (relação tecnológica e também econômica – transporte de mercadorias), a organização do plano diretor, praças públicas sem lazer e dos loteamentos (relação urbanística e de vizinhança), o desenvolvimento de fatores de produção e a manutenção do comércio (relação econômica) são outros exemplos de necessidades de utilidade média.

Diferem-se das *stricto sensu* por não possuírem conteúdo existencial, ao passo em que não se confundem com as de possibilidade regrada por não serem apenas possíveis de acordo com o ordenamento jurídico, possuindo maior utilidade do que essas últimas. O conceito se clarificará a partir da explicação do item seguinte.

### 5.3.3.4 NECESSIDADES PÚBLICAS DE POSSIBILIDADE REGRADA

As necessidades de possibilidade regrada são encontradas por exclusão às notas distintivas acima especificadas, ao tempo em que são encontradas como possíveis ao Estado pela Constituição e, por vezes, em leis infraconstitucionais.

Como exemplo máximo e até com o fito de denunciar uma prática completamente abusiva por parte dos Administradores Públicos por todo o país, tem-se a publicidade da Administração, verdadeiro cantão de despesas públicas, cujo montante por diversas vezes até supera o total de despesas com educação ou saúde.

Analisando-se a Constituição, identifica-se o uso da palavra 'publicidade' em dois sentidos: pelo primeiro, o Estado *deve* dar publicidade aos seus atos, com o fito precípuo de ser objeto de controle pelos administrados. Tal dever está explícito como "princípio" da Administração (art. 37,

*caput*). Ressalte-se que tal dever se coaduna com o direito à informação, no sentido de liberdade pública, i.e., o Estado deve permitir o acesso à informação. Tal se vê em acórdão do Supremo:[535]

> [...] 2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. [...] 5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação. Recurso ordinário provido.

Pelo segundo sentido, *pode haver* a publicidade de programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos de determinado governo, com *restrições,* as quais se transcrevem do art. 37, §1º, da Constituição Federal:

> Art. 37. [...] § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Analise-se pelo âmbito deôntico a referida norma constitucional: ao invés de se referir à publicidade dos programas como um dever estatal, a Constituição apenas permite, i.e., engendra a sua possibilidade. E vai além: claramente seu objetivo não é apenas permiti-la, mas sim restringir, limitar o modo de sua aplicação.

Decerto que não se obriga o Estado a fazê-la, o que somente se poderia inferir caso a Carta instituísse um dever jurídico do Estado em perfazer a publicidade de seus programas e resultados. Por outro lado, pode-se dizer que a referida norma proíbe a publicidade inválida segundo as restrições impostas, ou seja, aquela que contiver símbolos que caracterizem promoção pessoal de autoridades.

O mais importante aqui, no entanto, é que não há qualquer dever estatal para a consecução da publicidade. A Lei Fundamental apenas rege a sua possibilidade. Daí dizer-se que é uma necessidade pública de mera possibilidade regrada: Não se conforma a necessidade de possibilidade regrada com o mínimo existencial e, por outro lado, não há referência a uma utilidade pública relevante. Apenas há formatação constitucional, ou seja, regra-se a forma do ato, instituindo vícios formais a serem rechaçados.

Cabe, assim, assumir que há necessidades, como a publicidade (nesse segundo sentido engendrado) que não podem ser valorativamente superiores aos deveres do Estado para com a

---

[535] RMS 23036 / RJ. Re. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Segunda Turma. Julgamento: 28/03/2006. DJ 25-08-2006, p. 67. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29/09/2007.

coletividade. Nesse passo, os custos com publicidade não podem ser maiores que os gastos com saúde e educação públicas, sob pena de serem tidos por desproporcionais.[536]

Patente é a desproporcionalidade no que concerne à aplicação de imensos recursos em uma necessidade pública com utilidade ínfima diante dos deveres estatais. Está aqui querendo dizer o que parece óbvio: as despesas referentes à publicidade da Administração simplesmente não se impõem sobre as despesas das necessidades *stricto sensu* ou, mesmo, das de utilidade média.

Elas fazem parte de um conjunto de necessidades públicas de utilidade inferior às outras aqui apresentadas, pois não são úteis à existência humana e ao seu desenvolvimento, nem tampouco às relações entre indivíduos, caracterizando-se mais como instrumentos de simples informação à coletividade. Note-se que tais necessidades são até mesmo dispensáveis (e nesse passo não são propriamente necessidades), pois, para ficarmos no exemplo da publicidade, a informação pelos meios concedidos administrativamente muitas vezes supre de forma eficaz a publicidade governamental.

Não se pode ter em conta, desse modo, que altas cifras sejam alocadas em tais necessidades inferiores, sob pena de se infringir a razoabilidade e a proporcionalidade, por não serem proporcionais (em sentido estrito), malgrado possam ser adequadas ou suficientes.

A publicidade é o exemplo extremo das necessidades de mera possibilidade regrada porque é apenas *possibilitada de certa forma* pela Constituição. Ora, isso revela o desejo intrínseco da norma em se voltar o Administrador às questões mais importantes para a coletividade e deixar de alocar imensos recursos de forma inadequada na rubrica publicitária.

No que concerne ao escalonamento existente entre necessidade básica e a publicidade, já se decidiu em sede de pedido de antecipação de efeitos da tutela:[537]

> Verifico que o pedido formulado [...] visa a resguardar o bem jurídico [...], qual seja, o da adequada e satisfatória aplicação dos recursos financeiros destinados à *área de saúde*, nos termos disciplinados pela Emenda Constitucional nº. 29/2000. [...] Nesse giro, defiro parcialmente a liminar para determinar o *bloqueio das verbas previstas para a Secretaria de Comunicação Social do Estado do Rio de Janeiro, destinadas à publicidade e/ou divulgação das ações de Governo,* conforme previsão no Projeto de Lei Orçamentária para o exercício de 2007 [...] [grifos nossos].

No entanto, diga-se desde logo que outras necessidades podem ainda ser adaptadas a essa última classificação, desde que não se refiram à existência humana e às relações sociais mais relevantes. Trata-se de "cláusula aberta" a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência.

---

[536] Informe do próprio governo, em 2008, permite verificar a grande alocação de dinheiro público sob a rubrica genérica "publicidade institucional" ou "publicidade de utilidade pública", sendo que a primeira supera em vários milhões de reais as várias contas da segunda. Informação disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/index4.asp>. Acesso em 26 mar. 2008.

[537] Processo nº. 2006.51.01.023830-0. Juíza Regina Coeli Medeiros De Carvalho. 18ª Vara Federal - Rio de Janeiro. Data do Julgamento: 12 de janeiro de 2007. *In: Revista Consultor Jurídico*, 16 de janeiro de 2007.

## 5.3.4. ORÇAMENTO COMO CONJUNTO DE RAZÕES DEFINITIVAS ÀS RAZÕES *PRIMA FACIE* DAS NECESSIDADES PÚBLICAS

A ordenação *prima facie* de princípios constitucionais acima demonstrada possui seu correlativo na elaboração do Orçamento nas dotações orçamentárias. Princípios são razões *prima facie* que adquirem, nas dotações orçamentárias, razões definitivas.

Perante a caracterização do orçamento como produto da ponderação de bens constitucionais, Andreas Krell aduz que "torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos [...]"[538]

A dotação *referente* ao cumprimento de certa finalidade almejada por um princípio constitucional, portanto, é uma razão desse tipo, como a dotação *referente* à reforma de um hospital é na perspectiva objetiva uma razão definitiva à razão *prima facie* do direito à Saúde. Observe-se o caráter relacional do *direito a algo*, no caso uma atuação do Estado: *prima facie*, obriga *alguém* à persecução de um estado de coisas referente à melhoria dos serviços públicos de saúde. O adjetivo *público* já contém o aspecto relacional, tratando-se pois de um enunciado triádico,[539] identificando o caráter objetivo dessa posição jurídica.

Mas o *direito a algo* é apenas *prima facie.* Embora também seja objetivo. Isso quer dizer a necessidade de uma especificação, pelo Estado, de qual medida será tomada. Envolve-se, como dito acima, a proporcionalidade e a eficiência da medida, por imperativos de tais postulados, obrigatoriamente aplicáveis no planejamento prévio.

O planejamento prévio, coerente e teleológico (princípio orçamentário), assim, é obrigatório ao Estado (*regra orçamentária*). O caráter teleológico se revela na obrigatoriedade ao orçamento público de albergar *razões definitivas* para o cumprimento das razões *prima facie,* mediante o uso dos postulados da proporcionalidade e da eficiência.

As razões definitivas são as dotações orçamentárias, em que cada montante reservado ao cumprimento da rubrica revela o grau de importância dado àquele princípio, o que já identifica que um *maior montante* a ser reservado para uma finalidade $F_1$ *pode* restringir de maneira inconstitucional uma finalidade $F_2$.

Para definir se e quais razões restringem de modo inconstitucional (sem argumentação constitucional razoável) outras razões definitivas (dotações) deve-se ter em conta quais dotações cumprem razões constitucionais, e quais cumprem outras razões.

---

[538] KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 100.

[539] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185.

Assim é que as dotações correlacionadas com obrigações constitucionais ao Estado são *dotações com força constitucional*, ou seja, são razões definitivas contempladas na Lei orçamentária, adquirem um caráter de *especificação institucionalizada* (interpretação na fase de aplicação, como visto anteriormente) de norma constitucional.

Trata-se de dizer que, uma vez dotações, detêm um ônus argumentativo maior para a sua superação, para além da simples referência abstrata ao cumprimento de normas constitucionais. A medida "reformas dos prédios das escolas municipais" que apenas abstratamente é razão definitiva (proporcional e eficiente) para o cumprimento do direito *prima facie* à educação, por isso, são razões apenas referidas abstratamente ao direito constitucional à educação.

Já a medida "reformas dos prédios das duas escolas municipais do subúrbio da Cidade $M_1$, com o custo *S*, obtido por verbas municipais e federais", a ser feita em cumprimento parcial (LOA e LDO) do "Programa *P*" plurianual (PPA), é uma razão definitiva *institucionalizada*, produto de uma interpretação dos entes políticos (e por vezes da sociedade que participa) de uma dada realidade social conforme o prognóstico de receitas de entes federados, $M_1$ e $M_2$.

Daí se dizer que as dotações, como escolhas interpretativas, possuem uma *vigência aplicativa*, conforme explicada no capítulo anterior, de modo a obrigar o Poder Público às suas próprias decisões, ou seja, obrigar por coerência entre Constituição e Orçamentos.

Disso decorre que as exceções ao não cumprimento de uma dotação orçamentária constitucional devem ser justificadas, como a *mudança dos fatos sociais motivadores da urgência de prestações:* se os fatos mudam a urgência, muda-se a prioridade, desde a existência de uma calamidade até uma crise econômica.

Para considerar a classificação das necessidades públicas apresentada, segue-se que as dotações como razões definitivas das razões *prima facie* constitucionais devem seguir a pauta de preferência pelas necessidades básicas e de urgência, primeiro, pelas necessidades de utilidade média, segundo, e pelas dotações subordinadas ou meramente afirmadas pela Constituição, por último.

A basilaridade com o fito de preservação à vida dos cidadãos e seu desenvolvimento pleno deve ser levada em conta no sopesamento *prima facie* da elaboração orçamentária.

Esse rol, embora incompleto e flexível, pode servir de base a tal desiderato, bem como servir de primeira proposta no âmbito científico a um conjunto de regras de precedência das necessidades públicas constitucionais, e de catálogo aperfeiçoável como guia do controle judicial e social dos gastos públicos, conforme a lei do sopesamento aqui defendida: quanto maior a importância *prima facie* da necessidade pública escolhida no Orçamento, maior ônus argumentativo à sua restrição ou superação, sendo que maior deve ser o montante a ser destinado ao seu cumprimento.

As dotações constitucionais, assim, devem seguir a lei do sopesamento quanto aos montantes reservados em lei orçamentária, vez que não utiliza a eficiência administrativa o Estado que amontoa dinheiro para festas públicas enquanto os hospitais e escolas estão em situações precárias a tal ponto que impedem a prestação do serviço ou o tornam extremamente deficiente, realidade nem tanto incomum nas cidades brasileiras.

Ressaltada as bases fundamentais do conteúdo teleológico do planejamento orçamentário, e o rol importante para a aplicação de direitos fundamentais pelos três Poderes da República, com especial atenção à natureza instrumental do Orçamento Público, cabe dizer sobre a discricionariedade administrativa, tema de intrincada e delicada relação com a aplicabilidade orçamentária e com o controle judicial do Orçamento.

## 5.4. A DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA

A discricionariedade no planejamento e na execução do Orçamento Público deve ser amplamente estudada, com o fito de verificar a legitimidade da atuação do Poder Público nesse setor, qual seja, orçamentário e de políticas públicas.

Isso com o fito de se verificar a adaptabilidade dos graus e a possibilidade de existência de atos discricionários nas fases de planejamento e execução orçamentária. Note-se que, desse modo, consequências advirão concernentes à própria legitimidade da atuação administrativa orçamentária, e, logo, dos tipos de políticas públicas a serem adotados e estimulados pela Administração, no ínterim da ordem constitucional. Tal se dá por matriz constitucional: "Os valores assentados nos direitos fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento das cláusulas gerais do direito civil."[540]

Ao se tentar determinar um conceito, necessário ter em conta a advertência de Alf Ross, o qual explicita que a maior parte das palavras é ambígua e todas são vagas, isto é, possuem campo de referência indefinido, consistido em uma zona central (ou núcleo) e um "círculo nebuloso" de

[540] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, out-dez/1999, p. 250.

incerteza.[541] No mesmo sentido, porém indicando outra terminologia, Luis Alberto Warat aduz que as palavras possuem uma "acepção de base" e uma "concepção contextual,"[542] E isso se aplica de forma coerente aos conceitos jurídicos, com consequências importantes tanto para a Ciência quanto para a aplicação do Direito.

De qualquer modo, no que toca ao conceito de discricionariedade, importante analisar-se o discrímen feito por Karl Engisch, o qual distingue três conceitos jurídicos para a análise da discricionariedade: os conceitos indeterminados, os conceitos normativos e os conceitos discricionários. Em verdade, e em consonância a Alf Ross e Luis Warat, os conceitos jurídicos quase em totalidade são indeterminados, por necessitarem sempre de um raciocínio interpretativo, dada a extrema plurissignificação dos termos linguísticos.

Por conseguinte, os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito, devendo-se considerar como tais os conceitos numéricos, em combinação com conceitos de medida e valores monetários (p. ex., 50 km, prazos de 24 horas, 80 Km/h).[543] Os conceitos normativos são os termos que só podem ser entendidos segundo um ordenamento jurídico, ou seja, radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas normas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura.[544]

Mas o importante para distingui-los não é tanto radicar seu teor de sentido em normas: para K. Engisch, a peculiaridade está assentada na necessidade de se usar uma valoração para se aplicar, no caso concreto, um conceito normativo. Exemplos de conceitos *normativos*, assim, seriam "coisa alheia" (vinculada a normas sobre propriedade), "afinidade" (normas de Direito de família sobre graus de parentesco) ou "indecoroso" (normas sociais de decoro). Já quanto aos conceitos *discricionários*, o referido jurista aponta que a discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.[545]

Identifica que as dificuldades adquirem uma particular premência pela existência de uma questão de Direito processual, a saber, se as decisões das autoridades administrativas podem ser revistas e corrigidas pelos Tribunais e se as decisões dos Tribunais podem ser revistas por Tribunais superiores. Trata, pois, tanto da discricionariedade judicial quanto da administrativa.

A questão do reexame por instância superior não encontra dificuldades ontológicas no ordenamento jurídico brasileiro. Mas em relação à revisão judicial dos atos administrativos, percebe-se uma polêmica, aduzindo K. Engisch que "ocasionalmente tem-se mesmo pretendido

---

[541] ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 130.
[542] WARAT, Luis A. *O Direito e sua Linguagem.* 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 65.
[543] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208-209.
[544] Aqui, o debate entre Normativismo e Pluralismo. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 212.
[545] Idem, p. 214.

definir 'decisões discricionárias' precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis."[546]

No entanto, observe-se que o conceito de discricionariedade administrativa pode ser inferido de modo apartado da possibilidade de seu controle judicial, vez que a discricionariedade válida é insindicável, como qualquer outro ato válido. Resta, pois, compreender o que seja discricionariedade válida, uma vez que os casos de invalidade jurídica perpassada por qualquer ato (em exercício vinculado ou discricionário) são sindicáveis, pela abertura concedida no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

O referido jurista segue dizendo que é uma característica das decisões discricionárias administrativas não serem impugnadas com expectativa de êxito enquanto se mantiverem *dentro de certos limites jurídicos*. Assim, a preterição a tais limites – o abuso do poder discricionário – pode induzir controle, por tornar a decisão administrativa viciada (existência de discricionariedade inválida).[547]

> Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos [...] poder discricionário.[548]

Nessa ordem de ideias, há o critério da 'possibilidade de escolha', que não é apenas uma possibilidade de fato, mas jurídica: é o Direito que através de uma norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de fato possíveis. Segundo K. Engisch, "esta possibilidade jurídica recebe o seu sentido mais próximo através das intenções que de direito – ou por força de lei – a ela se ligam."

Vale acrescentar que a existência de um 'espaço de livre apreciação', que abre um leque de alternativas possíveis (todas válidas) tem uma razão justificadora: constitui-se uma delegação de poder ao destinatário da norma para tomar uma decisão não previamente indicada pelo legislador, precisamente porque devem ser considerados fatos e circunstâncias, apenas *in concreto* passíveis de descoberta.[549] Nesse ínterim, pode-se falar em um conceito de 'discricionariedade vinculada': o poder de escolha é sempre vinculado a um escopo justificador da existência do próprio poder discricionário, "[...] em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto."[550]

---

[546] Idem, ibidem.
[547] Idem, p. 215.
[548] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 216.
[549] Nada mais do que a ideia da aplicação do Direito pelo magistrado segundo o quadro geral de norma aplicável de Hans Kelsen, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-394.
[550] ENGISCH, *Op. Cit.,* p. 220.

Ainda se aduz que a essência da discricionariedade administrativa pode estar no poder de se determinar o fim próximo, imediato, da ação. Karl Engisch infere disso que essa 'livre escolha do fim' processa-se segundo as leis da teleológica:

> [...] nesse processo, os fins 'próximos' são subordinados a fins mais remotos e mais gerais. São ponderadas as consequências e os efeitos laterais na prossecução deste ou daquele fim. Procura-se uma combinação coerente com outros fins relevantes. De forma alguma se impõe uma uniformidade de decisão.[551]

Nesse sentido, as leis da teleológica dominam a escolha dos meios, quando esses não estejam já inequivocadamente predeterminados pelo próprio fim. A discricionariedade, assim, implica a livre escolha dos meios (suficientes, adequados ou necessários ao fim).

Trata-se de um 'espaço de livre apreciação' e escolha das várias alternativas possíveis (todas válidas perante o Direito), vinculado ao escopo instituidor desse mesmo poder, ou seja, marcado fortemente por uma matriz teleológica.

Entretanto, note-se que esse fim próximo é sempre subordinado ao fim geral, o que foi discutido no tópico anterior como necessidades públicas. Trata-se de unir as duas posições apresentadas: os fins próximos das ações, escolhidas pelo Administrador e pelo legislador em sede de Orçamento Público, devem ser adequados, necessários e proporcionais ao alcance dos fins gerais. Desse modo, os meios são livres para a consecução das razões definitivas do Orçamento, mas essa liberdade está subordinada à proporcionalidade e eficiência, i.e., estão em um quadro de medidas constitucionalmente possíveis, conforme atendam ao fim geral e sejam eficientes para tanto.

### 5.4.1. AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS COMO RESTRIÇÕES À LIBERDADE DO ADMINISTRADOR: DISCRICIONARIEDADE EM GRAUS

Diz Marçal Justen Filho que há uma ausência de homogeneidade no instituto da discricionariedade, porque não se trata de um fenômeno idêntico em todos os casos. Portanto pode-se dizer que a mesma comporta graus de autonomia que variam em cada hipótese,[552] tanto em relação aos casos diferentes de sua previsão, quanto em relação ao objeto das decisões que devem ser tomadas no âmbito da competência administrativa.

Visto o conceito a que chegou Karl Engisch e influenciados por essa observação de Marçal Justen Filho, importante estudar as hipóteses da discricionariedade. Nesse passo, Marcello Caetano

---

[551] Idem, p. 243.
[552] FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 168.

e Celso Antônio Bandeira de Mello propõem interessantes esquemas sobre a discricionariedade administrativa.

Celso Antônio situa a discricionariedade não como um poder, mas como um dever de se atingir uma finalidade.[553] Marcello Caetano aduz que em qualquer ato administrativo se projetam *poderes vinculados* a par do exercício, em maior ou menor grau, de discricionariedade. "A competência resulta sempre de lei expressa, e o fim não pode deixar de ser aquele interesse público fixado ao exercício da competência no caso concreto."[554]

Note-se o fundamento do *livre espaço de apreciação*, o mesmo apontado por K. Engisch: a *matriz teleológica*, ínsita em um ordenamento, a razão justificadora do Estado. O interesse público, conceito indeterminado, deve ser especificado e classificado de forma constitucional (como a tentativa do capítulo 5.4), em vista de permitir o controle entre os Poderes acerca da proporcionalidade e eficiência das medidas e, por outro lado, acerca da superação das razões definitivas escolhidas pelos poderes políticos.

Não se pode concordar, assim, com Ingo Sarlet, com referência à vinculação das normas de direitos sociais ao Executivo:

> [...] em se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente ainda será menor, na medida em eu se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador, não se podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão. De qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.[555]

A razão para tal entendimento é simples. O Direito Administrativo é ramo de Direito Público. Como o dever comanda toda a lógica desse último, todo agente público no exercício de suas atividades está subordinado ao dever (e a finalidade nele estampada), a uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico, *embora atenuada faticamente*.

> [...] o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento à sua finalidade.[556]

Nesse sentido, além dos critérios abstratos apontados por Karl Engisch, há que se observar o limite à discricionariedade exercido pelas circunstâncias fáticas, pelo que a discrição traçada na norma é de amplitude maior do que a discrição do caso concreto.

---

[553] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.
[554] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo.* Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 490.
[555] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 372.
[556] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

Esse raciocínio se demonstra correto porque a decisão discricionária do administrador (e aqui se pode ver também a aplicação da lei pelo juiz) não pode estar de modo nenhum em disparate com a realidade. As circunstâncias fáticas ajudam a restringir a sua liberdade justamente porque não reclamam *qualquer uma* das possíveis escolhas legais, mas precisamente apenas *algumas* delas, como visto acima, sobre o postulado da eficiência (capítulo 3).

Nesse ponto é importante asseverar a *obrigatoriedade* de uma interpretação da realidade a ser feita pelo administrador em todo exercício discricionário, de modo que acaso um ato seja realizado sem nexo algum com a realidade a ser satisfeita pelo mesmo, a discricionariedade não foi exercitada de modo válido. É a *hermenêutica da realidade* a qual se depara o administrador antes de decidir as medidas que irá tomar, hermenêutica já referida no capítulo 4, seguindo o marco teórico de Gadamer, pelo que a compreensão é uma *necessidade de aplicar ao presente*, no caso, aplicar um dever e uma finalidade ao presente de uma realidade fática, a qual ela mesma é produto de interpretação.

Assim, constando da lei orçamentária a fixação de uma despesa destinada a atender uma necessidade *não evidenciada factualmente* pela comunidade a ser beneficiada, o ato discricionário de eleição dessa despesa deve ser considerado inválido, por falta de referência à natureza das coisas ou ao presente. Se por exemplo houver a fixação da construção de um ginásio de esportes em determinado distrito, em que a necessidade extrema e cristalina indica a carência de uma Escola Pública próxima, até porque já existe um local de lazer para a comunidade.

Observe-se que a escolha discricionária ao atendimento de uma necessidade foi conjecturada a par de uma *interpretação distorcida da realidade*, restando claro que o reclame social (apesar da participação democrática possível antes da aprovação do Orçamento) não foi consultado devidamente.

A circunstância fática – necessidade fática de acesso à educação –, pois, tem a capacidade de delimitar a atuação administrativa referente à escolha entre ginásio ou escola, como sendo a escolha mais afeta ao interesse público no distrito a construção de uma Escola, ou no mínimo, o fornecimento de vales-transporte. Construir o ginásio a todo custo se trata de uma restrição infundada à necessidade pública da educação, dever público, apenas a fim de satisfazer outra necessidade também constitucional porém menos importante: a do lazer (pretensão negativa: permitir o lazer; pretensão positiva: construir espaços e investir em projetos de lazer). Tal sopesamento não teria matriz constitucional e, portanto não seria um *sopesamento fundamentado*.[557]

Assim, em um plano ideal o feixe de escolhas possíveis do Prefeito (e dos legisladores, dado o rito do art. 165 da Constituição de 1988) foi restringido, demonstrando-se que as

[557] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-165.

circunstâncias fáticas delimitam as possíveis escolhas, para além dos limites legais e supralegais acima relacionados.

Importante ainda expor as *causas normativas* (expressão de Celso Antônio) das quais a discricionariedade decorre: a) a hipótese da norma; b) o comando da norma; e c) a finalidade da norma.

As causas '*a*' e '*c*' podem ser concatenadas ao conceito jurídico indeterminado de Karl Engisch, com a peculiaridade de estarem subordinadas à decisão valorativa do agente da Administração: a primeira em conceitos interpretados do texto normativo; a última em finalidades da ordem jurídica, eminentemente valorativas.[558]

Tanto um quanto outro caso, trata-se da liberdade em decidir quando há um 'estado de emergência' 'necessidade' ou 'relevância' a fim de se aplicar algo como consequência jurídica, como a hipótese de cabimento da Medida Provisória (art. 62, CF/88). Especificamente à finalidade, envida-se por identificar as hipóteses em que cabe ao administrador indicar através de seus atos a *subfinalidade*, como na interpretação da moralidade, salubridade e segurança públicas.[559]

Já em relação ao comando da norma (b), tem-se a discricionariedade em aspectos que envolvem um juízo subjetivo do administrador no cumprimento dos dispositivos normativos: a) no que concerne a agir ou não agir; b) na escolha da ocasião para agir; c) na forma jurídica instrumental do ato; d) na eleição da medida considerada idônea perante as circunstâncias e no intuito de satisfazer a finalidade legal.[560]

Note-se que a discricionariedade que resulta do comando da norma equivale ao conceito discricionário de Karl Engisch, quanto ao 'espaço de livre apreciação' e escolha das várias alternativas possíveis e válidas perante o Direito para os meios, *vinculado* ao escopo instituidor da própria margem de livre juízo, por isso discricionariedade vinculada.

Outro autor que constrói um rol de *momentos* ou *graus* da discricionariedade é Marcello Caetano. Assevera que a discricionariedade pode ocorrer a) *quanto à liberdade de opção* e de apreciação no que respeita ao exercício da competência do ente administrativo; b) *quanto à liberdade na escolha* do objeto, ou seja, a solução motivada e do regime jurídico a que se instalará essa solução; c) *quanto às formalidades* (se houver liberdade de decisão sem observância de certo trâmite); e *quanto à forma*, se puder escolher um dentre vários modos lícitos de expressão da vontade.[561]

---

[558] Aplicação do direito referida a valores, em LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
[559] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006*,* p. 19.
[560] Idem*,* p. 19.
[561] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo.* Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 490-491.

Veja-se que, na liberdade do exercício da competência, um dos casos de discricionariedade concerne na "liberdade de ajuizar da existência das circunstâncias de fato de que a lei faça depender a obrigação ou a mera faculdade de agir (determinação dos pressupostos da competência),"[562] coincidindo com a interpretação administrativa da hipótese da norma, no dizer de Celso Antônio.

Deve haver, portanto, a estrita vinculação da discricionariedade como razão justificadora da sua própria existência, asserção de qualquer modo corroborada por todos os autores acima estudados: trata-se do fundamento de existência do Estado.

A própria razão de existência da sociedade civil está, por um lado, na organização e repartição dos ganhos e, por outro, na minimização das perdas. No âmbito interno de cada nação, o Estado é o ente que atua sempre quando os indivíduos não podem por si sós alcançarem objetivos comuns.[563] Essa é, hoje, a razão justificadora do Estado de Direito: conduzir a fins coletivos (de "interesse público"), seja quem for o governante ou a sua opção política.

O Estado como ser político é, também na visão de Rousseau, responsável pela busca incessante do bem comum, segundo a *vontade geral* exercitada através dos atos de soberania. Por mais, a soberania é, para o eminente autor francês, nada mais do que o exercício da vontade geral, a fim de impor, até mesmo coativamente, suas decisões a todos os componentes do mesmo ser político.[564]

A mudança na concepção própria de necessidade humana trata-se, como explica Hanna Arendt, da derrota do *homo faber*: "o princípio da utilidade, a própria quintessência de sua concepção do mundo [homo faber], foi declarado inadequado e substituído pelo princípio 'da maior felicidade do maior número.'"[565] Isso, sendo que desde o mundo antigo a atividade política, por consequência do cristianismo (o qual trouxe esperança de imortalidade – nisso substituindo a política), passou a "atender às necessidades e interesses legítimos da vida terrena." [566]

Mas se por um lado as necessidades humanas são multifárias, dependendo de fatores complexos como movimentos históricos, sistemas econômicos e concepções culturais, por outro os modos de realização são inúmeros. É necessário um diapasão, a fim de que o Estado, mesmo a par da discricionariedade, trabalhe com para alcançar *fins de interesse público* melhor especificados. Segundo Rousseau os fins estariam melhor especificados nos consensos pré-estabelecidos sobre

---

[562] Idem, p. 490.
[563] Rousseau afirma que tal é o ânimo para a realização do contrato social: fazer com que a sociedade em conjunto alcance maiores e melhores objetivos, a fim de trazer satisfação à necessidade humana. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social:* princípios de direito público. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000, p. 29-30.
[564] ROUSSEAU, *Op. Cit.*, p. 43.
[565] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 320-321.
[566] Idem, p. 327.

decisões a serem tomadas. Esses consensos nada mais são do que as leis, em que houve a participação democrática, devidamente considerada (exercício da vontade geral). [567]

Mais contemporaneamente, tais consensos sobre as decisões a serem tomadas pelo Estado são produtos do movimento constitucional, o qual tem o condão de *positivar* direitos humanos, tornando-os *fundamentais.* Como vem sendo reiterado exposto, na Constituição já estão presentes máximas dirigidas não somente ao legislador, mas ao administrador no tocante ao cumprimento de *determinadas* necessidades públicas. Desse modo, as diretrizes já estão pré-determinadas, constituindo dever do administrador, notadamente na sua atuação discricionária.

Nesse sentido é que cabe dizer sobre a liberdade quanto ao fim do ato cujo exercício é discricionário. Por mais o fim seja sempre um interesse público, sob pena de invalidade, a apreciação do que é o interesse público depende, na maior parte das vezes e em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é,

> [...] de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário.[568]

Do mesmo modo, Marçal Justen Filho:

> [...] é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos, o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de organização dos diferentes 'fins de interesse público'. Essa ponderação é disciplinada de modo não exaustivo pelo sistema normativo.[569]

A questão, pois, da "discricionariedade vinculada" (Karl Engisch) refere-se à atuação administrativa de índole subjetiva na aplicação de conceitos e determinação de atos e serviços, mas sempre conformada a fins sociais prévios (critérios de K. Engisch), independentes da ideologia dos partidos políticos (porque constitucionais). Isso, malgrado haja uma discricionariedade quanto aos próprios fins a serem atingidos como prioridades, seja pela ideologia dos partidos governistas ou dos de oposição que façam emendas orçamentárias, referentes à escolha dos meios e dos fins imediatos.

A índole subjetiva da atuação corresponde à concepção individual no juízo a confrontar a situação normativa e o caso concreto regrado. Mas justamente nesse último caso, para não haver *desvinculação* e *arbítrio*, antes se deparam,

---

[567] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social:* princípios de direito público. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000, p. 60-66.
[568] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 399-400.
[569] FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 169.

> [...] a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exatamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte.[570]

Acrescente-se às regras referidas as proibições do particularismo, do arbítrio, do abuso e do excesso de poder. Nesse passo é que Karl Engisch conclui que:

> [...] Na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um poder discricionário, seremos forçados a aceitar que aquilo que em todo caso tem de ser *reconhecido como defensável deve valer como 'caindo no espaço de manobra' do poder discricionário e, nessa medida, deve valer como correto*" [grifo nosso]. [571]

Somente o que for *defensável* como fim de interesse público eleito como prioritário deve restar insindicável por qualquer outra instância, salvo se houver previsão de revisão ou auxílio técnico (perícia da matéria questionada, como no caso do Tribunal de Contas da União). Não sendo o caso de uma instância que se julgue mais 'sábia' ou dotada da *interpretação correta*, como o Judiciário em relação ao Executivo.

Isso quer dizer que, para além dos limites legais e supralegais, os conceitos discricionários submetem-se a regras teleológicas e axiológicas e a proibições ao particularismo, ao arbítrio, ao abuso e excesso de poder. Como diz Regina Maria Ferrari, a discricionariedade administrativa subsiste apenas como liberdade de meios, não de finalidades, quanto mais na aplicação das normas programáticas.[572]

Marçal Justen Filho sintetiza: "discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto."[573] Tudo a fim de se satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.[574]

E, além disso, a atuação discricionária só é impassível de sofrer controle judicial se passar incólume por todos esses critérios.

Perceba-se que os fins almejados pelo Direito que justificam a própria existência do poder discricionário são as orientações para uma discricionariedade válida, pois do contrário ela perde o seu fundamento de existência.

Diante disso, dizer que ao administrador não corresponde tal dever de zelar de maneira excelente pela sua função (o que se exterioriza na escolha das opções e medidas) é proporcionar libertinagem administrativa, acatar o desvio da função irrazoável. A outorga da discricionariedade

---

[570] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 248/249.
[571] Idem, p. 251.
[572] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade, efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 183-184.
[573] FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.
[574] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 399.

configura justamente o prestígio pelo Legislativo à *liberdade* do administrador (e não libertinagem), sempre com a obtenção da solução mais adequada ao caso concreto.[575]

## 5.4.2. GRAUS DA DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA

Os atos de despesa pública são atos administrativos. Emanados do Executivo, constituem a execução concreta do Orçamento, recebendo, autorizando e proporcionando a saída de recursos através do *empenho*, da *liquidação* e da *ordem de pagamento*, além de determinar, quando cabível, a execução de um projeto pelos funcionários subordinados.

Assim, inegável a necessidade de existência da discricionariedade quando da execução do Orçamento, face à própria otimização de atos e resultados sociais, não podendo um documento legal ser considerado como um fim em si mesmo, indiferente às condições materiais de existência das relações da vida.

No entanto, não se pode ir ao outro extremo, como apregoam muitos,[576] de se considerar a Lei Orçamentária como mero ato formal dotado de *nenhuma* força normativa (vinculativa), sob o argumento de que há discricionariedade administrativa.

Partindo-se da premissa de que não há discricionariedade sem previsão legal, cabível dizer sobre a necessidade de se conceber a lei orçamentária como lei em sentido material ou como conjunto democrático de eleições de prioridades – razões definitivas de direitos fundamentais *prima facie* –, o qual proporciona *determinada discricionariedade* ao Administrador.

Assim, faz-se necessário traçar a verdadeira discricionariedade quanto ao orçamento, no sentido de atender a Constituição e o Estatuto humano básico, permitindo concomitantemente efetividade de direitos fundamentais e flexibilidade à atuação executiva.

Primeiramente, em matéria de Orçamento Público, tem-se discricionariedade *decisória*,[577] sendo exercida em dois momentos diversos. Em um primeiro momento, há discricionariedade administrativa na eleição de necessidades públicas que serão satisfeitas em determinado período de governo (denomina-se aqui por *discricionariedade pré-orçamentária*). O ápice dessa discricionariedade é a produção de um projeto de lei a fim de prever a receita e fixar a despesa, a teor do §8º do art. 165, da Constituição Federal de 1988.

---

[575] FILHO, *Op. Cit.*, p. 161.

[576] Como exemplo, CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 75 e GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 13º ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 67. O primeiro autor ainda preconiza que a lei orçamentária é periódica, especial e formal, apregoando que o comando orçamentário não possui "substância de lei" (conceito, note-se, vago e fugaz).

[577] Cf. FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164.

Não se trata de competência referida ao poder regulamentar, de complementar a legislação, mas de competência de se proceder ao início do trâmite de uma lei orçamentária específica.

Por outro lado, há discricionariedade decisória referente ao momento de execução das rubricas orçamentárias específicas (*discricionariedade pós-orçamentária*). Trata-se da competência e eleger um dentre os diversos meios possíveis a fim de se concretizar a satisfação daquelas necessidades públicas já especificadas e escolhidas em uma lei orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo.

Mas esse processo de diferenciação da discricionariedade pode ser melhor especificado. Foi visto que Celso Antônio elencou os casos de discricionariedade, nos quais há juízo subjetivo do administrador: a) determinação ou reconhecimento de uma situação fática (*hipótese da norma)*; b) no que concerne a agir ou não agir; c) na escolha da ocasião para agir; d) na forma jurídica instrumental do ato; e) na eleição da medida considerada idônea para um caso concreto, no intuito de satisfazer a finalidade legal.[578]

Em sede de discricionariedade *pré-orçamentária*, referente à iniciativa da Lei Orçamentária, quando, após ter se debruçado no plano de governo, o administrador elege as necessidades que devam ser satisfeitas prioritariamente, a margem de liberdade do administrador quanto ao cumprimento de necessidades públicas atinge seu *mais alto grau*. Isso porque todos os aspectos acima colacionados (de '*a*' a '*e*') são aplicados genericamente. Nessa seara vige a *reserva do possível:* dada a escassez de recursos diante das necessidades a serem satisfeitas, promovem-se escolhas sobre as mesmas, excluindo as que não detiverem prioridade.[579]

A questão da escassez é prevalente quando se está a interpretar apenas os dispositivos constitucionais referentes a necessidades públicas, escapando a questão da implementação de direitos ao âmbito jurídico, imiscuindo-se a questões políticas.[580] Há necessidade de *processos institucionais de preferência,* hipótese que a Constituição Federal de 1988 não olvidou, ao prever o processo legislativo específico constante do art. 165, particularmente o §8º, sobre conteúdo da Lei Orçamentária Anual: prever receita e fixar despesa.

Nesse momento é que se pode dizer da existência da possibilidade de um conflito (específico) pelo emprego dos meios escassos,[581] a ser resolvido politicamente, pelas *escolhas trágicas*, ao se *fixar* as despesas. Mas a escolha de determinadas necessidades é aqui carregada de apoio democrático, não se trata de liberalidade do administrador. Bem por isso que após a sua

---

[578] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19.

[579] Em sentido amplo tais escolhas podem ser chamadas de *escolhas trágicas*, por significarem a preferência à satisfação de uma necessidade, em franco prejuízo a outras, as quais não receberam prioridade.

[580] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

[581] Idem, p. 131.

formulação o dispositivo orçamentário deve ser respeitado, sob pena de figurar-se uma forma de autoritarismo.

Já na situação jurídica em concreto, isto é, no cotejo das normas constitucionais já selecionadas pelo instrumento orçamentário, não mais se pode alegar escassez de recursos, devolvendo-se a questão da implementação dos direitos ao âmbito jurídico, após a sua necessária estadia nos *processos de preferência institucionais*. Nesse momento, já houve o conflito pelo emprego de meios escassos, devendo-se proteger a decisão tomada e promulgada em lei (viés democrático).

Desse modo, uma vez apreciada a proposta pelo Poder Legislativo com eventuais emendas, e sancionada pelo Chefe do Executivo, as necessidades ali pressupostas que tenham *matriz constitucional* não podem mais restar subordinadas aos "*a*", "*b*" e "*c*" dos aspectos discricionários, porque o seu momento foi justamente o da iniciativa.

*Sub* 'a', o administrador reconheceu a situação de carência em sua comunidade, o que respalda o atendimento a uma necessidade (p. ex., a situação fática de extrema precariedade dos hospitais). Aqui se trata da interpretação da realidade pelo Administrador e pelo Poder Legislativo.

*Sub* 'b', o administrador já escolheu *em que área* haverá ação. *A contrario sensu*, o que não estiver na Lei do Orçamento é a necessidade que ele escolheu *não agir,* produto de um juízo de valor inferior às necessidades a serem satisfeitas, isto é, positivadas no orçamento como destinatárias de ações estatais.

*Sub* 'c'*,* aquele escolhe a ocasião dos três anos de seu mandato e um ano do mandato seguinte (em se tratando de Plano Plurianual – PPA) ou um ano dos quatro de seu próprio mandato (Lei Orçamentária Anual – LOA) para satisfazer determinadas necessidades públicas através respectivamente de programas de duração continuada e de programas anuais (conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO).

Assim, percebe-se que após a feitura e publicação da Lei do Orçamento, a discricionariedade só pode se revestir dos aspectos temporal '*c*' (porém, mitigado) e formal '*d*' (forma jurídica instrumental do ato), bem como do aspecto da *possibilidade de escolha dos meios* '*e*' (eleição da medida considerada idônea para satisfazer a finalidade legal).

Diz-se um aspecto temporal mitigado porque o administrador não prevê um calendário preciso, mês a mês, para executar o orçamento, até porque seria impossível se se considerar a contingência intrínseca da atividade: liberação de materiais, burocracia, erros na legislação e na licitação, etc.

Isso, muito embora a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) preveja um relatório bimestral da execução orçamentária (art. 52). Razoável se afigura, no entanto, que o administrador detenha uma margem discricionária temporal durante todo o ano (em caso de LOA) e todo o mandato (no que tange às disposições do PPA), ressalvada sempre a vedação do art. 42 da LRF.

A delimitação dos momentos da discricionariedade tem cabimento porque a Lei do Orçamento deve ser respeitada como qualquer outra *autorização legislativa*, por se referir ao princípio democrático e a própria separação dos Poderes, reafirmada na limitação da discricionariedade antes e após da sanção à Lei Orçamentária.

Nessa esteira, as normas orçamentárias são originadas pela discricionariedade, mas, ao serem indicadas nas leis promulgadas, votadas e aprovadas pelos representantes da sociedade, têm efeito de disposição legal cogente, não meramente dispositiva.

Consequentemente, há que se inferir a natureza vinculante dos atos de despesa decorrentes das disposições orçamentárias concretas, notadamente as dotadas de força constitucional (baseadas em necessidades vitais básicas). Nesse caso a discricionariedade pré-orçamentária se restringe, devendo-se escolher quais, dentre as necessidades públicas indicadas na Constituição, terão prioridade.

Demais disso, não se aplica o entendimento do ato discricionário amplo (leia-se, em todos os aspectos apresentados) com relação às obrigações constitucionais de fazer impostas ao Estado, porque representam um estatuto mínimo constitucional de todo destinatário do orçamento público, face às medidas políticas aplicadas pelos administradores.

A discricionariedade ampla deve permanecer, salvo calamidades e reserva de contingência, no âmbito da iniciativa e veto do Poder Executivo, cabendo ao mesmo buscar a satisfação das necessidades que elencou como prioritárias no plano de governo.

Ressalte-se que, a par das mudanças sociais e administrativas, o Administrador possui sempre o poder de reconhecer situações da vida como prejudiciais à execução orçamentária, já que, como dito, nenhuma lei pode se afastar da contingência social.

No entanto, há de se ter em conta a supremacia do discurso racional. A identificação administrativa de uma situação prejudicial deve ser sempre fundamentada e subsidiada com documentos comprobatórios, principalmente porque consubstanciarão mudança na razão justificadora da Lei e, logo, reclamarão mudanças na mesma.

Esse aspecto da teoria dos *motivos determinantes* não pode ser olvidado, especialmente em razão do efeito que a decisão causa: mudança legislativa unilateral (no caso de margem de remanejamento de verbas) ou bilateral (após autorização legislativa específica).

Reitere-se o que foi dito constantemente nesse trabalho: o dever dos poderes políticos deve seguir a fundamentação constitucional, sob pena de sua atuação ou omissão ser considerada injustificada e ilegítima.

O dever de fundamentação racional, a partir do entendimento de que a restrição a direitos fundamentais deve ser sempre um sopesamento bem fundamentado, reitera o lado judicial do diálogo constitucional entre os três poderes a fim de implementarem direitos fundamentais: não havendo fundamentação constitucional, o ato ou omissão é restrição indevida à direito

fundamental, o que leva ao seu controle judicial, a par de compreensões sobre a realidade de necessidades, a possibilidade de atuação estatal e os princípios constitucionais *prima facie* e, enfim, as dotações como razões definitivas.

## 6. FUNÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO: FUNDAMENTOS ÚLTIMOS E PRAGMÁTICA

O esteio do controle judicial se revela na necessidade do diálogo entre os três Poderes da República a fim de aplicarem a Constituição, e como já visto decorre da natureza normativa de toda a Lei Fundamental, além da *vontade de Constituição.*

Mas por imperativo do princípio democrático e de separação de poderes, o controle judicial dos gastos públicos deve *defender a opção democrática* individualizada nas dotações orçamentárias quando se mostrarem proporcionais e eficientes ao alcance das finalidades propostas pela Constituição. Apenas em caso de vício nessas searas, o controle judicial será proveitoso para *permitir a superação de dotações* não constitucionais ou não eficientes, como no caso de discricionariedade exercida de modo alheio à realidade das necessidades coletivas. Dirley Cunha é incisivo:

> Não adianta afirmar que a Constituição deve ser respeitada, que ela vincula os poderes constituídos, que ela deve ser concebida como uma Constituição normativa plena [...] e concluir asseverando que o Judiciário não pode suprir *ativamente* as odiosas omissões do poder público, que acarretam até um pernicioso processo de mutação constitucional [...][582]

A tendência à participação jurisdicional no cumprimento de direitos é acautelada desde a superação do absolutismo, pelo que a legalidade *salvou* da arbitrariedade dos magistrados: antes do 'Estado legislativo', a regra era o pluralismo concorrente, sendo cometidos atos de arbitrariedade pelos juízes, pois não existia controle sobre a atividade dos magistrados e do rei. Retirar o amplo poder dos aplicadores do Direito, esse o verdadeiro mérito do princípio da legalidade. [583]

Em vista disso, por muito tempo se pensou o Judiciário com a função de apenas atuar a vontade concreta da lei e o Executivo como cumpridor de ações políticas. Porém, estava-se diante de outro problema: a possibilidade dos abusos da própria legislação, pelo que foi esquecida a máxima de Montesquieu que inerente ao poder está a possibilidade de seu abuso.

A *Constituição* adveio em meio ao Estado Legislativo, mas constituindo apenas um impedimento ao retrocesso absolutista: possuía *status* político apenas, não-normativo. Tal possibilitou que os parlamentos da Europa continental se tornassem hegemônicos.

---

[582] CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

[583] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.

> Assim, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação: o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela Lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. [...] Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo.[584]

Porém, com as teorias do positivismo crítico, basicamente a dos direitos fundamentais e sua efetividade e a dos princípios e regras, a hegemonia legislativa começou a perder-se. Tal se deu principalmente decorrente de estudos mais aprofundados sobre o escalonamento do ordenamento jurídico de Hans Kelsen e do desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade (continental e norte-americano), pelo que a Constituição foi sendo encarada como documento essencialmente *jurídico*, fundamento de validade de todo o sistema normativo.[585]

Interessante vincar, de outro lado, a necessidade de *accountability* horizontal para instituição da democracia representativa, como afirma Guillermo O'Donnel, como um dos mecanismos para se ultrapassar a democracia *delegativa* (na qual encontra-se o Brasil):

> Nas democracias consolidadas, a *accountability* opera não só, nem tanto, 'verticalmente' [...] mas 'horizontalmente', em relação a uma rede de poderes relativamente autônomos (isto é, *outras instituições*) que têm a capacidade de questionar, e eventualmente punir, maneiras 'impróprias' de o ocupante do cargo em questão cumprir suas responsabilidades. [grifos nossos][586]

Uma dessas instâncias para questionar e punir maneiras impróprias de gestão pelo Executivo é o Judiciário. Mas a fim de cumprir esse papel, a jurisdição tem de se livrar da prática da aplicação da lei sem esforço a uma interpretação condizente com princípios e valores do ordenamento, a qual traz consequências graves para a democracia e a convivência pacífica da pluralidade.[587] A partir da assunção de que a atividade interpretativa não guarda uma mera subsunção sem referência à realidade, às consequências das decisões e a princípios, nasce o gérmen da função criativa do Judiciário e seu papel democrático na *accountability* horizontal.

Daí a importância da teoria hermenêutica para o Direito, como se expôs no capítulo 4, ao tempo em que a crítica ao positivismo e a elaboração da teoria dos princípios pode ser ponto de partida para uma teoria da atividade jurisdicional mais participante da democracia, afastando-se do momento constitucionalista do Estado legislativo, mas sem instituir um 'Estado judiciário': a cooperação entre os três poderes é assim uma exigência constitucional dada a vinculação entre Constituição, limitação racional do poder e democracia.

O *racionalismo do* poder, conforme Mirkine-Guetzévitch, concerne na inibição do Poder Executivo, face aos arbítrios e do poder excessivo conferido pelas antigas Constituições aos

---

[584] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.
[585] CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade.* 2ª Ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 28 e 74.
[586] O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, São Paulo, out/1991, p. 32.
[587] MARINONI, *Op. Cit.,* p. 14.

Chefes de Estado e Governo,[588] o que se alastra na consciência social dos países latino-americanos após períodos de ditadura.[589]

## 6.1. NATUREZA HERMENÊUTICA DA JURISDIÇÃO

É conhecida a divisão clássica de Montesquieu sobre os 'poderes' estatais. Saliente-se que não se tratam em verdade de poderes, por existir no seio social apenas um Poder uno e indivisível, o qual fundamenta a soberania.

O que existe são diferentes *funções estatais*, decorrentes de um mesmo Poder. A tônica, inclusive na obra de Montesquieu, foi a diferenciação e independência dos órgãos que exercessem funções diversas, quais sejam, a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Em verdade, pode ser verificado que *execução* e *aplicação* da lei são atividades semelhantes, o que leva a enxergar um gênero funcional do Estado como sendo o *cumprimento da lei,* denominamos, tendo como espécies a *execução* e a *aplicação*, funções essas exercidas respectivamente pelos órgãos administrativos e judiciários.

Tais espécies se diferenciariam, pois, pelo tipo de atuação no cumprimento da lei: o administrador deve cumprir a lei de ofício (em regra), através de atos normativos independentes de conflito intersubjetivo anterior, com o *telos* da satisfação das necessidades públicas (inclusive constitucionais), e lidando com questões políticas (governo).

Já o ente jurisdicional deve cumprir a lei mediante impulso legitimado (regra da inércia), através de atos normativos dependentes de conflito intersubjetivo anterior ou de antinomias (controle *in abstracto* de constitucionalidade) e obtidos mediante processo com contraditório, com o *telos* dos princípios e regras constitucionais subjacentes ao caso e da necessidade de tutela jurisdicional, lidando com questões de fato e de direito pertinentes.

Mauro Cappelletti fala em existência de "virtudes passivas" da Jurisdição, que não se encontram nas funções executiva e legislativa. Elas se relacionam com o modo de atuação da função jurisdicional, e constituem a imparcialidade, a inércia do início, a independência e a garantia do contraditório.[590]

---

[588] MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 48-49.
[589] O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, São Paulo, out/1991
[590] Cf. CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

Nota interessante é que ambos atuam mediante *processo*, sendo esse também um caráter de aproximação entre as duas funções: o princípio do *due process*, logo, dirige-se ao gênero *cumprimento da lei*, de forma diferente que com o processo legislativo (embora a raiz de sequência ordenada de atos com vista a um provimento final o qual é legitimado pela participação dos agentes interessados[591] também esteja presente).

A prioridade em 'dizer o direito' é revelada pelo modo de conformação do ordenamento jurídico: é necessário um Poder para expressar o que se manifestou na lei, em sede de *controle de significação*, que tem o Judiciário, pois detém a última palavra.[592]

Aliás, esse aspecto é expresso por Fredie Didier Jr., com Daniel Mitidiero, como característica marcante do Poder Judiciário frente aos outros Poderes. Argumenta que ao poder judicante cabe o controle dos atos normativos expedidos tanto pelo legislativo quanto pelo executivo, enquanto que os seus atos normativos não são controlados formalmente por nenhum órgão, a não ser as instâncias superiores judiciárias. [593]

Assim, o Poder Judiciário é o órgão ideal de Montesquieu, já que o único, na esfera do poder estatal, a se autolimitar, graças talvez à grande institucionalização da segunda instância de julgamento e do lavor das Cortes Constitucionais nos diversos sistemas jurídicos (em que pode ser incluído o Supremo Tribunal Federal, de certa maneira) em aproximarem-se das questões políticas através da aplicação de princípios, sobretudo quando omissões dos outros poderes ferem a efetividade de direitos constitucionais.

O tema toca, entre outros, o tema da legitimidade democrática como possibilidade de existência do Judiciário como a instância das instâncias. Em tempos de crise da democracia, afirmam que a jurisdição detém maior potencialidade democrática.

O tema é desenvolvido por Dirley da Cunha Jr., ao aduzir que o Poder Judiciário detém, inclusive, maior legitimidade democrática do que os outros poderes, em razão do compromisso com a Lei Fundamental. Diz, em suma, que o Judiciário se legitima pela função que exerce em compor os conflitos de interesses, pacificando os litígios e confortando as tensões das partes, dentro de um clima de respeito mútuo livre de pressões políticas.[594]

Com a devida vênia, é preciso salientar que, ao contrário do entendimento de muitos, o Judiciário possui legitimidade democrática, porém, ela não decorre da simples *função*, e muito menos de uma visão, digamos, romântica da Magistratura.

Constituída por homens, a Magistratura necessariamente é falha, podendo sofrer pressões políticas de variado matiz, dela podendo advir escândalos de corrupção e exemplos de

---

[591] Síntese do instituto *processo,* segundo FAZZALARI, Elio. *Novíssimo Digesto Italiano.* v. 13. Turim: UTET, 1966, p. 1068-1069.
[592] CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008*,* p. 343-344.
[593] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 73.
[594] CUNHA JR., *Op. Cit.,* p. 348.

improbidade e desequilíbrio, os quais vão de encontro à responsabilidade, respeito mútuo e sobriedade do exercício da jurisdição.[595]

A democracia, por outro lado, não decorre da própria função, até porque, quais aos Magistrados, muitas funções públicas são importantíssimas para a pacificação dos litígios e nem por isso são instituições democráticas. A legitimidade democrática pode decorrer do discurso jurídico dos tribunais, por legitimidade de *representação argumentativa*.[596] De um *verdadeiro* discurso jurídico, ou seja, razoável, proporcional, sem excesso e consentâneo com o regramento constitucional.

Assim, se o discurso não possuir algum dos requisitos acima elencados, embora seja um discurso do Poder Judiciário, ele não terá legitimidade democrática. Assim, a democracia não decorre da mera função de defensor da ordem constitucional e sim da qualidade do discurso exercido pelo Poder Judiciário nesse mister.

Sobre o tema da peculiaridade da jurisdição é preciso acentuar, de outro lado, mais um caráter quanto ao modo de exercício de sua tarefa: o *criativo*. Por muito tempo se pensou em um Judiciário com a função de apenas atuar a vontade concreta da lei. Mediante o princípio da legalidade, os parlamentos da Europa continental tornaram-se hegemônicos.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. afirma que pela jurisdição cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como a regra abstrata que deve regular o caso concreto. Com Niklas Luhmann, a interpretação, construção e distinção dos casos, confrontando-se o direito vigente, é tarefa peculiar da Jurisdição.[597]

Inclusive, a norma individual definida pelo Judiciário se diferencia das demais por ser produto da atividade jurisdicional e estar contida em um discurso (linguagem) protegido pela coisa julgada material.[598]

Humberto Ávila, por sua vez, assevera a tarefa de *construção* do jurista do significado do texto de lei, o que pode ser considerado como atividade criativa do Direito de criar um mandamento específico, dentre as diversas possibilidades de interpretação dos dispositivos, considerando melhor utilizar-se a palavra *reconstrução de significado* (constituição de acordo com

---

[595] NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009, p. 03.

[596] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-54. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo: Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46-47.

[597] Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008*,* p. 68.

[598] Idem*,* p. 69.

o contexto fático de aplicação) como trabalho do intérprete do Direito.[599] Friedrich Müller entende que

> No âmbito do processo efetivo de concretização prática do direito, 'direito' e 'realidade' não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que foi por ela ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguido apenas em termos relativos.[600]

Nesse diapasão entende-se a criação da *norma geral do caso*, presente na fundamentação das decisões judiciais, hipótese em que a fundamentação pode vincular a atuação jurisdicional sob a forma de precedente jurisprudencial, servindo como ponto de partida para o raciocínio e decisão final em casos semelhantes.[601]

Sobre esse papel concretizador criativo, também Oskar Bülow assevera que são facilmente constatáveis as forças de organização e criação do direito existentes no Judiciário, as quais sobreviveram no bojo do direito positivo e nunca serão destruídas, mesmo em meio à mais completa e perfeita legislação.

Refere-se a uma atividade judiciária criadora de leis, algo peculiar existente *de modo paralelo* ao direito positivo, mas não coincidente com o direito costumeiro e nem um ramo dos desenvolvimentos desse.[602]

A lei é mero plano, apenas pode imperiosamente apontar a direção para a qual a criação de um ordenamento jurídico deve se destinar. Com o fito de assumir essa tarefa de criação, o estado mantém acima da máquina legislativa outra instituição jurídica, o Judiciário. A atividade judicial colabora assim para engajar e aperfeiçoar o trabalho de criação do ordenamento jurídico, o qual apenas houvera se iniciado no direito positivo.[603]

Dirley Cunha ainda fala em caráter *ativista*, pois

> [...] um Judiciário ativo, dinâmico e criativo, capaz de contribuir dinamicamente para a formação e evolução do Direito, certamente muito pode colaborar com a democracia, exercendo o importante e decisivo papel de desenvolver e difundir os valores por ela consagrados, entre os quais se destacam, com especial importância, os direitos fundamentais, que a ele cabe, sem dúvida, efetivar.[604]

O papel do processo, nesse passo, torna-se fundamental, não apenas no que toca à instrumentalidade, mas às possibilidades e aos limites à efetividade que o direito processual, em

---

[599] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.
[600] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* 3ª ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 43-44.
[601] Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 183-184.
[602] BÜLOW, Oskar. *Statutory Law and the Judicial Function. In:* American Journal of Legal History, v. 39, 1995, p. 74.
[603] Idem, p. 75.
[604] CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 350.

um Judiciário ativista, pode proporcionar. Isso pelo simples motivo de que o meio pelo qual o Judiciário atua é o processo (sentido lato).

Nessa perspectiva a jurisdição tem um papel peculiar, o qual a diferencia das outras funções estatais: o de atuar principalmente e *supletivamente* em se tratando de efetividade de *direitos a algo*, notadamente os direitos a prestações positivas do Estado.

O Executivo atua primariamente, o Legislativo propõe medidas e soluções *a priori* para a efetivação dos direitos, mas o Judiciário pode agir, além da atuação *a posteriori* (âmbito concreto), na função *supletiva* daqueles Poderes, quando incorram em *omissão administrativa* e *legislativa* inescusável. Essa função jurisdicional, pois, justifica-se perante as novas teorias sobre direitos fundamentais e efetividade constitucional.

Assim é que pode conceituar-se jurisdição como a *função estatal tipicamente heterocompositiva de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.*[605]

### 6.1.1. JURISDIÇÃO HERMENÊUTICA E ORÇAMENTO

O decisivo é a perspectiva que o Poder Judiciário deve ter perante a invocação constitucional de deveres estatais, a eleição propriamente dita das necessidades (*in concreto*) e o modo como se dá a execução efetiva das rubricas orçamentárias, se atinentes aos dispositivos e as necessidades factuais (também *in concreto*).

Vê-se que o primeiro mediador do fenômeno de cumprimento dos deveres constitucionais é a Administração Pública. Após, o Poder Legislativo referenda e altera a proposta orçamentária. O Poder Judiciário, por sua vez, a investigar e determinar o cumprimento razoável das leis e da Constituição, pode atuar em duas frentes.

Primeiramente, na avaliação da avaliação constitucional dos outros poderes sobre as necessidades que devem levar a cabo (nível abstrato das leis orçamentárias).

Secundariamente, na avaliação da avaliação factual do Executivo, quanto aos motivos de não satisfação das necessidades previstas no âmbito orçamentário (previsão abstrata). Tal *frente de combate* pressupõe o poder de controle efetivo das despesas orçamentárias quando verificado processualmente (questão de prova) que há necessidades constitucionais factuais da comunidade desatendidas, preteridas em relação a necessidades tidas por secundárias.

---

[605] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 65.

O motivo da classificação apresentada nesse trabalho sobre necessidades públicas e o seu imbricamento com a lei orçamentária e com os deveres estatais constitucionais é melhor explicitado quando se analisa a hermenêutica, notadamente a filosófica de Gadamer. Sobre *hermenêutica*, diz Josef Bleicher que

> As ciências hermenêuticas ajudam à preservação e extensão da comunicação sobre o sentido da vida, os objetivos do desenvolvimento sócio-político, os estilos de vida públicos e privados, etc., tornando acessível o sentido de textos e ações e, por sua vez, antecipando ou projetando possíveis formas de (melhor) vida.[606]

Do excerto pode-se entender que a ciência hermenêutica auxilia a compreensão, pelo homem, do seu mundo, auxiliando-o na melhora da qualidade de vida. Tal entendimento se coaduna com a perspectiva gadameriana sobre o estágio da *aplicação,* em toda compreensão linguística. A presença da comunidade, da tradição, do contexto e do dogmatismo são vozes que falam ao intérprete do seu passado e presente, os quais são somados ao seu destaque da tradição (em si modificados, pois) e repassados para o futuro.

Gadamer aduz que a compreensão sempre possui uma esfera aplicativa, pois sempre significa uma tomada de decisão. Há exigência ontológica quanto a esse modo de compreender pelo intérprete, interpretação que será determinante para outrem sempre que existir a possibilidade de exigência heterônoma (característica da Jurisdição).

Pode-se falar que o intérprete compreende um texto (o qual também forma a tradição) a partir do contexto recebido pela tradição em geral, mas através do modo de *aplicação* ao presente: conforme as suas necessidades de variada ordem (confundidas com *interesse*), por vezes inconscientemente.

Quanto às necessidades públicas, o administrador e o corpo legislativo interpretam o texto constitucional de deveres estatais a partir das necessidades sociais do seu contexto, conforme cheguem a eles através da comunidade governada. [607]

Porém, com a falta desse trabalho interpretativo engajado com as normas constitucionais, caberia ao Judiciário indicar quais as necessidades que devem ser buscadas (através da perspectiva constitucional aplicada ao presente), porém, respeitando a lei orçamentária que assim cumpre esse rol.

'Respeito do Judiciário' pressupõe a defesa, por esse, da lei orçamentária não cumprida, por caracterizar o descumprimento desvio de finalidade administrativa, fundado na *interpretação contraditória do administrador* ao longo do tempo: se se fala em *aplicação*, pressupõe-se vigência

---

[606] BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980, p. 353.

[607] Refere-se aos cargos, não às pessoas em si. É análise ideal, não material.

daquela interpretação, vigência essa coincidente com o exercício da lei orçamentária, salvo quando haja mudança brutal da situação de fato, a requerer outra aplicação.[608]

Na superação das rubricas orçamentárias, pois, há atividade de superação de regras. E as regras apenas podem ser superadas caso o âmbito factual regrado (natureza singular do presente) reclame uma exceção ou desvirtue algum elemento essencial do descritor da norma (caso de inaplicabilidade).

Essa, a segunda frente de combate do Judiciário: não havendo a constatação da efetiva despesa no mundo dos fatos ou não havendo qualquer circunstância material que justifique a superação da regra orçamentária, o Executivo não pode se imiscuir de cumprir os dispositivos legais orçamentários (ver adiante controle em prol do orçamento).

As frentes de combate (avaliação da avaliação)[609] se justificam em decorrência de uma primazia das escolhas orçamentárias de ordem hermenêutica. Os poderes executivo e legislativo detêm essa função constitucional de interpretar, por um lado, a extensão de seus deveres, a partir dos dispositivos constitucionais aplicáveis; de outro lado, as necessidades da comunidade governada, planejando a sua satisfação através das receitas públicas.

Trata-se do momento de aplicação das normas constitucionais. Subsidiariamente, pois, o judiciário deve intervir, sempre que essa dupla tarefa hermenêutica se revele equivocada, oportunidade em que fará a sua aplicação hermenêutica da Constituição e da satisfação das necessidades, sempre respeitando o Orçamento consoante com a divisão proporcional dos gastos e deveres constitucionais do Estado.

### 6.1.2. NOVAS OPÇÕES CONSTITUCIONAIS E A JURISDIÇÃO

Foi visto que a aplicação do direito detém uma base hermenêutica fundamental, dado que norma possui um conceito semântico. Em vista da falta de correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, o aplicador do direito necessariamente atua na reconstrução do significado das mensagens normativas, solucionando a distância ontológica texto-norma e a distância do objeto dessa relação *conduta geral-conduta fática.*

---

[608] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

[609] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

Assim, pode ser dito que a interpretação no direito é de duplo teor: de um lado, interpretar o texto normativo para originar o functor deôntico;[610] de outro, interpretar a linguagem referente aos fatos da vida e à estrutura social (natureza das coisas).

Como marco teórico acerca da hermenêutica, Hans-Georg Gadamer fornece, através de sua teoria de hermenêutica filosófica, importantes contribuições para a aplicação interpretativa do direito. No decorrer desse estudo foram vistos institutos fundamentais de sua complexa teoria, dando-se ênfase para a estrutura dialógica da compreensão, a fusão horizôntica entre tradição e destaque do intérprete e, logo, as variáveis da compreensão segundo esse processo de fusão.

O estágio de aplicação foi analisado, com a importante conclusão de que o direito se refere a uma necessidade de aplicação ao presente dos textos normativos, ao tempo em que se suspende o processo de formação da pré-compreensão: é a exigência de decidibilidade,[611] mesmo com a cognição limitada (e sempre é limitada, em vista da finitude humana). A *certeza do direito* e a *cognição exauriente* são meras ficções. Bem como a segurança jurídica pela *eliminação do conflito*: a decisão absorve insegurança porque transforma o conflito.[612]

Atrelada a essa finitude está a relativização das verdades jurídicas: a verdade a que chega um magistrado quando decide é uma verdade relativa ao processo, à natureza singular do presente e à pré-compreensão do significado dos princípios e regras vigentes à época. É verdade histórica, temporal. Sobre a atividade hermenêutica da aplicação do direito, pode ser atividade autônoma (destinatário) e heterônoma (judicial), sendo que na aplicação heterônoma o magistrado decide e preenche o significado das cláusulas abertas do direito, servindo a sua decisão, ademais de decidir o caso em si, como um elemento formador da pré-compreensão dos destinatários das normas e da própria jurisprudência.

Logo, o Judiciário tem legitimidade para ordenar indiretamente a conduta (através do incentivo a determinado sentido do comportamento autônomo), bem como legitimidade *hermenêutica* para, ponderando os interesses em jogo, realizar juízos racionais do que deve ser cumprido ou afastado,[613] em um processo contínuo e progressivo.

De tais considerações sobre a hermenêutica de Gadamer e o estágio de aplicação no direito, podem ser referidas algumas considerações sobre a legitimidade do planejamento orçamentário. Isso porque a aplicação jurídica no seu âmbito pode ser autônoma e heterônoma, nos mesmos moldes das normas em geral.

---

[610] ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008*,* p. 54-55. Sobre elementos deônticos, WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970*,* pp. 167-171.

[611] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* técnica, decisão dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 313.

[612] Idem, p. 313.

[613] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110-113.

Igualmente, trata-se de hermenêutica constitucional, vez que as necessidades públicas como objeto de deveres do Estado estão previstas em nosso documento jurídico maior.

A força constitucional de imposição de satisfação, pelo Estado, de determinadas necessidades são os pontos de partida para a interpretação normativa realizada pelos administradores e legisladores, ao perfazerem a lei orçamentária. Em seu bojo recorrem a *escolhas*, em vista da interpretação dos fatos sociais de necessidade e de uma hierarquia de prioridades (o que se aproxima com a legitimidade democrática do governo eleito, se esse seguir a sua proposta eleitoral).

Essa, a legitimidade hermenêutica das escolhas orçamentárias: deve se referir a uma interpretação razoável e proporcional da realidade fática da comunidade considerada, bem como da realidade normativa sobre o que está obrigado o Estado frente a tais necessidades (a hierarquia das prioridades não pode contrariar o entendimento racional da Constituição Federal de 1988).

Essas interpretações *autônomas* (porque aplicação jurídica pelos destinatários) podem, inclusive, sofrer avaliação judicial, já que não se pode se afastar irracionalmente da realidade fática (proibição ao absurdo), nem se pode hierarquizar de maneira desproporcional as prioridades a serem satisfeitas. Tal é o novo controle de legalidade dos atos administrativos, o qual, acompanhando o preenchimento de significado do princípio da legalidade (ao incluir-se eficiência), sobrepuja o simples controle formal.

A hermenêutica filosófica, ademais, propicia o entendimento de que a verdade das escolhas orçamentárias deve se referir ao momento em que foram produzidas, devendo ser alterada somente quando a tradição linguística mude substancialmente (e não por simples vontade política) ou quando a situação de fato reclame outra aplicação hermenêutica.

Revela-se, aqui, um fundamento importante para um possível controle judicial das escolhas orçamentárias (e consequentes políticas públicas), com direção à proteção das interpretações já preconizadas nos documentos orçamentários, impedindo a sua mudança por qualquer razão.

Logo, pode-se dizer que a teoria de Gadamer sobre a ontologia da compreensão fundamenta hermeneuticamente a tomada de posição nas escolhas ínsita das leis orçamentárias. Preconiza-se, assim, a sua proteção judicial, uma vez mantido o contexto de sua formulação ou superação judicial, caso se afaste das decisões constitucionais.

Trata-se de aplicação constitucional das mais importantes, por se referir à satisfação de necessidades públicas previstas na Constituição de 1988. O respeito ao consenso (dogmatismo da tradição), em bases racionais, é o que descreve a hermenêutica filosófica e, diante da organização prévia que a atuação do Estado deve possuir, é respeito o qual deve ser preconizado pela aplicação jurídica, autônoma ou heterônoma. Isso, com vistas à melhoria da pré-compreensão sobre a eficiência estatal e a sua efetividade em prol das necessidades que a Constituição comete às funções essenciais do Estado de Direito.

## 6.2. O DIÁLOGO CONVERGENTE À PARTICIPAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Ao teor da caracterização hermenêutica da Jurisdição, pode-se falar em um diálogo constitucional revisor da separação dos poderes, convergente na participação do Poder Judiciário no tocante à cooperação da efetivação dos direitos fundamentais. A cooperação do Judiciário nessa seara segue as regras processuais e atua sempre em face de uma omissão administrativa e legislativa.

> Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.[614]

A regra constitucional da inafastabilidade jurisdicional permite afirmar a existência desse diálogo constitucional consistente na cooperação de todas as funções estatais dando-se proeminência ao Judiciário. O instituto surgiu na CF/46 e sua ausência, no passado, compactuava com o arbítrio das razões do Estado. "A injustiça, defluindo da atitude de omissão dos tribunais, em presença do conflito entre certas franquias constitucionais e a chamada questão política, era, então, um fato corriqueiro. Cometiam-se atos brutais."[615]

A enunciação da regra da inafastabilidade do controle judicial na Constituição de 1969 consistia na proteção de interesses (direitos) *individuais. Somente um direito desse jaez* poderia ser a motivação para que o Poder Judiciário não pudesse ser afastado.

No entanto, sofreu mudança significativa quando da supressão de uma única palavra. O art. 5º, XXXV, CF/88, enuncia que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Abre-se a possibilidade de tutelar direitos transindividuais ou interesses da

---

[614] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, out-dez/1999, p. 256.
[615] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

coletividade de uma forma geral, permitindo que seja aplicada a tese *substancialista* no Direito Constitucional.[616]

Assim, sempre que houver omissão administrativa ou legislativa, cabe a participação do Judiciário como cooperador, influenciando a tomada de posições, mesmo em sentido coletivo. As necessidades públicas, nesse sentido, ganham relevância para o Judiciário, em fenômeno denominado de *judicialização da política*.

Luis Roberto Barroso explica que a judicialização de amplos setores da vida humana "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo."[617]

Segundo ele, o fenômeno ganhou peculiares proporções no Brasil, em vista de causas nacionais, como o processo de redemocratização iniciado em 1985, afirmação do Ministério Público, a constitucionalização abrangente (absorção de opções políticas como normas), e a abertura ao controle de constitucionalidade, tudo a propiciar um ambiente favorável à expansão e fortalecimento argumentativo do Judiciário.[618]

De outro lado, não se pode dizer que a judicialização é uma insurgência indiscriminada de juízes ou do próprio STF.

> Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.[619]

O papel constitucional é do Judiciário em respeitar as decisões consensuais institucionalizadas pela Constituição e obrigatórias aos Poderes Públicos. A noção equivocada quanto à aplicação da lei como atividade apenas cognoscitiva, portanto, que foi superada em prol da exigência racional do processo hermenêutico como processo criativo no sentido positivo, infinito, de externalização de decisões que transformam os conflitos em vez de eliminá-los.

Ainda vale anotar a diferença entre judicialização e ativismo, visto que esse é um modo de atuação do Judiciário. Embora o primeiro seja pressuposto do segundo, vale considerar que a judicialização não leva ao ativismo, podendo existir a *autocontenção judicial* (*self restraint*), como modo de atuação em que prepondera o excesso de limitações ao Judiciário para poder decidir

---

[616] NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009, p. 04-06. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430.

[617] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 03.

[618] Idem, p. 03-04.

[619] Idem, p. 05-06.

questões do âmbito político, mesmo que constitucionalmente positivados. Os modos de atuação são pendulares nos países com controle de constitucionalidade.[620] "O Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais."[621]

Com relação possível controle orçamentário a partir do Judiciário, há de se ter limites, de modo a preservar a própria democracia.[622] *Primeiramente, há de se ter omissão*. "Em certas condições, o incumprimento pelo legislador ou do governo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão."[623] Luis Roberto Barroso explica que o ativismo tem prazo de validade, ou seja, é antibiótico válido enquanto perduram momentos históricos caracterizados pela crise de legitimidade do Parlamento, já que o Chefe do Executivo é *popular*[624] e não se trata de atribuição do Judiciário uma reforma política necessária.[625]

Porém, a crise de legitimidade também atinge o executivo: longe de popularidade, há de se analisar o grau de satisfação das necessidades públicas através do Executivo. O critério da popularidade do Chefe do Executivo não vem ao caso: o problema é a corrupção no Planalto como o *mensalão*, o superfaturamento das obras públicas do PAC, a realocação de recursos da habitação para obras dos Jogos Panamericanos e a proteção reiterada a presidentes do Senado protagonistas de mais corrupção. Ainda, o problema é a omissão legislativa e administrativa no cumprimento das promessas institucionalizadas nas leis orçamentárias. Andreas Krell adiciona:

> A consequência do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política. Ao mesmo tempo, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade.[626]

A participação do Judiciário é necessária, porque abusos podem ser cometidos pelo Administrativo e Legislativo contra os Direitos Fundamentais e contra a própria norma constitucional orçamentária. Nesse último caso será um descumprimento indireto dos direitos fundamentais atinentes ao caráter teleológico do Orçamento, como visto nos capítulos dois, três e quatro desse trabalho.

---

[620] Idem, p. 06-09.
[621] Idem, p. 09.
[622] Idem, p. 12.
[623] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 144, out-dez/1999, p. 251.
[624] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 09-10.
[625] Idem, p. 19.
[626] KRELL, *Op. Cit.*, p. 252.

Após a Lei Orçamentária, a discricionariedade constitui-se em margem de liberdade de escolha deferida ao administrador, referente *apenas* à possibilidade de eleger os meios de uma medida, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação do escopo legal ou constitucional.

Seria um espaço de livre apreciação, limitado por critérios legais e supralegais, além de regras teleológicas e axiológicas e proibições ao particularismo, ao arbítrio, ao abuso e excesso de poder. Note-se, como já dito, que as regras teleológicas e axiológicas são as normas constitucionais e legais dirigidas ao agir do Estado-Administração, instituidoras dos *deveres do Estado*. É um *ethos* jurídico-constitucional inafastável.

Tanto inafastável que o Supremo Tribunal Federal, em época anterior à modificação havida com o Mandado de Injunção, estatuiu:

> [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.
>
> As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.[627]

Expõe-se à censura do Judiciário a omissão inconstitucional do Poder Público. Assim, o dever jurídico do Estado é censurável, controlável pelo Poder judicante na sua legalidade e, reflexamente, na sua constitucionalidade. Ademais, em se tratando de "*ethos* jurídico" originado na Carta Magna de 1988, a afronta às leis orçamentárias constitui desobediência a mandamento constitucional.

Isso porque a constitucional obrigação de fazer do Estado se constitui nada menos do que um dever jurídico, reclamada pelo próprio conceito de Direito, que a Constituição Federal impôs ao ente estatal, notadamente ao Poder Executivo. O seu descumprimento seria inadimplir um Estatuto mínimo constitucional, um conjunto de direitos que constitui o cidadão como credor de obrigações de fazer do Estado, no âmbito social. Nesse sentido é a lição de Rodolfo Mancuso:

> A lide, na conhecida concepção carneluttiana, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida; essa resistência, quando se trate de interesses metaindividuais, *exsurge da negativa, ou da omissão do Estado em tutelar eficazmente os interesses assim difusos*; logo, ao lhes outorgar tutela, o Judiciário nada mais faz que dirimir uma

[627] ADI-MC 1458 / DF, Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 23/05/1996. DJ 20-09-1996.

> lide, concebida esta, *não em seus parâmetros costumeiros, mas em sua projeção social*"[628] [grifos nossos].

E o mesmo autor ressalta a atividade do Poder Judiciário nesta seara: "esta função justifica-se na medida em que exerce o poder-dever de outorgar tutela a interesses legítimos que, de outra forma, restariam insatisfeitos".[629]

Luis Roberto Barroso, ao analisar as normas constitucionais que cuidam de definir direitos subjetivos (normas definidoras de direito: relação entre direito subjetivo e dever jurídico), ressalta que "[...] quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público".[630]

Tal organização de ideias quanto ao direito subjetivo foi amplamente difundida em direito privado, mas nada obsta que se harmonize em versão publicizada, pelo que o dever constitucional de prestação do próprio Estado em não sendo cumprido possibilita a intervenção judicial para coibir e prestar tutela material.

Assim também entende o referido autor. Diz que inexiste qualquer óbice à aplicação plena dos elementos e atributos do conceito clássico de direitos subjetivos ao Direito Constitucional e que tal aplicação foi historicamente negligenciada.

Até os dias atuais a atuação do Estado não foi devidamente enaltecida como um *dever jurídico,* e sim contemplada como mera liberalidade do governante. Após o surgimento da tão conhecida visão marxista acerca da autorreprodução capitalista, incutiu-se como ideia a obrigação da prestação estatal, muito embora com a característica de argumento político, mais do que como concepção jurídica respaldada no ato legislativo-mor, a Constituição. Fato é que atualmente o *dever jurídico* do Estado começou a ser discutido e afirmado pelos Tribunais, notadamente pelo STF em querelas acerca de direitos fundamentais. O Tribunal Pleno já se pronunciou:

> Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.[631]

> 1. A Prefeitura Municipal de Recife, ao provocar a propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade [...], não pretendeu se eximir da responsabilidade, que também lhe cabe, de zelar pela criança e pelo adolescente [...]. *Até porque se trata de "dever do Estado", no sentido amplo do termo* [...] [grifo nosso].[632]

No mesmo sentido, o ministro Eros Grau, em decisão monocrática:

> "[...] 8. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. *É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa*

[628] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos.* São Paulo: RT, 1988, p. 98/9.
[629] Idem, p. 98.
[630] BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira**.** 5 ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 104.
[631] ADI-MC 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 23/05/1996. DJ 20-09-1996.
[632] ADI nº. 1.689-PE, Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento: 12/03/2003, Pleno, DJ 02/05/2003, p. 25.

> *impede que o Poder Público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição do Brasil.* [...] Assim, "[o]s Municípios [...] não poderão demitir-se do *mandato constitucional, juridicamente vinculante***,** que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que *representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais* [...]" [grifos nossos].[633]

Vale colacionar também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ressaltou a índole da norma que estatui direito social não como meramente programática, mas como definidora de direitos:

> [...] Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.[634]
>
> [...] O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos.[635]

Ora, é inegável a extrema necessidade de atuação do Judiciário, pois que representante do próprio Estado, quando os cidadãos não recebem de maneira devida, ou ao menos em nível de mínimo possível, obrigações prescritas constitucionalmente ao Poder Executivo e Legislativo.

> [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo [...]. [636]
>
> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. [...] 2. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico *indispensável*, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.[637]

Assim, infere-se que a escolha da necessidade a se seguir é imprescindível à própria mantença da sociedade. E óbvio está que ao político foi dada essa tarefa. Logicamente, de outro lado, a escolha em si vincula ao cumprimento dos meios para se alcançar a satisfação das necessidades escolhidas, senão a escolha é vazia de sentido, tão-só uma expressão de vontade (que em verdade não existe) escrita em documento apenas formal e, sobretudo, imprestável. Nesse

---

[633] RE 293412/SP – Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 15/04/2006. Publicação DJ 29/05/2006.
[634] REsp 736524/SP, Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Data: 21/03/2006. DJ 03.04.2006. p. 256.
[635] REsp 575280/SP. Rel. Min. José Delgado. Rel. para Acórdão Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Data: 02/09/2004. DJ: 25.10.2004 p. 228. RSTJ vol. 187 p. 155.
[636] ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. DJ 04/05/2004.
[637] REsp-893792/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgamento: 17/04/2007. DJ 07/05/2007, p. 309.

diapasão, o arbítrio falacioso da discricionariedade administrativa levada às últimas consequências é estranho a essa lógica de meios para se atingir fins anterior e democraticamente escolhidos, doravante nas leis orçamentárias de diretrizes, planos e especificidade anual.

A não obediência na aplicação de meios para satisfação das necessidades escolhidas previamente nos remonta à ideia de ditadura: o governante está livre para proceder a outras escolhas, segundo o seu próprio arbítrio, velados na alegação de 'conveniência e oportunidade'. Sobre o tema observou Kolm, acerca da tenuidade entre o ditador, o sábio e o democrata, em sede de 'ordenamento de preferência', ou seja, a ordenação de escolhas, que podem ser gerais (ordenamento social) ou particulares (ordenamento pessoal):

> Um indivíduo é chamado de ditador se o ordenamento social sempre coincide com o seu ordenamento de preferência. A condição exclui isso. Mas tal indivíduo também poderia ser um sábio, cujas visões deveriam ser seguidas (presume-se que as preferências dos indivíduos incluam "valores", visões do bem para a sociedade). Ou ele também poderia ser um democrata, que ajusta as suas preferências ao bom ordenamento social.[638]

Ora, o 'bom ordenamento social', em que se chega através dos atos políticos, não constitui, de forma objetiva, senão os ditames constitucionais sobre deveres do Estado (o "Estatuto mínimo constitucional" aqui defendido) e, claro, as determinações do conjunto das leis orçamentárias as quais criadas pelo disposto na Constituição.[639]

Em verdade, está aí o verdadeiro sentido do Princípio da Harmonia e Equilíbrio entre Poderes, decorrente da divisão das funções estatais: o destinatário a ser favorecido é sempre o cidadão, de modo a obter as prestações específicas a que tem direito. Se um dos Poderes não vem cumprindo retamente os seus deveres institucionais, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de pressioná-lo para que o faça, ao menos no plano do mínimo existencial.

> [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[640]
>
> [...] No caso dos interesses difusos, a intervenção jurisdicional é hoje considerada fundamental; não é que esse Poder esteja a invadir a seara dos outros; será, antes, um

---

[638] KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000*,* p. 543.

[639] Mesmo que sejam os ordenamentos de preferência subjetivos, a aplicação judiciária deve se nortear por elementos objetivos. De modo contrário, incide-se no uso indiscriminado dos princípios, notadamente os sobreprincípios, como o da 'dignidade da pessoa humana'. No entanto, nesse afã, o conceito abstrato carece ainda mais em sentido, e a eficácia real dos princípios e regras resta obnubilada, banalizando-os. A Lei Orçamentária é aqui apresentada como elemento objetivo a ser sempre considerado.

[640] Resp 753565/MS, Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Data: 27/03/2007. DJ 28/05/2007, p. 290.

> sinal de que os outros não estão a tutelar esses interesses, obrigando os cidadãos a recorrerem diretamente à via jurisdicional.[641]

Sobre a separação dos Poderes, Fabio Comparato elucida, utilizando-se da terminologia de Karl Loewenstein:[642]

> [...] a atividade política do Judiciário tem natureza essencialmente diversa daquela desenvolvida pelo Legislativo (ou o próprio povo soberano) e pelo Executivo. Ao primeiro incumbe a tomada de decisões fundamentais para a comunidade como um todo (*Grundentscheidungen, policy determination),* enquanto ao segundo, as decisões fundamentais (*Aus- oder Durchfuhrung der Grundentscheidungen, policy execution)*. Ao Poder Judiciário, por sua vez, cabe, com exclusividade, exercer o controle de todos esses atos ou decisões, com base na Constituição e nas leis (*policy control).*

Hanna Arendt, por sua vez, aduz que a única limitação do poder é a

> [...] existência de outras pessoas, limitação que não é acidental, pois o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade. Pelo mesmo motivo, é possível dividir o poder sem reduzi-lo; e a interação de poderes, com seus controles e equilíbrios, pode, inclusive, gerar mais poder, pelo menos enquanto a interação seja dinâmica e não resultado de um impasse.[643]

Ressalte-se que, mesmo no sentido acima aventado, deve ser proporcionado aos Poderes Legislativo e Executivo um âmbito de *livre avaliação*, no dizer de Humberto Ávila,[644] quanto aos fatos e os meios de uma medida: "cada poder deve conservar uma prerrogativa de avaliação."

No entanto, o próprio autor enaltece a possibilidade de controle judicial sobre os atos dos outros Poderes, notadamente nos casos em se restrinjam direitos fundamentais:

> [...] é preciso acentuar que o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais. Em vez de *insindicabilidade* dessas decisões (*Nichtjustitiabilität*), é preciso verificar *em que medida* essas competências estão sendo exercidas [grifos do autor]. [645]

E ainda assevera: "os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada."[646]

A importância dos direitos sociais como deveres do Estado já foi suficientemente explicada quando da classificação das necessidades vitais básicas. A ordem constitucional se refere a deveres não só quanto ao indivíduo, mas quanto a toda a coletividade, porque concernem a necessidades de todo ser humano. Há no Brasil uma crise dos Poderes, não pela superação dos valores constitucionais como a fraternidade,[647] mas pelo descumprimento total de seus mandamentos pelos

---

[641] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos.* São Paulo: RT, 1988, p. 96.
[642] COMPARATO, Fabio Konder. *A "questão política" nas medidas provisórias. In:* Revista Cidadania e Justiça, Ano 5/nº. 10, 2001, p. 42.
[643] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 213/14.
[644] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 427-429.
[645] Idem. *Teoria dos Princípios.* 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 174.
[646] Idem, p. 174.
[647] Discorda-se totalmente de CRISTINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 24.

Poderes Legislativo e Executivo em variadas áreas, denotando-se a falta de *vontade de Constituição*. Caberia uma atuação do Judiciário nesse passo?

A análise das decisões e excertos doutrinários colacionados acima indica um controle judicial, não apenas possível, mas necessário, tanto mais sejam os direitos fundamentais sociais restringidos indevidamente.[648]

Deve-se afastar de um modelo de constituição nominal, e a solução para isso requer a vontade de Constituição *remediada* pela atuação jurisdicional, como salienta Saulo José Casali Bahia: "Vale bem mais a *disposição política* dos representantes eleitos pelo povo *ou a firmeza do Judiciário* em exigir as prestações desejadas pela sociedade, previstas em sua Constituição material, do que o formalismo e a programaticidade extensa e ineficiente." [grifo nosso][649]

No campo orçamentário, o controle é necessário e não constitui usurpação de poder, pois dois motivos principais. Primeiro, porque antes reforça o princípio democrático, pois se preconiza vinculatividade da Lei Orçamentária em sede de necessidades públicas vitais básicas. O estatuído constitucionalmente nos direitos sociais e legalmente nas dotações respectivas torna-se obrigação exigível, através da defesa das razões definitivas.

Prova dessa tendência constitucional pela permanência da Lei do Orçamento é a existência de regras de subordinação a autorização legislativa da execução orçamentária, inclusive em sede de remanejamento de verbas. Isso indica o sentido de 'suporta a lei que fizeste', alterando-a tão somente em casos especiais.

O segundo motivo é a reafirmação do princípio da separação harmoniosa dos Poderes, seja pela limitação a todo e qualquer poder (especialmente ao discricionário), seja pela garantia de prestação de um dever através de ordem do Judiciário ao Estado-Administração. Nesse sentido foi a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime:

> *In casu*, está-se diante de típica atividade omissiva da edilidade que não implantou, como exige o Estatuto da Criança e do Adolescente, os programas de amparo e auxílio aos menores, consignados aqueles nos arts. 112, 101 e 90, do referido diploma legal. Inexiste ingerência do Poder Judiciário na seara reservada à administração pública, busca-se, através da presente *actio*, a implementação daquilo que está expressamente consignado em lei [...]. [650]

A garantia das prestações positivas do Estado deve ser dada ao cidadão. Se os Poderes Executivo e Legislativo não o fazem, por mandamento constitucional ínsito no art. 5º, XXXV, o Judiciário não pode ser afastado de aplicar dispositivos legais orçamentários que garantem eficácia material à Constituição Federal (as que prescrevem despesas para satisfação das necessidades

---

[648] NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009, p. 06.

[649] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.

[650] TJSC, Apelação Cível 44.569, Relator Des. Eder Graf. Terceira Câmara Cível. DJ 17/02/1994.

básicas). O mandatário da coisa pública não pode dispor livremente desta, pois a responsabilidade de muitas vidas clama por atenção não de apenas um dos Poderes do Estado, mas de todos, concomitantemente. Isso está patente na lição de Ernest Blumenstein:[651]

> [...] rege a atividade financeira o princípio fundamental do moderno Estado de Direito, pelo qual toda manifestação do Poder Público se submete a um ordenamento jurídico (princípio da administração legal).

Essa exigência de uma "administração legal" evidencia que o Princípio da 'divisão' dos Três Poderes estatais pressupõe um equilíbrio entre os mesmos, e o controle judicial visa justamente isso: atenuar o desequilíbrio de poder nas mãos do Executivo que, desrespeitando as leis produzidas, implementa atos normativos com vigência imediata e conteúdo bem diverso do legislado. Sobre o tema, vale colacionar a lição de Hanna Arendt:

> O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são usadas para velar intenções, mas parar revelar realidades, e os atos não são usados para violar ou destruir, mas para criar relações e para criar novas realidades. [652]

Desse modo, os atos executivos sem supedâneo nas Leis Orçamentárias não são, em verdade, atos de poder, na acepção de Hanna Arendt, pois o ato de execução orçamentário se divorcia da palavra positivada na Lei orçamentária. Demonstra-se que as palavras anteriores foram usadas para velar intenções e não para revelar realidade de satisfação das necessidades públicas.

Nesse sentido, infere-se que a política pública que se afasta do modelo ideal de Estado contido na Carta Magna deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, pois o exercício da função pública é atividade predeterminada a fins mínimos constitucionais.

Constitui missão do Judiciário restabelecer a prevalência da lei e da Constituição Federal de 1988 sobre os atos políticos sem fundamentação jurídica e sem respaldo em qualquer plano anterior, até porque restrição de direito fundamental sem justificação no direito constitucional é atuação inconstitucional:

> Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.[653]

Não se trata de usurpação quando o Poder procura cumprir a função de aplicar a lei, mesmo quando o transgressor se constitui um mandatário político. Sê-lo não significa imunidade para gestão inconsequente, apenas lhe reserva maiores responsabilidades diante da coisa pública, pois

---

[651] Cf. BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro.* Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 19.
[652] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 212.
[653] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

inúmeras vidas dependem de sua administração. E a responsabilidade não é apenas criminal, mas de obrigação de fazer do Estado.

Sob uma perspectiva histórica, analise-se o nascimento e escopo do Tribunal de Contas no Brasil. A gênese do TC se deu pouco depois da proclamação da República, pelo Dec. Nº. 966-A, de 07.11.1890, graças, sobretudo, à iniciativa de Rui Barbosa. Segundo Baleeiro, Rui Barbosa preconizou a existência, em pleno séc. XIX, de um 'Tribunal de Contas', justificando-o como:

> [...] *corpo de magistratura intermediária entre a Administração e a Legislatura*", de sorte que haja "entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um e outro, que, comunicando com a Legislatura, e intervindo na Administração *seja não só vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças* (grifos nossos).[654]

Clara é a referência a um Judiciário, independente do Executivo e Legislativo, a ser "mão forte" entre a autorização e execução das despesas públicas, inclusive vetando atos do Executivo díspares com as leis de finanças.

Se, por um lado, o Poder Judiciário é legítimo para titularizar uma das frentes de controle do orçamento público (o lado teorético), de outro, no que concerne a esfera dos direitos fundamentais, igualmente está a função judicante respaldada a ser guardiã da cidadania frente a abusos políticos.

Além disso, uma rede de cooperação é o que apregoa Kolm, redigindo que o respeito aos 'direitos clássicos' da pessoa (basicamente os da Declaração de 1789 e os direitos naturais, cf. item adiante), pode ser atingido por

> [...] uma ética de cooperação ou de racionalidade social objetiva [...]; ou implementação coerciva, tanto por uma instituição capaz de fazer cumprir compromissos, e compromissos condicionados por compromissos, quanto por um setor público que tenha o poder, incentivos políticos e a moral necessários, que são apreciados por todos e podem ser estabelecidos por um acordo prévio.[655]

Nessa esteira, o Judiciário, como um dos Poderes do Estado, tem por dever institucional fazer cumprir os compromissos que o Estado se obrigou ao promulgar a Carta Federativa de 1988. Nessa atividade, pois, o Estado como um todo não pode perseguir somente o desenvolvimento econômico. É função primordial do mesmo proporcionar ao cidadão uma vida digna, com acesso aos meios necessários e suficientes ao seu desenvolvimento psicológico, emocional, físico e social.

Isso está prescrito pela Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, além das disposições quanto aos deveres do Estado, valores que política pública alguma pode refrear ou postergar, sendo de rigor atuação do Judiciário em prol dos mesmos.

---

[654] *Apud* BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 451.

[655] KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 120/121.

Remonta-se necessário, pois, a indicação dos modos de exercício do próprio controle judicial orçamentário, situados estes também como limitações, o que será feito no tópico seguinte. Antes, uma pequena menção sobre a possibilidade de controle judicial em sede infraconstitucional. O art. 29 da Lei 11.494/2007, sobre o FUNDEB, aduz que

> Art. 29. A defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, relacionada ao pleno cumprimento desta Lei, compete ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e ao Ministério Público Federal, especialmente quanto às transferências de recursos federais.

A novidade é o teor do §1º, que discorre sobre a legitimidade, pelo que a legitimidade do Ministério Público já prevista *não exclui a de terceiros para a propositura de ações a que se referem o inciso LXXIII do caput do art. 5º e o § 1º do art. 129 da Constituição Federal*, "sendo-lhes assegurado o acesso gratuito aos documentos mencionados nos arts. 25 e 27 desta Lei." os quais servem à análise dos recursos federais recebidos pelo Município. O art. LXXIII do art. 5º refere-se à Ação Popular, enquanto que o §1º do art. 129 refere-se à ACP.

Outro dispositivo legal é o art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) ao minudenciar o controle interno e externo da execução orçamentária (art. 59). Há previsão de que os Tribunais de Contas alertarão os órgãos do art. 20 (Poder Executivo, Ministério Público, Congresso Nacional, Assembléias Legislativas, Tribunais de Contas Estaduais, Tribunais de Justiça e demais Cortes Estaduais) quando constatarem a desobediência a limites impostos legal ou constitucionalmente e "fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária."

Verifica-se que há possibilidade de se alertar a cada um dos órgãos enumerados. O problema do instituto do Tribunal de Contas, no entanto, é a alegada falta de sanção, i.e., de consequência jurídica para tal alerta, parecendo restar inócua toda a atividade de fiscalização.

Assim, ressalte-se a importância de se interpretar tal dispositivo como alerta para fiel cumprimento dos limites legais e programas que constem do orçamento, com a consequência de que o Poder Judiciário irá intervir de forma a controlar a má-gestão orçamentária, sempre em prol de direitos sociais mínimos do cidadão.

Se o próprio Tribunal de Contas não possui força coativa para determinar medidas (o que é ao menos discutível), revela-se o controle judicial da execução orçamentária também nesse campo com possibilidades de proteção à sociedade de desmandos de possíveis Chefes do Executivo, suprindo a falta de coatividade e obrigando-o a respeitar e bem zelar pela gestão orçamentária.

Ademais, o referido artigo pode ser assimilado como *alerta para*, no sentido de que o poder Judiciário será alertado para agir contra o ente federativo que estiver irregular de acordo com o Orçamento. Não seria um *alerta da irregularidade* e sim um alerta para controle da atuação ilegal de qualquer dos órgãos enumerados no art. 20 da referida Lei. Atente-se que a LRF em

outros dispositivos se refere aos órgãos enumerados pelo art. 20, tomando como se fossem apenas órgãos do Executivo, como a proibição de restos a pagar:

> Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.
>
> Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Reconheça-se que o maior efeito do dispositivo acima foi o concernente ao Executivo, proibindo seus Chefes de contraírem qualquer obrigação de despesa que não possa ser cumprida no mesmo mandato. Salienta-se que a proibição dirige-se também ao Poder Legislativo, que é órgão responsável pela autorização do gasto, seja em que mandato for. Pelo visto, o controle judicial começa a ser previsto pelo próprio ordenamento infraconstitucional, cabendo a interpretação de que se cumpre a Constituição a instauração de uma cooperação entre os três Poderes.

## 6.3. TIPOS DE CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO

Há de se ter em conta, conforme visto nos capítulo cinco, que o Legislativo e o Executivo detêm um *dever de fundamentação racional*, pois a restrição a direitos fundamentais deve se dar em *sopesamento fundamentado*. Vale dizer que Robert Alexy apregoa duas peculiaridades de um controle judicial de satisfação de deveres estatais *prima facie* objetivos (correlativo dos direitos fundamentais em dimensão objetiva):

> Em primeiro lugar, não pode ser objeto de controle saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão-somente se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes. Em segundo lugar, no caso dos princípios colidentes, desempenham papel decisivo não apenas os princípios materiais, mas também os formais, sobretudo o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado.[656]

Faz-se necessário, pois, ao deduzir pretensão objetiva das necessidades públicas, cumpridas através do *Estado em* movimento, lembrar da inexorabilidade de uma razão definitiva entre o dever *prima facie* e a medida tomada pelo Estado. No caso, a escolha orçamentária.

De outro lado, vê-se que a escolha orçamentária provém de uma escolha democrática, ou seja, a razão definitiva deve ser respeitada salvo desincumbência de um ônus argumentativo.

---

[656] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 518-519.

O Poder Judiciário, nesse sentido, deve controlar a execução do Orçamento em duas vias: a) determinar o seu respeito como instrumento legislativo produto da interpretação dos poderes políticos e com visão global acerca dos investimentos estatais na realidade; b) determinar a revisão de rubricas orçamentárias que não atendam ao dever de fundamentação constitucional. Ambas as vias serão individualizadas a seguir.

### 6.3.1. VIA DO CONTROLE JUDICIAL *EM PROL* DO ORÇAMENTO

A primeira via se revela no respeito ao princípio democrático. O Orçamento, deve ser respeitado, por revelar um diálogo entre os poderes Legislativo e Executivo e por promover um conjunto de razões definitivas dos princípios constitucionais *prima facie*.

Nessa primeira via, trata-se de dois deveres. O primeiro, um dever de abstenção por prerrogativa, em nítida *autocontenção judicial*.[657] O segundo, o de defender o Orçamento contra o próprio Executivo.

O primeiro dever aqui mencionado é o de que, pela teoria dos princípios, as razões definitivas constantes do Orçamento Público devem ser respeitadas por prerrogativas de cada um deles. Não de forma despicienda, sustentou-se a norma orçamentária como *subprincípio* do princípio democrático, sendo que há regras constitucionais rígidas instituindo o Orçamento misto no Brasil, ou seja, instituindo a prerrogativa dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e deliberação do Orçamento.

Foi visto acima, igualmente, que o processo de concretização do Orçamento é juízo compreensivo de três âmbitos: do âmbito da realidade (o que a sociedade necessita), da amplitude do dever constitucional referente às necessidades públicas (hermenêutica constitucional), e o âmbito das possibilidades administrativas para cumprir o dever constitucional.

Nesse sentido, realizado de forma livre e democrática a eleição de prioridades, deve o Judiciário se abster de mudar sobremaneira o Orçamento Público, por haver uma dependência à política orçamentária na efetivação de direitos a algo.[658]

---

[657] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 07.

> O argumento baseado na competência ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros associados à sua realização, *a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária*. Visto que o Tribunal Constitucional Federal teria que controlar o respeito a essa determinação, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição. [grifo nosso][659]

Pode-se nessa seara, por respeito às deliberações democráticas, no máximo determinar mudanças (quando cabíveis) somente em um orçamento consecutivo.[660] Nesse sentido cabe o questionamento de Holmes e Sunstein acerca da duvidosa legitimidade dos juízes em decidir que as receitas tributárias devem ser gastas em ações de indenização por danos aos indivíduos e não em livros didáticos ou programas de nutrição escolar.[661] Ora, tudo leva a crer pela prioridade dos programas de educação em prejuízo da indenização por danos, ainda mais pela previsão orçamentária a respeito.

Luis Roberto Barroso tem o mesmo entendimento: "observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas."[662] Também, Saulo Casali Bahia, em crítica ao ativismo inconsequente:

> Não é infrequente que decisões judiciárias invadam o campo da discricionariedade administrativa ou da reserva do possível para impor prestações pelo poder público além da competência que deve possuir o Judiciário de eleger a conveniência e a oportunidade da prática de certas medidas, ou ignorando a capacidade do orçamento suportar as despesas judicialmente imputadas.[663]

Exemplifica o autor com a decisão discricionária sobre o lugar onde deva ser construída uma estrada e com a decisão sobre determinação de tratamento médico para uma única pessoa, em face do caráter público do Orçamento, perguntando-se sobre o impacto no Erário e na própria coletividade: "Pergunto-me sobre os efeitos de tal condenação sobre o custeio da previdência, e qual o impacto que a falta de recursos acarretou, por exemplo, para as filas nos postos de atendimentos, e quantas outras vidas isso prejudicou ou eliminou."[664]

Mas de qualquer modo, o dever de abstenção do Judiciário quanto à mudança no Orçamento apenas aparece quando não houver disparidade na compreensão hermenêutica dos três

---

[658] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 508-509.
[659] Idem, p. 508.
[660] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999, p. 253.
[661] HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes.* New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 26.
[662] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009, p. 12.
[663] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.
[664] Idem.

âmbitos (medidas não contextualizadas ou não constitucionais prevalecentes) e se não existir problemas quanto à proporcionalidade e eficiência das medidas, o que será visto no item seguinte.

De outro lado, o *segundo dever* é agir de intermediário entre Legislativo e Executivo, na defesa do Orçamento como razões definitivas de direitos fundamentais que não podem ser alteradas pelo Executivo ao seu alvedrio. O capítulo 5.5. evidenciou que a discricionariedade administrativa após a votação do Orçamento é limitada quanto aos últimos meios para consecução das subfinalidades orçamentárias, conforme o cumprimento das necessidades públicas constitucionais.

Assim, ainda quando se considerar que não há problema quanto à proporcionalidade e eficiência, a razão deve ser mantida *contra* realocação ou modificação das dotações constitucionais pelo Executivo *sem argumentação constitucional*, como nos tributos vinculados (e por isso não realocáveis, como exceção do art. 167, VI, CF/88), a exemplo das *contribuições especiais*.

Decisão do STF[665] sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico prevista no art. 177, §4º, da CF/88 (CIDE-combustíveis) já alertou quanto ao dever administrativo de cumprir a vinculação de receita imposta pela Constituição, impedindo o Executivo de realocar receita oriunda de contribuições especiais. Criou, desse modo, um mecanismo de delimitação da discricionariedade administrativa em sede de Orçamento Público.

A mudança orçamentária pelo Executivo já cabe em relação aos créditos adicionais (especiais e extraordinários) e em relação à reserva de contingência. Todas já sinalizam reservas e créditos além dos já previstos no Orçamento para conter situações fáticas imprevistas, como calamidades públicas. A realocação sem a consideração da extrema necessidade, assim, deve servir de base ao controle judicial a fim de se impedir o Executivo de alterar o orçamento, determinando o seu cumprimento até o final do exercício financeiro.

Além do que, reitere-se, a omissão administrativa no cumprimento das dotações constitucionais (v. cap. 5) configura *restrição a direito fundamental*, cabível apenas frente a um forte ônus argumentativo.

### 6.3.2. VIA DO CONTROLE JUDICIAL *CONTRA* O ORÇAMENTO

A segunda via se opera na *superação* do princípio democrático por razões específicas, as quais devem satisfazer o ônus argumentativo próprio dos consensos prévios obtidos democraticamente.

---

[665] Como é o caso da ADI 2.925/03, Rel. Min. Ellen Gracie, 19.12.2003, Tribunal Pleno, DJU 03.03.2005.

> Todos os direitos fundamentais da Constituição alemã restringem a competência do legislador, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o próprio legislador. Às vezes, até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros.[666]

Fenômeno de tensão entre democracia e direitos fundamentais ocorre igualmente na Constituição de 1988, ainda mais quando se trabalha com relação a democracia como nível de exigências aos Poder Público, quais sejam, proporcionalidade e eficiência, de um lado, e confirmação no Orçamento das necessidades públicas constitucionais.

Reitere-se que o Orçamento, mesmo como conjunto de razões definitivas, pode deve ser superado. Esse aspecto decorrente da teoria de Robert Alexy é salientado pode Saulo Casali Bahia: mesmo regras definitivas podem ganhar relativização, na medida em que ocorra o fenômeno de *adscrição* a princípios, quando passa a existir a necessidade de ponderação.[667]

Com isso, a *superação* do Orçamento pelo Judiciário cabe nos casos de a) omissão de dotações constitucionais; b) necessidades imprevistas anteriormente que requerem a instauração de créditos complementares; c) dotações constitucionais de cunho desproporcional; d) dotações de cunho ineficiente.

*Sub a*, não havendo fundamentação racional a fim de que as dotações constitucionais não encontrarem razões definitivas no Orçamento, o ato ou omissão é restrição indevida a direito fundamental. A alocação de recursos deve necessariamente fazer referência às dotações constitucionais que reflitam as necessidades existentes na comunidade governada.

> Um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular).[668]

Manoel Jorge e Silva Neto exemplifica com a política pública municipal destinada a erradicar trabalho infantil, lastreado na decisão constitucional de prioridade ínsita no art. 30, VI, da CF/88, pelo que afirma a impossibilidade de dúvida no papel do judiciário em determiná-la ao Município que não preveja programa referente no Orçamento.[669] Mas há de se ter mais uma condição: a *existência factual desse tipo de necessidade*, comprovada mediante instrumentos válidos.

---

[666] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 513.

[667] BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.

[668] KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999, 253-254.

[669] NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009, p. 10.

Na mesma medida, o argumento de que as escolhas trágicas só podem restar no âmbito dos poderes políticos não se sustenta. Há de se fazer uma alocação correta conforme a Constituição, deixando o Poder Público de gastar recursos em alocações inservíveis. Sobre tratar um ou outro caso de saúde chegado aos Tribunais, Andreas Krell salienta, o que vem a corroborar com a classificação feita sobre necessidades públicas básicas:

> A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos sociais mais essenciais do homem: sua vida integridade física e saúde.[670]

*Sub b,* caso as necessidades fáticas, as quais incidem como condicionantes da atividade discricionária do administrador, revelarem falta de dotação suficiente (embora existente, cabe o Judiciário ordenar que o Executivo realize tal pedido perante o Poder Legislativo, a fim de atender a necessidade a tempo no mesmo exercício financeiro.

Decerto, o controle judicial nessa segunda via e nessas duas hipóteses (*a* e *b*) deve estar a par de compreensões sobre a realidade de necessidades, a possibilidade financeira da atuação estatal e os princípios constitucionais *prima facie* e, enfim, as dotações como razões definitivas. O procedimento referente às demandas coletivas, portanto, é de grande valia para o controle judicial do orçamento, em razão da possibilidade ampla de produção de provas.

> No âmbito da Ação Civil Pública, há um campo mais amplo para atuação do Judiciário, com a notável colaboração do Ministério Público. Através de uma atuação responsável e de uma utilização eficiente dos inquéritos civis, onde não há regras de preclusão para a coleta de provas, torna-se possível um amplo controle social dos critérios e procedimentos para alocação dos recursos.[671]

Revela-se importante, pois, a Ação Civil Pública,[672] a cargo tanto do Ministério Público quanto da Defensoria Pública. Pragmaticamente falando, o controle judicial orçamentário é possível somente em tutelas coletivas, a cargo de instituições competentes e preparadas para a instrução probatória, como a Defensoria Pública e o Ministério Público. O meio que se vislumbra adequado é a Ação Civil Pública, seguindo-se as suas regras acerca da competência e atribuição.

---

[670] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53.

[671] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 210.

[672] Vários autores referem-se ao cabimento da ACP nesse âmbito. A exemplo, NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009, p. 10; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Poder Judiciário na Constituição de 1988. *Revista Jurídica.* Ano 14, nº. 12, Faculdade de Direito de Curitiba, 1998, p. 75; NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Podivm, 2008, p. 160, AMARAL, *Op. Cit.,* p. 201; KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 112.

> A existência da lei da ação civil pública leva necessariamente a uma maior competência ao lado do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Muitas medidas, que na Alemanha estariam cobertas pela discricionariedade administrativa e portanto não-sindicáveis, no Brasil podem ser controladas pelos tribunais, por se tratar de questões envolvidas com "interesses difusos" da sociedade.[673]

Impinge notar, entretanto, a necessidade de uma adaptação para se tornar o trâmite da ACP mais rápido, tendo-se em vista que: 1) a LOA é anual; 2) não é razoável a demora prolongada de uma ACP que visa restringir recursos do erário público, dada a sua 'fungibilidade'; 3) a finalidade da restrição é satisfazer uma necessidade vital, que não pode ser postergada pelo Executivo, quanto menos pelo Judiciário.

Ademais, com Nagibe de Melo Neto, deve ser instituído o ônus da prova à Fazenda para que essa demonstre presença ou ausência de recursos ao cumprimento de medidas constitucionais ou medidas judiciais determinadas.[674] O controle judicial apenas é possível caso o órgão público autor perfaça um procedimento investigatório, identificando uma necessidade pública *stricto sensu* (emergencial ou básica) não prevista na Lei Orçamentária (aplica-se o mesmo na via do controle judicial contra o Executivo, no caso de dotação prevista que não esteja sendo atendida de fato). O inquérito civil é, nesse passo, fundamental.

Malgrado possa acontecer julgamento antecipado da lide pela desnecessidade de instrução, também cabe a oitiva de testemunhas como, por exemplo, líderes de comunidades ou cidadãos sobre alegada falta de transporte coletivo para crianças em idade escolar.

Vale lembrar também que é dever da Fazenda Pública prestar informações ao Magistrado, ao passo em que esse deve ter acesso, através da instrução probatória, às Leis Orçamentárias em referência e ao Relatório de Execução Orçamentária periódico.

Há competência do Juízo das Varas de Fazenda Pública e também da Vara de Infância e Juventude, reconhecida a pertinência temática. Não há competência do STF, a menos em grau de recurso, porque o controle é de legalidade, mesmo que de forma tangencial se refira à Constituição.

*Sub c* e *d,* cumpre anotar que o princípio do planejamento orçamentário e a regra da obrigatoriedade do orçamento público decorrem do princípio democrático. O modo como isso se faz resta a cargo das regras atinentes à Administração, envolvendo sempre a discussão sobre a separação das funções em um mesmo Estado soberano, a representação democrática e a existência ou não de instrumentos de participação política dos grupos de cidadãos.

No que toca ao princípio do planejamento orçamentário, porém, outro aspecto da teoria de Robert Alexy é importante para a especificação da norma do planejamento orçamentário: a relação

---

673 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999, 254.

674 NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Podivm, 2008, p. 157.

dos princípios com a máxima da proporcionalidade,[675] o que gera significativos efeitos para a aplicação devida do orçamento público.

Para ele, a proporcionalidade decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, é deduzível do caráter principiológico de aplicabilidade em graus diversos, consoante a otimização. As máximas parciais da proporcionalidade, quais sejam, a adequação (*mandamento do meio adequado*), a necessidade (*mandamento do meio menos gravoso*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*mandamento do sopesamento propriamente dito*) efetivamente são regras a serem cumpridas: "o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras."[676]

Partindo da premissa de que princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, a máxima parcial da proporcionalidade estrita (exigência de sopesamento) "decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas," orientando que uma medida adequada e necessária à consecução da razão jurídica deve ser implementada somente se juridicamente ótima, ou seja, se cumprir de forma *máxima* com a *menor* ofensa possível a outro princípio constitucional. A medida que apenas beneficia (embora em graus diversos) o cumprimento de dois princípios inicialmente em colisão é a mais proporcional.

No âmbito orçamentário deve-se ter em conta as medidas escolhidas e institucionalizadas a fim de serem cumpridos os objetivos traçados previamente. Aqui a análise deve aproveitar o que foi dito quanto ao postulado da eficiência, pois em um primeiro momento aplica-se a proporcionalidade da medida escolhida. Pela máxima da *adequação* observa-se a possibilidade fática do meio, se adequado ao fim almejado. Pela máxima da *necessidade,* impinge-se observar a possibilidade fática da real necessidade da população de determinada área em determinado período. Necessidade do meio escolhido é a necessidade real fática da população em ter o objetivo naqueles termos.

Pela *proporcionalidade em sentido estrito,* discute-se se o meio acabará por afetar (e de que maneira – restringindo ou aplicando em maior medida) o grau de eficácia de outro princípio ou do próprio que visa a satisfazer. Nesse ponto a existência de *regras de preferência* entre determinados interesses coletivos, como a proposta de classificação das necessidades públicas do item anterior, torna-se extremamente útil.

Como exemplo, analise-se a medida da publicidade institucional na área de saúde com caráter educativo. A divulgação de informações para que a própria população não permita que se

---

[675] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-120.
[676] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, nota de rodapé à p. 117.

alastre uma doença, ao não criar possibilidades de reprodução de mosquitos, pode ser vista como adequada a cumprir *parte* da finalidade da pretensão objetiva à saúde pública.

Há de se considerar, no entanto, se esse meio da mera *publicidade* em saúde pública passaria sob o crivo da necessidade de certo município em que não se tem registrado epidemias de dengue nos últimos anos. Já aqui a medida escolhida no Orçamento não atende a necessidade do postulado da proporcionalidade.

Mas em se considerando que atenda, no caso de Município com epidemias de dengue nos últimos anos. Chega-se à análise da proporcionalidade em si: mesmo que a publicidade seja deveras adequada e necessária, se o montante reservado a essa finalidade deve ser maior, menor ou igual à medida de *compra de materiais essenciais ao serviço de saúde* ou, não havendo necessidade para tanto, se deve ser maior, menor ou igual ao montante que seria reservado para melhorias no transporte escolar.

A avaliação com as regras de precedência poderia resolver o problema ao se excluir da discussão a questão do transporte escolar, por ser a necessidade da saúde pública *mais fundamental* que a questão da educação, por se referir mais intensamente à questão da sobrevivência. Por outro lado, entre publicidade e materiais a serem utilizados, a mais eficaz ao direito à saúde seria uma preponderância de recursos nos materiais, considerando-se que a propaganda pode ser a mais simples possível a fim de não gerar muitos custos.

Esse argumento envolve dois princípios constitucionais, podendo-se responder à questão, por outro lado, entre as mesmas necessidades, sopesando-se a compra de computadores para escolas públicas e a compra de material de higiene nos hospitais.

Ou, mesmo, a questão entre *direito subjetivo* e necessidade pública (objetiva), sopesando-se entre o custeamento de tratamento hospitalar no exterior para uma pessoa ou a compra de um equipamento mais aperfeiçoado para o tratamento hospitalar de milhões.

De qualquer modo, deve-se salientar, com Humberto Ávila, que além da proporcionalidade cabe o dever de eficiência, consistindo na obrigatoriedade ao ente público de *não escolher* a medida que *menos satisfaça* o fim determinado na lei orçamentária.[677] Assim é que, se o orçamento já prevê uma medida claramente ineficiente (a pior medida frente às possibilidades), o administrativo deve rever tal posicionamento, sob pena de atuação judicial a fim de que altere o quanto previsto.

Mais uma vez saliente-se que a ACP devidamente instruída pode trazer à colação informações valiosas sobre as possibilidades fáticas, tanto para julgar-se sobre a

[677] ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Instituto de Direito Público da Bahia. Nº 4, out-dez/2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 dez 2009, p. 23-24.

desproporcionalidade de alguma medida política, como para impor-se, na omissão administrativa, determinadas atuações mais eficientes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância dos direitos em jogo no Orçamento Público incita à análise da participação do Poder Judiciário no diálogo constitucional democrático. Visto que o Orçamento no Brasil é do tipo misto, a partir do art. 165 da Constituição Federal de 1988, observa-se o *caráter democrático* tanto no aspecto procedimental quanto no aspecto material, ao permitir, como tendência atual à democracia plebiscitária rousseauniana,[678] a participação direta da comunidade nas decisões políticas, *v.b.*, os Conselhos Sociais.

A democracia é por sua vez *sobreprincípio*, irradiando-se por todo o ordenamento constitucional, atingindo as finanças públicas, notadamente nos aspectos do *planejamento* e da *execução* orçamentária. Essa perspectiva do princípio democrático como sobreprincípio (relação de complementaridade e restrição entre princípios, como quer Claus Canaris) é deveras importante para o Direito Financeiro, de modo a afastar a discussão maniqueísta acerca do Orçamento como lei formal ou material, porque de qualquer forma é manifestação democrática sobre o futuro das decisões trágicas, i.e., é repositório das pré-decisões sobre alocações de recursos e atendimentos de prioridades pelos recursos públicos de dada comunidade.

Assim sendo, Lei formal ou material, que seja, é manifestação democrática do *Estado em movimento*, o qual apenas vive através dos investimentos que efetua, das ações que incentiva, das abstenções e limitações ao poder que patrocina. E como manifestação democrática deve por sua vez ser respeitada a par de todos os entes públicos, seja qual a função, tanto o executivo e legislativo quanto o judiciário.

Mas como a democracia é hodiernamente não mais um dispositivo jurídico sobre como colocar em vigor as normas, e sim um *rol de exigências* aos aplicadores da ordem democrática (organizada e alterada democraticamente), como afirma Friedrich Müller,[679] o instrumento para ser democrático necessita preencher requisitos e assim segue com o seu respeito, de modo a que o produto democrático deve ser respeitado na medida em que for democrático.

Tais requisitos são as ordens de precedência que a própria Constituição impôs, conforme a basilaridade (fundamentalidade) das necessidades públicas como deveres estatais. O preenchimento dessas exigências constitucionais deve ser fiscalizado pelos três Poderes, visto que a defesa da democracia como processo é um contínuo agir em cooperação. Nesse sentido, Pinto Ferreira: "Não existe uma separação absoluta e estanque de poderes. Eles são de fato

---

[678] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. 3ª ed. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 108.
[679] Idem, p. 115.

independentes. Mas a independência não impede a harmonia, nem de resto a fiscalização recíproca."[680]

Bem por isso Robert Alexy fala em tensão entre a *democracia* e os *direitos fundamentais*, e isso apenas se dá no diapasão da democracia formal. A democracia como rol de exigências prevê o atendimento a uma série de conteúdos constitucionais, muitas vezes extraídos dos dispositivos de direitos fundamentais. Portanto, a tensão referida por Alexy é na verdade entre democracia formal (organização democrática) e material (atendimento de exigências de direitos fundamentais). Dessa aplicação dos direitos como base à democracia, revela-se o *diálogo constitucional* na seara da separação das funções.

A necessidade de um diálogo constitucional entre os três poderes não é exclusiva, mas preponderantemente referente ao cumprimento dos direitos fundamentais. A prerrogativa de exercer funções atípicas como parte da própria independência funcional entre os Poderes já constitui uma quebra ao esquema de rígida separação, como no caso de administração do Tribunal (independência financeira) ou do julgamento do Chefe do Executivo nos casos particulares.

Mas o diálogo, se não é exclusivo, é *necessário* para o cumprimento dos direitos fundamentais: o judiciário necessita atuar de forma subsidiária, isto é, com o intuito de democratizar os atos arbitrários dos outros poderes. Tal é o razão de ser do mandado de segurança e do mandado de injunção, 'remédios constitucionais' dirigidos ao Judiciário para que (com o perdão da redundância) *remedie* a situação de arbitrariedade do Executivo e do Legislativo, respectivamente, mesmo que por *omissão*.

Por mais derivar do próprio princípio democrático, a participação do Judiciário através do Orçamento Público e conforme um diálogo constitucional está no ínterim de um senso hermenêutico novo: texto difere de norma, sendo que a eficácia normativa se analisa no plano fático e referida a casos. Essa hermenêutica concretizadora, caracterizada pelo sentido que se dá no caso a partir da argumentação de restrição ou efetivação de normas constitucionais, leva por sua vez à dinâmica identificada por Alexy nos direitos fundamentais.

Tal dinâmica caracteriza a aplicação de princípios e estatui a existência de direitos *prima facie* que, concretizados mediante a consideração de condicionantes fáticas e jurídicas, tornam-se *direitos definitivos*. Essa concretização é o sopesamento, a incluir uma regra de precedência: "se os mesmos condicionantes fáticos e jurídicos, deve prevalecer o princípio x ao princípio z".

Nesse sentido, se o Orçamento é o conjunto democrático das decisões sobre alocações de recursos escassos, as quais derivam de *decisões sobre prioridades*, logo é o rol de regras de precedência condicionada, haja vista pressupor uma série de sopesamentos acerca dos objetivos constitucionais (*sopesamentos democráticos*), a par de circunstâncias fáticas (existência de

[680] FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 707.

recursos financeiros e necessidades mais urgentes dos administrados) e jurídicas (princípios colidentes)[681] do momento de formulação e promulgação (processo hermenêutico).

Cabe ao Judiciário *defender* o Orçamento (*controle em prol do Orçamento*) como conjunto democrático de decisões (sentido material de democracia) por ser conjunto de regras de precedência condicionada sobre a eficácia de princípios constitucionais. Derivada da tensão entre democracia formal e direitos fundamentais, o respeito ao Orçamento (por todos os Poderes) apenas pode se dar nos limites do teor democrático restringente, isto é, nos limites da fundamentação dos sopesamentos realizados democraticamente.

A fundamentação deve ser *constitucional,* na medida em que a restrição a um princípio constitucional deve seguir o sopesamento: a restrição só é cabível caso a medida cumpra de modo mais eficaz outro princípio com maior ônus argumentativo de restrição. E isso em se considerando a proporcionalidade e a eficiência da medida em si. Se tal não for observado, abre-se a possibilidade de controle judicial *contra o Orçamento*.

Com todas as considerações, quis-se contribuir com as teses sobre aplicação dos direitos fundamentais na ordem democrática, a partir da necessidade de Orçamento Público, como instrumento maior do planejamento e da ação estatal, cuja intensidade varia conforme o grau de intervenção estatal na sociedade, fenômeno mais ou menos crescente após as ideias keynesianas e os orçamentos de capital e orçamento-programa, institutos há muito entronizados pelo Direito constitucional brasileiro, mas que geram consequências há muito olvidadas para o controle judicial dos gastos públicos.

Em *ultima ratio,* espera-se contribuir para que haja maior aproximação entre Constituição e realidade, e que se faça com maior disciplina, afastando-se de um *ativismo inconsequente* das repercussões orçamentárias e, mesmo, de uma acatalepsia judiciária, a qual nada mais é do que uma omissão inconstitucional efetivada pelo Judiciário.

Isso para que se enleve a metodologia de aplicação do Direito Constitucional em detrimento da subordinação de eficácia a partir de meros aspectos literais de nossa Constituição Federal de 1988, insuflada que deve ser a vontade de construir uma sociedade mais equilibrada e convergente de um diálogo institucional e social sobre a aplicação dos direitos fundamentais, conjunto de razões e valores com vistas ao estado de coisas plenificador da existência humana, a que faz jus o cidadão brasileiro.

---

[681] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

**REFERÊNCIAS**


ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMIRO, Affonso. *Questões de Técnica e de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1957.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha:* em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ÁVILA, Humberto. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº. 217, jul-set. São Paulo: Renovar, 1999.

_____. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, nº. 3, jun/2001, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Instituto de Direito Público da Bahia. Nº 4, out-dez/2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 dez 2009.

_____. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Sistema Constitucional Tributário.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado.* 44ª Ed. São Paulo: Globo, 2005.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza.* Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Belo Horizonte: Virtualbooks, 2003.

BAHIA. Saulo José Casali Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ >. Acesso em: 04 fev. 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 16 out 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira**.** 5 ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri – SP: Manole, 2007.

_____. *O Futuro da Democracia:* uma defesa das regras do jogo. 6ª Edição. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10º Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.* São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. Max Limonad: São Paulo, 1998.

_____. *Lançamento Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BÜLOW, Oskar. Statutory Law and the Judicial Function. *In: American Journal of Legal History*, v. 39, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo.* Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Revista Vox – AMAERJ. Entrevistas*, n. 2, jan. 2008. Rio de Janeiro: Amaerj, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Torquato de. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.* São Paulo: Saraiva, 1985.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Legitimidade Democrática da Constituição da República Federativa do Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A "questão política" nas medidas provisórias. *In: Revista Cidadania e Justiça*, Ano 5/nº. 10, 2001.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva.* 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CRISTINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade.* 2ª Ed. Salvador: JusPodium, 2007.

_____. *Controle judicial das omissões do poder público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Coleção Estudos. Tradução Gilson Cesar C. de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Novíssimo Digesto Italiano.* v. 13. Turim: UTET, 1966.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade, efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* técnica, decisão dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988. *Revista Jurídica.* Ano 14, nº. 12, Faculdade de Direito de Curitiba, 1998.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*: saberes necessários à prática educativa. 39° ed. Coleção Leituras. São Paulo: Paz e terra, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. v. 1. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. vol I. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* São Paulo: Atlas, 1998.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito.* 5ª Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos.* Coleção Os Pensadores. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

IBGE. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000. Disponível em <http://www.ibge.gov.br> Acesso em 09 jan 2010.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de Marcos Zani. São Paulo: JG, 2002.

JUND, Sergio. *Administração, orçamento e contabilidade pública.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. 2ª tir. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito.* 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas.* 9ª ed. Tradução Beatriz Vianna e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª Ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio do Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos.* São Paulo: RT, 1988.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3ª Ed. vol. 1. Salvador: Podivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Ana Cristina. *A eficácia dos direitos sociais.* Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAELIS, *Dicionário da Língua Portuguesa.* São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo 1. 6° Ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. I, nº 02, mai/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 19 out 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. 3ª ed. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* 3ª ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun-ago/2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 26 dez 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Podivm, 2008.

O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, São Paulo, out/1991, p. 25-40.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica.* Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Coleção *O saber da Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2006.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. O governo Collor e a modernidade em tempos incertos. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 29, São Paulo, mar/1991, p. 03-10.

PEREIRA, Renée. TCU reprova uma em cada três obras no País. *Jornal O Estado de São Paulo,* São Paulo, 16 ago. 2009. Disponível em <http://www.estadao.com.br>. Acesso em 16 ago. 2009.

PORTAL eletrônico JusBrasil. *TJ-BA proibido de comprar tapetes*. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/ >. Acesso em 17/09/2009.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

_____. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social:* princípios de direito público. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Nota Técnica Nº 44/2005*. Consultoria de Orçamento da Câmara dos Deputados. Congresso Nacional: Brasília, 2005. Disponível em <http://www2.camara.gov.br>. Acesso em 13/09/2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um Discurso sobre as Ciências*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS JR., Francisco Alves dos. *Curso de Direito Financeiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado*. In: Diálogo Jurídico, nº. 16, mai-ago/2007, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15 mai 2008.

SARMENTO, George. Ética, direitos humanos e constitucionalismo. *Direitos e Deveres,* ano 02, n.º 05, Maceió, jul-dez/1999.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ (org.). *Interpretação Constitucional*. 1ª Ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 1ª Ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: O Orçamento na Constituição. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WILGES, Ilmo José. Noções de Direito Financeiro: o Orçamento Público. Porto Alegre: Sagra, 1995.

WARAT, Luis A. *O Direito e sua Linguagem.* 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion:* una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.