



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

CLARA CARDOSO MACHADO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E
CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO**

Salvador-BA

2010

CLARA CARDOSO MACHADO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E
CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador-BA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

CLARA CARDOSO MACHADO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Instituição: _____

Nome: _____

Instituição: _____

Nome: _____

Instituição: _____

Salvador, Estado da Bahia, ___ de _____ de 2010

*A meu avô,
fonte inesgotável de sabedoria e perseverança
A meus pais,
que despertaram em mim o desejo de efetivação dos direitos sociais*

AGRADECIMENTOS

Toda produção acadêmica envolve abnegação e dedicação incontidas. Deixar o próprio lar, construir novas redes de relacionamento sempre vislumbrando o respeito mútuo e a máxima da humildade, edificar novos olhares em terrenos intelectualmente desconhecidos, desconstruir pré-compreensões e aperfeiçoar as noções até então existentes, são apenas alguns dos desafios que podem ser enumerados quando se lança um olhar nos dezoito meses de dedicação exclusiva à pesquisa.

Nesta caminhada, muitos foram aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para a conclusão de mais um desiderato acadêmico.

Agradeço, antes de tudo, Àquele que me sustentou nos momentos de fraqueza, que arrefeceu minhas inquietudes e agitações, mostrando-me sempre a beleza do momento presente: Deus, muito obrigada!

Aos meus amados pais, Paulo e Teresa, a minha avó Miriam e aos meus irmãos (Patrícia, Paulinho e Aline), pelo amor incondicional, por terem diminuído a distância através das conversas diárias ao telefone e pelos incontáveis “atos de amor”. Vocês foram indispensáveis para a concatenação destas ideias.

Ao meu avô Paulo e a minha avó Alice, principais incentivadores da busca pelo conhecimento, que não mediram palavras de estímulo e de confiança, a fim de renovar minha paixão pelos estudos.

Ao meu tio Carlos Augusto Alcântara Machado, modelo de mestre e profissional a ser seguido, por incutir em mim o entusiasmo pelo Direito Constitucional, por servir de fonte de inspiração para minhas pesquisas, pela leitura incansável desta dissertação e por tantas sugestões valiosas. Obrigada!

Ao meu amado José Luiz, companheiro visível e invisível, grande incentivador de meus sonhos. Nosso amor justificou tantas renúncias... Obrigada!

A Lu, querida irmã de coração, por nunca ter deixado que desistisse, pelo apoio incessante, pelo convívio fraterno, pela amizade irrestrita, pela leitura cuidadosa deste trabalho e por compartilhar comigo todas as dificuldades enfrentadas.

À professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa e aos amigos Neri, Rodrigo, Fellipe, Bia, Sandra, Luciana, Emanuelle, Carol, Ingrid Puig e Wesley, pela contribuição, estímulo e confiança na minha trajetória acadêmica.

Ao meu orientador, Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto, que, além das profícuas reflexões, críticas e sugestões, fundamentais para a consolidação deste estudo,

ensinou-me, na prática, através do tirocínio docente, a estimulante atividade do magistério. As lições de vida acadêmica, o anseio manifesto pela realização da justiça social, que reluz de sua atividade profissional como membro do Ministério Público do Trabalho, e a ênfase à concretização dos princípios constitucionais são aspectos que procurarei seguir ao longo de minha caminhada.

Aos professores Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Dirley da Cunha Júnior, Saulo Casali Bahia e Edvaldo Britto, exemplos de verdadeira dedicação acadêmico-científica.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo empenho na preservação e desenvolvimento do curso, buscando sempre sua excelência.

A todos os colegas do mestrado, em especial, a Luiz Andrade, a Andrea, a Alexandre Setúbal, a Charles, a Marcos, a Thiago Bockie e a Pedro, pelas preciosas discussões acadêmicas e pelo apoio constante.

Ao movimento dos Focolares, minha segunda família, que direcionou meu olhar para a justiça fraternal.

A minha querida tia e madrinha Célia, que, através de sua vida de constante imersão no “outro”, sempre me impulsionou a, antes de tudo, buscar a visão humanística do direito.

Enfim, a todos que confiaram e apoiaram a realização deste estudo. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho se dedica a analisar a relação existente entre direitos fundamentais sociais, políticas públicas e orçamento no Estado Social Democrático de Direito, com o intuito de delinear limites e possibilidades do controle jurisdicional no orçamento. Sob os influxos da pós-modernidade, do neoconstitucionalismo e da teoria dos princípios, desenvolve-se estudo acerca de alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais, que repercutem diretamente na efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial, e delimita-se a compreensão constitucionalmente adequada dos custos dos direitos sociais, da escassez e da reserva do possível. Sustenta-se a redescoberta do orçamento, enquanto instrumento jurídico dotado de força normativa, a partir da ruptura de paradigmas liberais clássicos que conferiam à lei orçamentária natureza meramente formal. Para tanto, procede-se a uma leitura constitucional da natureza jurídica do orçamento e das políticas públicas. Propõe-se uma classificação das necessidades públicas, a fim de instruir as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo no momento da elaboração e da execução do orçamento, com vistas à garantia dos direitos fundamentais. Com o intuito de criar o alicerce para o controle do orçamento pelo Poder Judiciário, examinam-se temas como judicialização da política, discricionariedade administrativa e aplicação da meta-regra da proporcionalidade. Por fim, apresentam-se os limites e as possibilidades de controle jurisdicional das escolhas orçamentárias, sempre focando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; políticas públicas; mínimo existencial; custos dos direitos; controle jurisdicional do orçamento;

ABSTRACT

This dissertation is devoted to analysing the interactions amongst fundamental social rights, public policy and budget at the Social Democratic State of Law, intending to delineate boundaries and possibilities for budget's judicial review. It rests, basically, on postmodernism, neo constitutionalism and the theory of principles, to develop an investigation about some aspects of fundamental rights theory, that have direct impact on the effectiveness of social rights and the concept of minimal core obligation. With this anchor in place, there were established assertions about the correct understanding of social rights cost, the minimal core obligation, scarcity and resources allocation issues. It argues a state's budget rediscovery, as legally endowed with normative force, therefore, breaking a classical liberal paradigm that gave the budget law a purely formal significance. A classification of the public needs nature was set in place, that can shed new light on how the executive and legislative branches choices, at the time of drafting and implementing the budget, could enhance the entrenchment of fundamental rights. Aiming to create the premises for the budget's judicial review through the Judiciary, there was a scrutiny of issues, such as: the political decision justiciability, administrative discretion and the implementation of meta-rule of proportionality. Finally, limits and possibilities of judicial review of budgetary choices are presented, always focusing on the factual and legal circumstances of the case.

Keywords: Fundamental social rights; public policies; minimum core obligation; costs of rights; budget's judicial review;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Delimitação do tema/problema	11
1.2 Metodologia e plano da dissertação	15
2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA	18
2.1 Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito	18
2.2 Princípios e regras	21
2.3 A influência da nova hermenêutica para formação do raciocínio judicial	29
3 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: uma necessária revisão dogmática	35
3.1 Para além das ‘pré-compreensões’ acerca dos direitos fundamentais sociais	35
3.2 Algumas anotações sobre o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais	39
3.3 A necessária relativização do conceito de direito subjetivo	50
3.4 Conteúdo jurídico dos direitos fundamentais sociais mínimos	55
3.5 Custos e escassez dos direitos fundamentais sociais	63
3.5.1 <i>Considerações sobre custos dos direitos: uma perspectiva à luz das ideias de Cass R. Sustein e Stephen Holmes</i>	63
3.5.2 <i>Custos dos direitos, escassez e reserva do possível</i>	66
4 ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
4.1 (Re) descoberta do Orçamento no constitucionalismo contemporâneo	75
4.1.1 <i>A leitura constitucional da natureza jurídica do orçamento</i>	78
4.1.2 <i>Princípios orçamentários no constitucionalismo contemporâneo: construindo o alicerce para elaboração, execução e controle do orçamento público</i>	86
4.1.3 <i>Classificação constitucional das necessidades públicas</i>	89
4.1.4 <i>Parâmetros constitucionais para as escolhas orçamentárias</i>	94
4.2 Políticas públicas no contexto atual	98
4.2.1 <i>O relacionamento entre política pública, direito fundamental social e Constituição Orçamentária no Estado Democrático de Direito</i>	98
4.2.2 <i>A influência normativo-constitucional no conceito jurídico de políticas públicas</i>	101

4.2.3 A implementação das políticas públicas no Estado do desenvolvimento para o bem-estar social	105
4.3 Alguns desafios do sistema constitucional orçamentário no ordenamento jurídico pátrio	109
4.3.1 A disciplina jurídica das leis orçamentárias na Constituição Cidadã de 1988: a importância do planejamento para efetivação dos direitos fundamentais sociais	109
4.3.2 Orçamento participativo e conselhos sociais como instrumentos para concretização de direitos fundamentais	119
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO	126
5.1 Políticas Públicas e escolhas orçamentárias em juízo	126
5.1.1 Judicialização da política e ativismo judicial	126
5.1.2 Notas sobre a discricionariedade administrativa e judicial no âmbito das políticas públicas e das escolhas orçamentárias	133
5.1.2.1 Discricionariedade administrativa e judicial segundo Karl Engisch	133
5.1.2.2 Discricionariedade administrativa no constitucionalismo contemporâneo: a margem de ação do administrador na elaboração e na implementação de políticas públicas	137
5.1.3 A importância da meta-regra da proporcionalidade na intervenção jurisdicional das políticas públicas e das escolhas orçamentárias	147
5.2 Controle Jurisdicional do orçamento no espaço democrático	153
5.2.1 Considerações gerais sobre controle do orçamento	153
5.2.2 Intervenção judicial no orçamento: delineando limites	156
5.2.3 Possibilidades de controle jurisdicional	163
5.2.2 Modalidades de controle	170
5.2.2.1 Controle jurisdicional abstrato-concentrado do orçamento: o entendimento do Supremo Tribunal Federal	170
5.2.2.2 Controle jurisdicional concreto-difuso do orçamento	178
5.2.2.3 Ações individuais e coletivas: entre a justiça comutativa e a justiça distributiva	181
5.3 O diálogo entre os poderes como forma de solução de conflitos de direitos fundamentais sociais de natureza distributiva	209
6 CONCLUSÃO	213
REFERÊNCIAS	219

1 INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação do tema/problema

Não há como dissociar direitos fundamentais sociais¹, políticas públicas e orçamento², em um Estado Constitucional e Democrático de Direito de modernidade tardia³ e pós-modernidade⁴ tracejada, como o Brasil.

De fato, apesar da evolução da teoria dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da inserção de direitos de terceira e quarta geração, vislumbra-se grande anseio da sociedade em torno da proteção dos direitos fundamentais sociais de segunda geração (saúde, moradia, educação, trabalho, etc.), formalmente positivados no texto constitucional desde 1934.

A sociedade vive, atualmente, em um contexto híbrido entre a necessidade de um Estado intervencionista social de direito (modernidade tardia) e o neoliberalismo econômico (pós-modernidade tracejada). Bem por isso, parece mais correto aludir a um Estado Constitucional e Democrático de Direito que vise a realização do Estado Social em meio às expectativas da pós-modernidade.

¹ A rubrica “direitos fundamentais sociais” é utilizada por Robert Alexy para definir direitos a prestação em sentido estrito, “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”, como, por exemplo, direito à saúde, à moradia, à educação, etc. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499). São estes direitos sociais que serão alvo deste estudo.

² Sempre que esta dissertação se referir a “orçamento público” ou “orçamento”, reporta-se à lei orçamentária anual, que é um dos três institutos que regem o sistema orçamentário no Brasil. A lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual serão mencionados através de sua própria nomenclatura.

³ Não há um consenso doutrinário sobre o surgimento da modernidade. Consoante o pensamento de Eduardo C. B. Bittar, ao seguir as lições de Castoriadis, a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade, com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares da mudança social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade. (BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 44). Em sentido diverso, Hannah Arendt preconiza que três grandes eventos caracterizaram a modernidade: “a descoberta da América e subsequente exploração de toda a terra; a Reforma que, expropriando as propriedades eclesiais e monásticas, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra do ponto de vista do universo”. Segundo a autora, tais eventos não são propriamente modernos, mas contribuíram sensivelmente para o desenvolvimento da modernidade. (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 260-262).

⁴ A pós-modernidade é um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, diante da necessidade de um longo processo de maturação axiológica. (Cf. BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 147).

Equilibrar esses dois ângulos não é tarefa fácil, principalmente quando a procura pelo desenvolvimento econômico não se perfaz em conjunto com o bem-estar social.

O descompasso entre a enorme quantidade de textos normativos e suas reais concretizações torna evidente a necessidade de materializar as aspirações da sociedade que, ao menos, garantam aos indivíduos vida com dignidade.

Acontece que a problemática da inefetividade dos direitos fundamentais sociais gira em torno, em grande parte, da alegada escassez de recursos públicos e das escolhas políticas relativas ao orçamento.

O centro do embate está na atividade orçamentária que ainda não galgou importância no cenário jurídico pátrio. As pré-compreensões relativas à má aplicação do dinheiro público e à corrupção edificaram o descaso dos indivíduos às questões econômicas e financeiras do Estado.

Neste palco, o Judiciário tornou-se ator principal para garantia dos direitos fundamentais sociais. A judicialização da política é uma realidade inafastável. A polêmica, entretanto, exsurge ante a escassez de recursos para suprir todas as necessidades públicas, concomitantemente à necessidade de observância das leis orçamentárias.

Isto porque, “direitos não nascem em árvore”⁵, fato que impõe a consideração dos custos como meio para viabilizar a efetivação dos direitos e das políticas públicas no caso concreto.

Além disso, a competência para escolhas das necessidades públicas, e para execução orçamentária pertence, aprioristicamente, ao Poder Executivo, que detém um legado de desconfiança generalizada.

Visualiza-se, portanto, um círculo vicioso que reclama uma solução, a fim de realizar a vontade constitucional: a (re) descoberta do orçamento.

No âmbito do constitucionalismo pós-moderno, é imperativo efetuar uma leitura verticalizante das diretrizes do direito financeiro com vistas ao resgate do orçamento, tudo em prol da concretização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A vinculação entre direitos fundamentais sociais e orçamento resta luzidia, máxime quando se tem uma Constituição Democrática que preceitua como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania⁶ e a dignidade da pessoa humana. Do ponto de

⁵ Expressão utilizada por Flávio Galdino. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 345.

⁶ Sempre que o trabalho se referir a cidadania deve-se ter em mente que a acepção do termo ‘cidadania’, compreende tanto o conceito jurídico tradicional de exercício do direito político ativo (cidadania em sentido estrito) como o reconhecimento da cidadania capaz de garantir às pessoas direito à liberdade, à igualdade

vista formal, o orçamento instrumentaliza políticas públicas e define o grau de efetivação dos direitos fundamentais sociais. No aspecto material, o orçamento concretiza a justiça, materializa as opções políticas traçadas pelo poder constituinte e é o único elemento capaz de calcular as reais limitações do Estado.

O desafio que se pretende enfrentar é a busca de critérios ou parâmetros que orientem as escolhas na elaboração e na execução orçamentárias, a fim de racionalizar as opções do Legislativo e do Executivo e viabilizar, dentro dos parâmetros insculpidos pelo constituinte, o controle jurisdicional do orçamento, sempre com o intuito de concretizar, na máxima medida possível, direitos fundamentais sociais.

Visivelmente, a intervenção judicial em questão orçamentária é tema instigante e polêmico no cenário jurídico, que carece de limites, a fim de não dar origem a uma ditadura do Judiciário.

Inúmeros entraves técnicos (conhecimento de economia, finanças, impactos sociais, etc.), políticos (legitimidade democrática, elaboração de políticas públicas, etc.) e jurídicos (separação dos poderes, discricionariedade administrativa, natureza da lei orçamentária, princípio da isonomia etc.) são argüidos com o objetivo de inviabilizar o controle jurisdicional do orçamento.

Todavia, a inobservância e o desrespeito aos preceitos da Carta da República são fatos constantes no contexto brasileiro, principalmente, quando envolve destinação de recursos públicos.

Não se pode descartar que, a supremacia da Constituição de 1988 e a busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais legitimam a interferência do Judiciário, em caso de descumprimento dos limites formais ou materiais delineados pelo constituinte.

Destas considerações, surgem inúmeros questionamentos que ainda não foram solucionados pela doutrina e jurisprudência pátrias: Como resolver conflitos de natureza distributiva, que envolvem dotações orçamentárias e direitos fundamentais sociais em demandas individuais? Em caso de inexistência de dotação orçamentária e de recursos disponíveis, o Judiciário pode determinar que o agente público efetive direitos fundamentais sociais? O Poder Judiciário pode interferir no planejamento estatal para implementação de políticas públicas voltadas à garantia de direitos sociais?

substancial, à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, ao trabalho, etc. (cidadania em sentido amplo). Nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto: “consagrar-se o fundamento à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados aos direitos sociais” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 266).

Certamente, este estudo impõe uma leitura transdisciplinar⁷, pois vai além do campo puramente jurídico, ao exigir análise dos impactos sociais e econômicos das decisões do Poder Judiciário em matéria orçamentária. De fato, para entender as questões concernentes ao orçamento, necessário compreender alguns princípios e regras que regem os três poderes estatais, especialmente no que concerne ao sistema financeiro, a fim de otimizar os gastos públicos.

O discurso sobre a ciência, baseado no paradigma emergente que visa a satisfação das necessidades do ser humano, direcionará esta pesquisa, já que traz em relevo a imperiosidade de distanciamento do hermetismo e dogmatismo da filosofia positivista clássica, a fim de consubstanciar um direito voltado para a redução das desigualdades sociais e para a concretização da dignidade da pessoa humana⁸.

Ao derredor do tema, há um grande número de variáveis subjetivas que devem ser analisadas cuidadosamente, uma vez que um dirigismo irresponsável do Poder Judiciário pode destruir o equilíbrio sistêmico das dotações orçamentárias e inviabilizar o desenvolvimento do Estado.

Apesar disso, a máxima efetividade dos direitos fundamentais deve ser respeitada, refutando-se toda proteção insuficiente e desproporcional. Por isso, a necessidade de revisão do orçamento a partir das diretrizes constitucionais.

Na linha desse raciocínio, é imperioso buscar critérios constitucionais que delineiem as fronteiras de intervenção judicial no orçamento público. Por certo, não será possível criar critérios que solucionem todas as questões alocatícias orçamentárias. Não existem fórmulas analíticas, já que a sociedade está em constante transformação. Entretanto, parece viável tracejar algumas técnicas, fixar limites, com o objetivo de tentar uniformizar o pensamento do Judiciário na resolução dos conflitos referentes a direitos fundamentais sociais, políticas públicas e distribuição de recursos escassos.

⁷ Note que, segundo os ensinamentos de Edgar Morrin, a perspectiva transdisciplinar vai além da visão interdisciplinar, uma vez que tem por objeto não um setor ou uma parcela, mas um sistema complexo, que forma um todo organizado. (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 26-27). Segundo o autor “a interdisciplinaridade pode significar, pura e simplesmente, que diferentes disciplinas são colocadas em volta de uma mesma mesa, como diferentes nações se posicionam na ONU, sem fazerem nada além de afirmar, cada qual, seus próprios direitos nacionais e suas próprias soberanias em relação às invasões do vizinho”. Por outro lado, “a transdisciplinaridade, trata-se freqüentemente de esquemas cognitivos que podem atravessar as disciplinas, as vezes com tal virulência, que as deixam em transe”. (MORIN, Edgar. op. cit., p. 115).

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as Ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.52.

1.2 Metodologia e plano da dissertação

A complexidade dos problemas que circundam as relações sociais na contemporaneidade exige uma postura flexível do investigador quanto ao tipo de raciocínio ou método de pesquisa utilizado.

Especificamente no universo jurídico, em que se vislumbra um plexo integrado de fatos, valores e normas em constante transformação⁹, a adoção de método fixo ou absoluto parece limitar a visão do pesquisador, restringindo, conseqüentemente, o exame crítico que abarque a multiplicidade de perspectivas do tema proposto.

O estudo dos direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento requer reflexões críticas, de maneira que a pesquisa transcenda ao dogmatismo do modelo positivista clássico, priorizando a permanente indagação, em detrimento da busca de respostas prontas e absolutas para os problemas enfrentados no decorrer do trabalho.

Certamente, a crítica racional é importante para a pesquisa científica, pois permite criação de resistência aos dogmas dominantes (modismo intelectual, ideologia entrincheirada) e validação de possíveis “verdades”, ao longo do tempo.

A dissertação tem como foco diversos problemas que precisam de solução mais consentânea com a realidade sócio-político-econômica e com os valores constitucionais. Por conseguinte, a busca de parâmetros e a análise dos limites do controle judicial do orçamento público com o fito de resguardar garantias insculpidas na Lei Maior se faz necessária.

Para o alcance deste desiderato, não será adotado um método específico, mas uma pluralidade metodológica que vise à melhor construção da dissertação¹⁰.

⁹ Sem necessariamente assumir todas as conseqüências da linha de investigação da tridimensionalidade do direito de Miguel Reale, a percepção culturalista do direito afina-se a esta pesquisa. Consoante Miguel Reale: “Sendo o Direito um *bem cultural*, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que, como vimos, se entrebrem no momento de qualquer realização de valores. Põe-se, assim, no âmago da experiência jurídica a problemática do Poder, que procura assegurar por todos os modos, inclusive pela força física, a realização do Direito”. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 702).

¹⁰ Seguindo as lições de Paul Feyerabend expostas no livro “Contra o Método”, saltam aos olhos a inexistência de um único método que conduza a verdade, haja vista todas as regras serem suscetíveis de violação em algum momento. O autor parte da idéia de limitação da metodologia e, através da técnica do contraste ou da contra-indução, busca uma maneira de combater os métodos “absolutos” e construir uma ciência mais crítica. Obtempera ainda que “[...] o conhecimento não é uma série de teorias autoconsistentes que converge para uma concepção ideal; não é uma aproximação gradual à verdade. É, antes, um sempre crescente oceano de alternativas mutuamente incompatíveis, no qual cada teoria, cada conto de fadas e cada mito que faz parte da coleção força os outros a uma articulação maior, todos contribuindo, mediante esse processo de competição, para

O método predominante será o dedutivo, uma vez que o estudo parte de uma hipótese de trabalho, a possibilidade de revisão judicial das escolhas orçamentárias, cuja validade será testada a partir da análise do material documental, jurisprudencial e bibliográfico, levantado e discutido, confirmando-a ou refutando-a.

A perspectiva crítica será edificada através do método de ensaio e erro de Karl Popper¹¹, que consiste na reflexão minuciosa do investigador a respeito das tentativas de solução dos problemas apresentados. Nesse passo, a análise do instituto jurídico do orçamento a partir da teoria dos princípios, das teorias da escassez de recursos públicos e escolhas trágicas, da máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais, entre outras, serão imprescindíveis para o alcance de uma solução equânime com a conjuntura jurídico-social-democrática do Brasil.

Demais disso, o método exploratório¹² norteará o estudo proposto, a fim de proporcionar maior familiaridade com os problemas que envolvem direitos fundamentais sociais, políticas públicas e alocações orçamentárias, e, assim tentar clarificar as idéias já existentes.

No que tange ao plano da dissertação, o caminho percorrido no trabalho pode ser dividido em quatro partes.

Inicialmente, serão delineados alguns pressupostos fundamentais para a compreensão adequada do tema, como aspectos teóricos do constitucionalismo contemporâneo e da constitucionalização do direito, o critério distintivo entre regras e princípios e alguns enfoques da nova hermenêutica constitucional, que conduziram a linha de raciocínio desta pesquisa.

Na segunda parte, far-se-á uma revisão dogmática de teorias relacionadas aos direitos fundamentais sociais, de acordo com nuances e influências do neoconstitucionalismo e da sociedade pós-moderna. Para tanto, serão feitas digressões sobre o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais, sobre a necessidade de relativização do conceito de direito subjetivo, bem como sobre o conteúdo jurídico dos direitos sociais mínimos.

Em continuação, e como não poderia deixar de apresentar em um estudo que envolve direitos fundamentais sociais, examinar-se-á a questão dos custos dos direitos e das

o desenvolvimento de nossa consciência.” (FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 46).

¹¹ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

¹² GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisas*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 41.

escolhas trágicas, para assim inferir a melhor forma de compreensão da reserva do possível em um país em desenvolvimento como o Brasil.

A terceira parte será destinada ao estudo do orçamento e das políticas públicas na perspectiva dos direitos fundamentais. Deste modo, sustentar-se-á necessidade de redescoberta do orçamento no constitucionalismo contemporâneo, conferindo ao mesmo, natureza jurídica de direito formal e material, além de enfatizar a importância dos princípios orçamentários como normas essenciais na elaboração, execução e controle do orçamento. Ainda no que tange a revalorização do orçamento, será indicada uma classificação constitucional das necessidades públicas, como forma de racionalizar o processo de escolhas orçamentárias pelos poderes públicos.

No concernente às políticas públicas, o trabalho demonstrará o relacionamento entre políticas públicas, direitos fundamentais sociais e orçamento no Estado do desenvolvimento para o bem-estar, e destacará a forma de implementação das políticas públicas neste Estado.

Para finalizar esta parte, serão enfatizados alguns desafios que o sistema constitucional orçamentário enfrenta na atualidade, que servirão de fundamento para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Por último, o trabalho abordará as principais questões relacionadas ao controle jurisdicional do orçamento, ressaltando a necessidade de observância dos limites impostos na Constituição Federal, do respeito à justiça distributiva, e buscando sempre critérios proporcionais e razoáveis que viabilizem a intervenção do Poder Judiciário no orçamento em determinadas situações.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA

2.1 Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito

O Estado Democrático de Direito, marcado pela concepção contemporânea de direito Constitucional, também denominado de ‘neoconstitucionalismo’, delinea novos artefatos para o Ordenamento Jurídico, em consonância com as nuances da pós-modernidade.

Desde logo, cumpre advertir que em derredor da expressão ‘neoconstitucionalismo’ foram desenvolvidas várias acepções, fato que destitui a compreensão meramente ideológica do termo. Logo, não há conexão necessária entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo, fenômeno sócio-político-cultural propugnador da máxima efetividade dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da limitação dos poderes do Estado. Esta é, tão somente, uma de suas correntes.

Paolo Comanduci, por exemplo, sustenta as concepções ideológica, metodológica e teórica do neoconstitucionalismo. Num viés metodológico defende a tese da conexão necessária entre direito/moral¹³, e o neoconstitucionalismo ganha espaço ao destacar a importância da normatização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, exatamente como ponte entre direito/moral¹⁴.

Do ponto de vista teórico, neoconstitucionalismo representa uma novel teoria jurídica, alternativa à teoria positivista tradicional, que aspira descrever as conquistas da constitucionalização do direito e ressaltar as peculiaridades da interpretação constitucional¹⁵.

Todas as vertentes são importantes para compreender as transformações do Estado brasileiro na pós-modernidade, caracterizado por um constitucionalismo dirigente e compromissório com a sociedade, pelo retorno da ética e dos valores e pela subordinação dos poderes estatais à Constituição.

Após uma longa fase de enfoque meramente periférico e político da Constituição, percebeu-se a necessidade de aferir uma carga axiológica, normativa, vinculante e suprema a

¹³ No que concerne à relação entre direito e moral no neoconstitucionalismo, Suzanna Pozzolo defende a separação conceitual entre ambos a fim de alcançar a autonomia do jus positivismo metodológico. (POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 187 – 210). Conferir também OTO, Ecio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 87.

¹⁵ *Ibid.*, p. 83-84.

suas normas, a fim de que todas as relações jurídicas fossem concebidas a partir da Lei Fundante do País¹⁶.

O neoconstitucionalismo suplantou o Estado Legislativo de Direito e consubstanciou o Estado Constitucional de Direito¹⁷, de modo que as condições de validade das normas jurídicas passaram a depender não só do aspecto formal, mas também da compatibilidade material com princípios e regras constitucionais¹⁸.

Com isso, a Constituição ocupa o centro do sistema e impõe uma leitura verticalizante de todos os ramos da ciência jurídica, então conhecida como constitucionalização do direito¹⁹. Indiscutivelmente, esse fenômeno é um dos resultados do paradigma neoconstitucional.

Em olhar mais circunstanciado, Ricardo Guastini descreve algumas condições para caracterização do aludido fenômeno, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a ‘sobreinterpretação’ da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas²⁰.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito surgiu com a Constituição de 1988. Certamente, a Carta Democrática de 1988 tem um nítido caráter neoconstitucional, uma vez que foi a partir dela que se iniciou a valorização não meramente formal da Constituição, como outrora se observara, mas também material, potencializada pela

¹⁶ Luís Roberto Barroso ressalta: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006).

¹⁷ “O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da segunda guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244).

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009, p. 39.

¹⁹ Ricardo Guastini compreende constitucionalização do ordenamento jurídico como “*un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal de los actores políticos, así como las relaciones sociales*” (GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 49).

²⁰ *Ibid.*, p. 49-73.

normatividade de seus princípios e pela previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais voltados para o indivíduo e para a coletividade.

A força normativa da Constituição²¹ impõe limites formais e materiais às atividades do Legislativo, Executivo e Judiciário e determina deveres de atuação para os mesmos. A independência e harmonia entre os poderes, chanceladas no pacto federativo, funciona a partir do constante controle recíproco com vistas à efetivação da Lei Fundante do País.

É neste cenário que se faz premente a necessidade de uma filtragem constitucional do orçamento, antes concebido como mera peça de ficção jurídica (uma lei que não era cumprida). Ou seja, todo processo de planejamento, elaboração e execução orçamentários devem observar os valores e objetivos delineados na Lei Maior, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A importância da releitura de inúmeros institutos jurídicos a partir da Constituição Federal, a exemplo do orçamento, que é o foco desta dissertação, justifica-se pelo sentimento constitucional e garantista que permeia o Estado Democrático de Direito.

Dentro desta ordem de ideias, vislumbra-se uma sociedade ávida por justiça e por condições materiais mínimas de existência, metas insculpidas no texto constitucional.

Assiste-se, conforme já salientado, a um período de reaproximação do direito com valores morais, éticos e políticos²². Não se pretende com isso, o renascimento do jusnaturalismo, mas, seguramente, busca-se a reestruturação ou o equilíbrio do ordenamento positivado com inspiração na razão prática²³, na teoria da justiça²⁴ e na legitimação democrática.

²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²² Numa análise político-histórica, a hipertrofia do positivismo, calcada na eliminação de quaisquer juízos de valor, gerou inúmeras polêmicas na teoria do direito, mormente ao justificar barbáries como as impostas nos regimes nazistas e fascistas sob o manto da legalidade. Diante disto, era necessário transcender os limites formalistas do positivismo e considerar aspectos da realidade subjacente. Neste sentir, em meados do século XX, os valores voltaram a fazer parte das discussões jurídicas. Corroborando esta assertiva, ensina Pablo Lucas Verdu: “Frente ao agnosticismo, relativismo e formalismo, se produziu, após a Segunda Guerra Mundial, um retorno aos valores, à dimensão axiológica da Constituição. (...) O fato é que partindo da tese de Smend sobre o conteúdo axiológico dos direitos, sustentou-se energicamente, que os direitos não são liberdades básicas que giram ao redor das leis, mas o contrário. Proclamou-se a dignidade humana como princípio lógico, ontológico e deontológico de todos os direitos. (...) Estabelece-se o Estado de Direito como um Estado *Social* de Direito, distinguindo-se lei e direito frente as posturas positivistas.” Tradução nossa (VERDU, Pablo Lucas. *Teoria de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Dykinson, 1998, p. 33).

²³ A crítica da razão prática revela-se fundamental para a compreensão do neoconstitucionalismo, em face da profunda carga axiológica apresentada no método proposto por Immanuel Kant. Iniludivelmente, a ênfase a alguns valores morais como condutores da vontade do indivíduo é seminal para direcionar a ação do estado sempre em prol da dignidade humana. Conforme aduz Kant: “O fato de que, na ordem dos fins, o homem seja fim em si mesmo, isto é, jamais possa ser usado por alguém (nem mesmo por Deus) simplesmente como meio, sem que ele mesmo seja com isso ao mesmo tempo fim, que, portanto, a humanidade em nossa pessoa tenha de

É o que se convencionou chamar virada kantiana²⁵ do pós-positivismo. Sinteticamente, a filosofia pós-positivista procura ir além da estrita legalidade para interpretar o sentido do dispositivo normativo através de novos métodos da hermenêutica jurídica e filosófica. Admite a crença em princípios universalmente válidos com força normativa, reintroduz no ordenamento jurídico valores indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa humana, além de construir uma teoria dos direitos fundamentais.

Exatamente nesta conjuntura é que se encontrarão os alicerces para investigar a possibilidade de controle judicial do orçamento público.

2.2 Princípios e regras

A mudança de paradigma da filosofia jurídica incutida pelo neoconstitucionalismo altera substancialmente a teoria das fontes do direito, em face da normatização dos princípios. Supera-se, pois, a tradicional concepção de direito como um modelo puro de regras, repleto de incompletudes e incoerências, que não encontrava solução para inúmeras situações difíceis (*hard cases*²⁶) decorrentes da complexidade dos fatos da vida.

A filosofia jurídica pós-positivista inaugura, na teoria do Direito, a estruturação da norma, como gênero, que comporta, dentre outras classificações²⁷, duas espécies: princípios e regras.

A normatização dos princípios assume lugar de destaque na contemporaneidade, porque proporciona verdadeira revolução, não só no plano da ciência jurídica como em todos os âmbitos do Estado Democrático.

ser a nós mesmos santa, segue-se doravante por si, porque ele é o sujeito da lei moral” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução com introdução e nota de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 211). Ademais, a construção de uma consciência moral pelo exercício da racionalidade acerca de situações concretas permite que se assegurem direitos fundamentais. Assim, a reinterpretação do Ordenamento Jurídico a partir da lei moral proposta por Kant enaltece a necessidade de observância dos princípios constitucionais pelos Poderes Públicos característica marcante do Neoconstitucionalismo.

²⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140.

²⁶ A terminologia “*hard cases*” foi consagrada por Hebert Hart. (HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994).

²⁷ Ao discorrer sobre a dissociação entre as espécies normativas, Humberto Ávila, admite a existência de três espécies: regras, princípios e postulados normativos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

Os princípios, vistos pela hermenêutica clássica como diretrizes interpretativas ou como instrumentos de integração na falta da norma regulamentadora, adquirem eficácia jurídica e cunho impositivo como qualquer outro enunciado normativo. Assim, em razão do caráter deôntico dos princípios exsurge a necessidade de observância dos mesmos por toda a sociedade²⁸.

Vive-se a era do Estado Constitucional principiológico, que busca o equilíbrio entre a efetivação da justiça no caso concreto e a segurança jurídica das relações sociais. Este balanceamento contribui, sensivelmente, para a garantia da dignidade do ser humano, finalidade precípua do sistema jurídico na atualidade.

Nesse diapasão, a diferença conceitual entre princípios e regras ganhou relevo no âmbito jurídico, e inúmeros doutrinadores no Brasil e no exterior discorreram sobre o assunto²⁹. Não é preciso descrever aqui todas as discussões teóricas envolvendo o tema. Contudo, a fixação das premissas a serem seguidas servirá como base para análise do problema do controle judicial do orçamento público, mormente, quanto ao modo final de aplicação dos princípios e regras pelo intérprete.

Antes de discorrer sobre essa dicotomia, parte-se da ideia de que a qualidade de princípio ou regra é resultado da interpretação do enunciado normativo. Isso porque, não há sinonímia entre texto normativo e norma. Enquanto esta decorre dos sentidos construídos pela interpretação de um ou vários textos normativos, aquele corresponde ao conjunto de signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional³⁰.

Não se quer com esta assertiva negar o pré-estabelecimento de critérios distintivos entre princípios e regras, mesmo porque, a partir daí é que se alcança uma clareza conceitual destas categorias normativas, fato que proporciona maiores meios de controle dos poderes estatais.

²⁸ Na esteira de Robert Alexy, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87).

²⁹ O jurista norte-americano Ronald Dworkin e o jus-filósofo alemão Robert Alexy foram os responsáveis pela difusão do debate acerca da distinção entre princípios e regras. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Na doutrina pátria, destacam-se os ensinamentos com perfil crítico empreendidos por Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva. Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In BONAVIDES, Paulo (org.). *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, jan- jun/2003.

³⁰ Sobre o tema conferir LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Necessário, desta maneira, definir com nitidez o modo de diferenciar princípios e regras que será aqui empreendido, sem, obviamente, retirar o mérito de outras teorias desenvolvidas com o intuito de estimular o debate e a evolução do direito.

Para tanto, adotar-se-á como ponto de partida a teoria propugnada por Robert Alexy, que propõe, na senda de Ronald Dworkin³¹, uma distinção forte³² entre princípios e regras a partir da diversidade da estrutura lógica das normas. Assim, a norma será considerada princípio ou regra em razão da dessemelhança da estrutura normativa, e não pelo caráter da fundamentalidade da mesma. Essa ressalva assume contornos de relevância teórica e prática indiscutíveis, conforme restará demonstrado neste tópico.

Dentre os critérios para distinguir regras de princípios apontados pela doutrina³³, a teoria do jus filósofo alemão guarda relação com os critérios do modo final de aplicação e do conflito normativo, analisados em conjunto, devido ao entrelaçamento de ambos.

O primeiro deles relaciona-se com a aplicação disjuntiva das regras (raciocínio do tudo-ou-nada preconizado por Ronald Dworkin) e com a aplicação gradual dos princípios³⁴. Por sua vez, o critério do conflito normativo estabelece que, em caso de conflito entre regras, a solução situe-se no plano da validade, de maneira a acarretar a exclusão de uma delas do ordenamento jurídico³⁵ ou a introdução de uma “cláusula exceção”³⁶ (aplicação por subsunção). Enquanto que, na colisão entre princípios a solução emane do sopesamento,

³¹ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-42).

³² Virgílio Afonso da Silva destaca a existência de três grandes teorias sobre a distinção entre princípios e regras: (a) teorias que propõem uma distinção forte; (b) teorias que propõem uma distinção débil; (c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, p. 30-31).

³³ Ao reportar o panorama evolutivo da distinção entre normas-princípio e normas-regra, Humberto Ávila pontua três critérios distintivos usualmente empregados: critério do caráter hipotético condicional; critério do modo final de aplicação e critério do conflito normativo. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17).

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

³⁵ Em consonância com os ensinamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy frisa que no âmbito da validade jurídica não há margem pra graduação – a norma ou é válida ou inválida. Para ele, “[...] não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92).

³⁶ No que tange à necessidade de criação de cláusula de exceção Robert Alexy exemplifica com uma regra que proíba que o aluno saia da sala de aula antes que o sinal toque e a regra que determine o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Tem-se, claramente, uma situação excepcional a fim de manter a coerência do sistema. (Ibid., p. 92).

mediante relação de preferência de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes (dimensão do peso dos princípios).

O núcleo da teoria dos princípios de Robert Alexy revela um plus ao critério distintivo proposto por Ronald Dworkin, ao caracterizar princípios como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.

No escólio do professor de Kiel, princípios possuem estrutura de verdadeiros mandamentos de otimização, que podem ser realizados em diversos graus pelo fato de que a medida ideal de sua satisfação depende de fatores jurídicos e extrajurídicos³⁷.

É bem verdade que isso só ocorre quando existe colisão entre princípios, pois, caso não haja, as condições para otimização serão ideais e ele deve ser aplicado na medida necessária³⁸. O princípio da liberdade de informação jornalística, por exemplo, se não chocar com outros princípios ou regras, pode ser aplicado sem recorrer à ponderação³⁹. Entretanto, dificilmente a realização total de um princípio não esbarrará na necessidade de proteção de outro princípio, ou, eventualmente, de uma regra.

Para além disso, princípios determinam direitos e deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das condições do caso concreto, o dever inserto no princípio pode não revelar um dever definitivo. Ainda, o fato de um princípio valer, em tese, para resolver um caso específico, não significa que ele servirá como razão definitiva para outro caso semelhante.

A aplicação de um princípio, em uma dada circunstância, não indica que a mesma consequência jurídica seja sempre observada, já que nos princípios as consequências jurídicas são apenas abstratamente determinadas⁴⁰.

O recurso ao exemplo clarificará a afirmação. O texto normativo inscrito no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, que determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, alberga a proteção de direitos fundamentais com estrutura lógica de princípios nos termos aqui defendidos. Explica-se: ao interpretar o enunciado normativo em questão, percebe-se que tais normas apresentam caráter *prima facie* que podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou regras. Bem porque, apenas de

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁸ Segundo Robert Alexy, isoladamente considerados, os princípios têm natureza de mandamento de maximização. (Ibid., p. 95, nota 37).

³⁹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In BONAVIDES, Paulo (org.). *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun/2003.

⁴⁰ Ibid.

acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto é que tais princípios devem se realizar na medida máxima, e, deste modo, concretizarão deveres definitivos para aquela situação particular.

Contrario sensu, regras são normas que podem ou não ser satisfeitas no momento da aplicação (tudo-ou-nada). Tal fato decorre da estrutura das mesmas, ou seja, as regras devem impor deveres ou garantir direitos definitivos. Se duas regras prevêm conseqüências diferentes para o mesmo fato, uma delas é necessariamente inválida no todo ou em parte, ou cria-se uma cláusula de exceção, a fim de garantir coerência no ordenamento jurídico. A aplicação das regras ocorre automaticamente por subsunção, porque não possuem a dimensão de peso dos princípios.

No conflito total de dois enunciados normativos com estrutura de regra, um deles deve ser considerado inválido para aplicação do outro. Essa solução faz-se necessária a fim de não relativizar a definitividade inerente às regras, garantia da segurança jurídica do Ordenamento.

Por outro lado, quando houver incompatibilidade parcial entre enunciados de duas regras a solução ocorre por meio da cláusula de exceção a uma delas. Neste momento, vislumbra-se o dever *prima facie* da regra excepcionada, já que, no processo de surgimento da cláusula de exceção, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo⁴¹. A despeito disso, o critério distintivo de Robert Alexy permanece válido, mesmo porque, na solução do conflito, declara-se parcialmente inválida a regra excepcionada.

Uma forma bastante simples de apresentar a questão é a seguinte: A regra que estatui o dever de licitar tem que ser aplicada sempre que a Administração Pública contrate obras, serviços, compras e alienações⁴². Todavia, para compra de produtos perecíveis, por hipótese, há uma regra excepcional em legislação específica que dispensa a obrigação de licitar⁴³. Note que, a regra que determina a licitação permanece com o caráter *prima facie*, mas a definitividade é afastada pela regra da dispensa. Ainda assim, o modo de aplicação por

⁴¹ Tanto as regras como os princípios possuem caráter *prima facie*, mas com aspectos distintos. Nas lições de Robert Alexy, infere-se que o caráter *prima facie* das regras, baseia-se na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, e continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte que o dos princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104-106).

⁴² O art. 37, XXI da CF/88 é claro ao determinar que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁴³ O estatuto jurídico das licitações e contratos dispensa o dever de licitar, entre outros, nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia (art. 24, XII, da lei n. 8.666/93).

subsunção, neste conflito, permanece com a declaração parcial de invalidade da regra do dever de licitar.

Constata-se, pois, uma diferença lógica no grau de cumprimento da norma. Trata-se de princípio se for possível sua realização em diversos graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, e de regra se houver apenas um modo de concretização do enunciado normativo⁴⁴.

A perspectiva alexyana foca-se, portanto, no aspecto estrutural da norma, que implica deveres e formas de aplicações diversas. Desta maneira, no momento em que este estudo opta por seguir essa linha de pensamento, critérios como da fundamentalidade, generalidade, abstração, devem ser afastados.

A importância teórica e prática desta assertiva é que inúmeros enunciados considerados “princípios” pela doutrina brasileira em decorrência da materialidade, segundo o critério do professor de Kiel são regras, a exemplo dos “princípios” da legalidade, da anualidade orçamentária, da anterioridade tributária, etc⁴⁵. Conseqüentemente, o modo de aplicação da regra da anualidade orçamentária, por hipótese, será diverso, por ser norma que impõe deveres ou garante direitos definitivos.

Antes de concluir, indispensável tecer algumas considerações sobre a crítica de Humberto Ávila quanto ao modo de aplicação das regras, já que, se procedente, colocaria por terra as premissas aqui delineadas.

Em síntese, Humberto Ávila sustenta que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, pois, assim como os princípios, possuem dimensão do peso, fato a ensejar a prevalência de uma regra em face de outra de acordo com as condições jurídicas e fáticas.

À guisa de exemplo, o autor cita a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 73.662-9/MG, que colocou em xeque a regra contida no art. 244 do Código Penal, segundo a qual no crime contra os costumes há presunção de violência quando a vítima tem idade inferior a 14 anos⁴⁶. No caso em tela, Humberto Ávila asseverou que para aplicar a regra o Egrégio Tribunal fez sopesamento de algumas circunstâncias particulares não previstas no dispositivo, tais como aquiescência da vítima e aparência física e mental de

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Revista Doxa* n° 5, 1988, p.144.

⁴⁵ No Brasil, a Constituição de 1988 foi responsável pela mudança de paradigma da ciência do direito. Com sua promulgação, o debate acerca da normatividade dos princípios ganhou espaço na doutrina. Entretanto, inicialmente, a grande maioria dos juristas definiu princípio apenas segundo o critério da fundamentalidade, ou seja, de acordo com sua importância e materialidade. Com o passar dos anos, muitos juristas incorporaram as ideias de Robert Alexy, porém sem abandonar os critérios anteriores. (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009).

⁴⁶ BRASIL, STF, HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20/06/96.

pessoa mais velha, para afastar a aplicação da mesma, apesar de os requisitos normativos estarem devidamente preenchidos.

Com esta ilustração, o jurista quis destacar que o modo de aplicação da norma pode ser invertido na atividade interpretativa, momento em que a norma é construída. Bem por isso, ressaltou que a consequência estabelecida *prima facie* pela regra pode não ser aplicada, mediante fundamentação consistente, em face de razões substanciais que restrinjam ou ampliem seu conteúdo normativo⁴⁷.

No escólio do referido autor a consideração pelo intérprete de circunstâncias fáticas no caso concreto independe de ser regra ou princípio, já que o traço distintivo entre ambos não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura da norma, mas o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico (princípio) ou comportamental (regra), que permitirá o enquadramento na espécie normativa.

Como se pode observar, a linha de raciocínio desenvolvida por Humberto Ávila pretende afastar a aplicação das regras por meio da subsunção. Defende, por conseguinte, um modelo de ponderação estruturada como critério de aplicação de regras e princípios.

Malgrado o reconhecimento da relevância das ideias desenvolvidas pelo autor para a ciência jurídica pátria, nos moldes das premissas teóricas aqui traçadas, não há como sustentar tal argumentação.

Na verdade, a leitura da teoria dos princípios de Humberto Ávila induz à percepção de que o mesmo vislumbra a técnica da ponderação de maneira distinta da indicada por Robert Alexy. Enquanto este associa ponderação a método de aplicação para solucionar colisão entre princípios, aquele refere-se à ponderação ou balanceamento como uma forma de interpretação jurídica geral⁴⁸.

Em relação ao exemplo do julgamento do HC 73.662-9, saltam aos olhos que o Supremo Tribunal Federal não utilizou a técnica do sopesamento como critério de aplicação da regra, mas como método para interpretar aquela situação fática. O intuito da ponderação, naquele caso, era verificar se o fato se enquadrava na hipótese descrita na norma, e não aferir a máxima realização da regra. Desta maneira, a estrutura da regra permaneceu intacta.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36- 41.

⁴⁸ “Com efeito, a ponderação não é mérito privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (...), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso das regras, consoante o critério aqui investigado)”. (Ibid., p. 44).

Caso semelhante que pode confirmar esse entendimento foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 99.449, que deferiu habeas corpus ao denunciado por porte ilegal de arma pela ausência de munição⁴⁹. Ora, ao interpretar as circunstâncias do caso, o Supremo Tribunal não aplicou a regra do art. 14 da lei 10.826/2003⁵⁰ pelo fato de não existir uma conduta típica que ensejasse sua aplicação. Se a conduta fosse típica, o modo de aplicação da regra seria o subsuntivo.

Desta maneira, no modelo de regras e princípios proposto por Robert Alexy, nada obsta que o intérprete utilize o sopesamento como forma de argumentação, todavia, não se deve confundir com a ponderação enquanto técnica para solução de colisão entre princípios.

Questão que poderia causar polêmica quanto ao critério distintivo proposto por Alexy é o modo de solução de conflitos entre princípios e regras. Apesar de não aprofundar o tema, Robert Alexy assevera que, quando um princípio colide com uma regra, deve haver um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio que materialmente sustenta a regra⁵¹. Portanto, ainda que colida com um princípio, a regra não deve ser sopesada.

Trata-se do fenômeno da adscrição das regras a princípios, como preconiza 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”⁵². Logo, em casos de conflito entre regras e princípios, a solução deverá ser fundamentada no sopesamento entre o princípio adscrito à regra e o outro princípio colidente.

Em arremate, sempre que se mencionar um princípio ou uma regra neste trabalho, o critério diferenciador será a estrutura lógica da norma. Assim, considera-se princípio a norma que garante direitos e deveres *prima facie* através de um mandamento de otimização e regra como norma que garante direitos e deveres definitivos.

⁴⁹ EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIME. ARMA DE FOGO. PORTE ILEGAL. ARMA DESMUNICIADA, SEM DISPONIBILIDADE IMEDIATA DE MUNIÇÃO. FATO ATÍPICO. FALTA DE OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO. HC CONCEDIDO PARA ESSE FIM. INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA LEI N. 9.437/97. VOTO VENCIDO. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, sem que o portador tenha disponibilidade imediata de munição, não configura o tipo previsto no art. 10 da lei n. 9.437/97. (STF, HC 99.449, Relatora Ministra Ellen Gracie. DJU 01/03/2010).

⁵⁰ Art. 14 da lei 10.826/2003 - Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, nota 24.

⁵² 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 02 de junho de 2010.

2.3 A influência da nova hermenêutica para formação do raciocínio judicial

Em continuidade ao exame dos pressupostos conceituais que conduzirão este trabalho, mister sublinhar outro aspecto relevante, que veio à tona com as complexidades do Estado pós-moderno⁵³: o desenvolvimento de uma nova dogmática da hermenêutica jurídico-constitucional⁵⁴, cuja veemência se faz clara para a compreensão do comportamento do Judiciário ao intervir no orçamento.

Inúmeros fatores foram responsáveis pela alteração do perfil da atividade jurisdicional no Brasil. A instituição de um Estado Democrático de Direito, bem como as transformações decorrentes do neoconstitucionalismo impulsionaram a substancial modificação do raciocínio judicial, antes atrelado a um sistema liberal fechado, segundo o qual a interpretação consistia em delimitar o alcance e o sentido do texto normativo.

Dentro de um contexto fragmentado e intrincado, a constitucionalização do direito e a normatividade dos princípios vieram à baila para reorientar a racionalidade do intérprete e, desta forma, conferir maior legitimidade ao sistema. A confluência das promessas da pós-modernidade com as virtualidades do fenômeno jurídico, trouxe à tona o paradigma emergente do pós-positivismo a fim de tentar coordenar as relações sociais do Estado Contemporâneo através de uma interpretação axiológica e uma abertura sistemática do direito à política, à sociologia, à economia, etc.

A compreensão da Constituição, como expressão jurídica soberana das aspirações sociais, refuta a interpretação clássica inteiramente objetivista, que restringe o ato interpretativo à *mens legis* e à operação silogística do dedutivismo lógico, característica de uma interpretação de bloqueio, e conduz à necessidade de uma interpretação que legitime os anseios da sociedade⁵⁵.

⁵³ No Brasil, o discurso da pós-modernidade deve ser coerente com a realidade constitucional subjacente. Constata-se que o Brasil alcança a pós-modernidade sem nem mesmo ter conseguido ser realmente liberal ou moderno. As promessas da modernidade ainda não realizadas devem encontrar espaço no contexto atual. (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

⁵⁴ No sentido clássico hermenêutica é “a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.1). Em contrapartida, interpretação jurídica é a atribuição de um sentido ou um significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos editor, 2002, p. 28) . Nessa linha, interpretação e hermenêutica não são conceitos sinônimos. Enquanto a interpretação é um ato concreto, a hermenêutica está num plano abstrato e abrange a interpretação, além de gerar enunciados para utilização do intérprete.

⁵⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas. 1989, p. 10.

Evidentemente, a tarefa do intérprete no Estado Contemporâneo não pode mais se resumir a analisar a norma (premissa maior) e aplicá-la a um caso concreto (premissa menor), com vistas a um resultado, como se fosse um processo matemático e independente de sua vontade. A interpretação jurídica e, principalmente, a constitucional⁵⁶, tem que levar em consideração a realidade histórico-concreta em que o enunciado normativo está inserido e a pré-compreensão do intérprete⁵⁷, a fim de atribuir-lhe um significado que acompanhe as aspirações da sociedade⁵⁸.

Toda interpretação será um ato de criação de acordo com o contexto em que o enunciado normativo está inserido. Nessa medida, o ato de interpretar consiste em atribuir um significado, determinado por vários fatores ou condicionantes externos, ao texto legal, de maneira a apresentar uma das soluções possíveis ao problema em testilha⁵⁹.

Ainda que se apliquem os métodos clássicos de interpretação (interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática), o exegeta deve sempre ter presente a interação, ou mesmo, a tensão dialética entre texto e contexto, de maneira que haja uma conformação do enunciado normativo com a realidade circundante. Destarte, a função do intérprete é fazer uma mediação criadora que transforma a interpretação em movimento de ir-e-vir (círculo

⁵⁶ A interpretação constitucional é uma forma de interpretação jurídica, porém dotada de certas peculiaridades, justificadas, segundo Luis Roberto Barroso, devido à superioridade hierárquica de seu texto (supremacia da Constituição), à natureza da linguagem (normas principiológicas), ao conteúdo específico (normas organizacionais) e ao caráter político da Lei Fundante do País. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.107; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurda. Madrid: Civitas, 2001, p. 18).

⁵⁷ A ideia de “pré-compreensão” faz parte do círculo hermenêutico proposto por Gadamer, segundo o qual a compreensão é descrita como interpretação do movimento da história e da pré-compreensão do intérprete. “Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete já prelineia o sentido do todo. Naturalmente que o sentido só 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”. Segue ainda Gadamer “A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”. (GADAMER, Hans- Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999, p. 402-403).

⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998, p. 61.

⁵⁹ Pode-se afirmar, na linha das lições de Hans Kelsen, que todos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado possível, não existindo apenas um resultado correto. Isso porque, interpretação é um ato de conhecimento e de vontade. Na senda do autor “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394).

hermenêutico). A norma será, portanto, o resultado dessa interpretação, uma vez que “não há norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”⁶⁰.

Nesta ordem de ideias, até mesmo a técnica da subsunção, enquanto forma de aplicação das regras constitucionais, não pode mais ser vislumbrada numa perspectiva meramente formalista, vista pelo exclusivo teor jurídico⁶¹. Ao utilizar a subsunção, o intérprete deve apreciar tanto o aspecto formal quanto material do texto normativo de maneira a moldá-lo à realidade político-social do Estado, atualizando-o de acordo com o contexto.

Ocorre que, há situações conflitantes entre enunciados normativos que envolvem valores ou opções políticas, insuperáveis pelos métodos da hermenêutica clássica. Nestes casos, a insuficiência da técnica jurídica da subsunção resta evidenciada, haja vista a necessidade de uma técnica que equilibre os pesos dos valores contrapostos, sem excluí-los do ordenamento. É o que a doutrina denomina de técnica de ponderação de interesses.

Destarte, conforme alinhavado adrede, quando há colisões entre normas-princípios, o intérprete deve fazer um sopesamento entre os princípios em tensão, de modo a prevalecer aquele que, diante das condições fáticas e jurídicas, melhor solucione o caso concreto.

Diante da importância desta técnica jurídica para o alcance de parâmetros norteadores do controle jurisdicional do orçamento público, haverá um tópico específico para aprofundá-la, em conjunto com a aplicação das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.

Convém, nesta oportunidade, registrar que a técnica da ponderação é um instrumento de suma relevância para a efetivação dos direitos fundamentais e vem sendo largamente utilizada pelo Judiciário nas decisões, como meio de solução de problemas normativos que não encontram resposta na hermenêutica tradicional.

No que concerne à ruptura do raciocínio judicial clássico, baseado tão somente nos métodos tradicionais de interpretação, insta consignar que um grande expoente para a

⁶⁰ HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁶¹ Karl Engisch sublinha que no período do iluminismo a ideia de clareza e segurança jurídica absolutas, através das normas, garantia univocidade nas decisões judiciais. A estrita vinculação do juiz à lei era reflexo do discurso das ciências naturais no pensamento jurídico. Apenas no século XIX, vislumbrou-se a mudança deste quadro, quando as autoridades jurisdicionais ganharam independência e liberdade de decisão, a partir do afrouxamento da vinculação à lei, com o fito de dominar a vida na pluralidade de suas formas e na sua imprevisibilidade. Atualmente, entretanto, a vinculação à lei não é tão reduzida quanto no século XIX, mas as leis são hoje elaboradas de forma que os seus aplicadores não descubrem e fundamentam suas decisões apenas com base na subsunção, mas utilizam a valoração objetiva e subjetiva agindo, portanto, de modo semelhante ao legislador. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 207).

construção da nova hermenêutica foi Theodor Viehweg, que resgatou a retórica difundida por Gian Battista Vico através do método tópico, técnica de pensar através de problemas⁶².

Através desse método, buscam-se os *topoi*⁶³ que conduzirão a discussão do problema e servirão de fios condutores do pensamento do exegeta. Na prática, o intérprete utiliza diversos *topoi* com o intuito de construir, dentro das várias possibilidades de significado do enunciado normativo, a interpretação mais consentânea para solução do problema concreto. Observe que há uma clara transformação do raciocínio judicial, já que parte-se da discussão de um caso concreto que se quer resolver para, posteriormente, identificar a norma apropriada⁶⁴.

O método tópico foi o principal protagonista para o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional. A partir dele, outros métodos e técnicas foram criados, a exemplo do método hermenêutico concretizador de Konrad Hesse e da técnica concretista da constituição aberta propugnada por Peter Haberle.

Tecida com base na tópica, a interpretação concretizadora de Konrad Hesse deve levar em conta a pré-compreensão do intérprete (fundamentada e conscientizada), o problema concreto a se resolver e a norma que será concretizada. O núcleo de divergência desse método da tópica é que a concretização parte do texto da norma, que limitará a esfera de abrangência do intérprete, para o problema concreto que se quer solucionar⁶⁵.

A partir do método hermenêutico-concretizador inúmeros princípios de interpretação constitucional foram desenvolvidos, a exemplo do princípio da máxima efetividade, princípio da concordância prática ou da harmonização⁶⁶, princípio da interpretação conforme a Constituição, etc., que também contribuem sensivelmente para a melhor edificação do raciocínio judicial.

Por sua vez, a técnica concretista da constituição aberta instiga a necessidade de uma abertura da interpretação constitucional de maneira que sofra influência da teoria

⁶² VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. In: *Coleção do pensamento Jurídico Contemporâneo*, vol. I. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 5 ed. Brasília: DIN, 1979, p. 33.

⁶³ Pontos de vista considerados relevantes e pertinentes para a argumentação de um problema. (Ibid., p. 36).

⁶⁴ O fato de a interpretação partir do problema para alcançar a norma gerou muitas críticas na doutrina, pois poderia gerar um casuísmo sem limites e a arbitrariedade do intérprete. Cf. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998, p. 69-70.

⁶⁶ “Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”. (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225).

democrática⁶⁷. É dizer: todo cidadão, grupos, potências públicas são intérpretes dos enunciados constitucionais em sentido lato e fornecem subsídio para a interpretação de maneira a possibilitar a mediação específica entre Estado e sociedade.

A importância desta técnica resta clara, principalmente em um Estado Constitucional e Democrático de Direito que tem por escopo a proteção e a realização dos direitos fundamentais, base legitimadora deste modelo de sociedade aberta de intérpretes da constituição tanto no que se refere ao círculo de participantes, quanto no que diz respeito ao resultado da interpretação⁶⁸.

Com efeito, a teoria haberliana acolhe as aspirações sociais de participação popular no processo de legitimação da interpretação da *Lex Maxima*. A partir do processo aberto e público do ato interpretativo possibilita-se a canalização e a adequação dos anseios e das necessidades da sociedade em cada momento histórico, além de viabilizar a concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

É válido registrar que os novos métodos, técnicas e princípios desenvolvidos pela hermenêutica constitucional têm por escopo efetivar o aspecto material da Constituição, aproximando-a da realidade.

Indubitavelmente, o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela-se expressivo na utilização destes novos métodos, técnicas e princípios⁶⁹.

Sublinhe-se que, independentemente do método ou técnica utilizados, o raciocínio judicial deve ser construído em um ambiente discursivo racionalizado pela argumentação

⁶⁷ “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. (HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁹ A ampliação dos instrumentos de informação aos juízes através das audiências públicas, que possibilita a intervenção de eventuais interessados como intérpretes em sentido amplo, a utilização constante da máxima da proporcionalidade, tanto no sentido lato como técnica interpretativa geral, como no sentido estrito, como técnica de aplicação dos princípios colidentes. (Cf. STF, RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 03/12/2008; STF, ADI 3998. Rel. Min Gilmar Mendes, DJ 31/03/2008; STF, AI 468961, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05/05/2004; STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto; STF, ADPF 54-8, Rel. Min. Marco Aurélio). Ademais, outro importante meio de democratização da interpretação constitucional é o *amicus curiae*, figura criada *a priori* nos domínios da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 69-1, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 15.09.89; STF, AGRADI 748/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.01.94), e positivada posteriormente, pela lei 9.868/99 no art. 7º, §2º. Sobre a figura do *amicus curiae* mister registrar o voto do Min. Celso de Mello na ADI nº 2.777-8, que fixou os propósitos teleológicos da participação do *amicus curiae*, ou seja, a pluralização do debate constitucional, que permite ao supremo tribunal federal dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. (STF, ADI n.2.777-8, Rel. Min Cezar Peluso, DJ 26.11.2003).

jurídica, de maneira que, através de argumentos racionais, a interpretação possibilite o convencimento e a aceitação da sociedade⁷⁰.

Tanto a retórica argumentativa como a filosofia da linguagem devem ser utilizadas como recursos hermenêuticos para justificar decisões e teorias jurídicas, e, conseqüentemente, legitimar o raciocínio judicial.

Com arrimo nestas breves considerações, saltam aos olhos o importante espaço alcançado pela nova hermenêutica constitucional no mundo jurídico para a reformulação do raciocínio judicial.

Este estudo girará em torno destas concepções jurídicas inseridas pela filosofia pós-positivista e neoconstitucional. Certamente, todas essas premissas são necessárias para que se compreendam as reestruturações de pensamento que serão delineadas ao longo do texto em relação ao orçamento público e ao controle jurisdicional.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001.

3 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: uma necessária revisão dogmática

3.1 Para além das ‘pré-compreensões’ acerca dos direitos fundamentais sociais

O exame dogmático da teoria dos direitos fundamentais, no contexto hodierno, conduz à percepção da existência de uma miríade de pré-compreensões, edificadas ao longo do tempo, que repercutem diretamente na efetivação dos direitos sociais.

Ao lançar o olhar para a história, depreendem-se classificações doutrinárias relacionadas aos direitos fundamentais, que, não obstante reconhecidamente didáticas, revelam lendários antagonismos ainda persistentes no estudo analítico dos direitos sociais. Desta maneira, urge sobrepujá-los.

Antes, contudo, cumpre registrar que a consolidação dos direitos fundamentais ocorreu de maneira paulatina, de acordo com o momento político-econômico-social do Estado de Direito.

Segundo a interpretação liberal clássica do Estado burguês, direitos fundamentais destinavam-se, basicamente, à proteção de liberdades individuais, e o Estado devia assumir posição absenteísta. Desta exegese, dimanou a ideia de direitos de defesa do cidadão contra o Estado, ou direitos a ações negativas do Estado⁷¹.

As liberdades públicas, catalogadas nas Constituições através de direitos civis e políticos, qualificaram a primeira geração⁷² de direitos fundamentais, caracterizada pela ação negativa do Estado e pela aplicação imediata dos direitos.

⁷¹ Para Robert Alexy, “os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196).

⁷² Alguns doutrinadores criticam o termo ‘gerações’ de direitos fundamentais e optam por ‘dimensões’, alegando que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a equivocada ideia de substituição gradativa de uma geração por outra. Nessa linha, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001, p. 39; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. *Concessa venia*, não se vislumbra a impossibilidade de subsistência, em um mesmo momento histórico, de duas ou mais gerações. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, vislumbrando-se uma interpenetração mútua

As concepções que emanaram à época do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, não subsistiram às graves desigualdades sociais do segundo pós-guerra. Conseqüentemente, veio à tona o Estado Social e Democrático de Direito, responsável pela transformação dos direitos fundamentais em direitos de prestações, que exigem uma ação positiva, intervencionista, do Estado.

Consagraram-se, assim, os direitos de segunda geração, que outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como saúde, moradia, educação, trabalho, etc., e que revelam a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas⁷³.

É deste contexto que advém a tradicional e ultrapassada dicotomia entre direitos de liberdade, como direitos negativos ou de defesa, que exigem um ‘não agir’ do Estado, e direitos sociais, como direitos positivos ou prestacionais, que reclamam sempre uma intervenção estatal no sentido de fornecer prestações fáticas ou jurídicas. Essa assertiva será objeto de análise e esclarecimento ainda neste tópico.

Na perspectiva clássica, diferentemente dos direitos de cunho negativo, construiu-se o entendimento de que os direitos sociais são direitos positivos, que, por dependerem de prestações do Estado, demandam recursos públicos e, portanto, produzem efeitos financeiros.

Esta acepção logrou êxito no discurso jurídico da Modernidade, e sempre foi utilizada como escudo para a não realização dos direitos sociais. Trata-se, contudo, de falsa dicotomia que precisa ser revista, a fim de melhor compreender as controvérsias que permeiam os direitos fundamentais sociais.

De início, mister esclarecer que não há antagonismo entre direitos de defesa e direitos prestacionais. Esta distinção decorre do contexto histórico de passagem do Estado Liberal para Estado Social, mas não assiste razão para persistir. Em verdade, observa-se uma relação de interdependência e complementaridade entre direitos de defesa e direitos prestacionais⁷⁴. Por certo, não adianta conferir ao cidadão direito à liberdade (direito de

entre as gerações. Deste modo, não há razão para afastar o termo ‘gerações’. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Lumen Juris, 2009, p. 626.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56.

⁷⁴ Cf. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002; LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2005.

defesa) quando não oferece pressupostos fáticos mínimos (moradia, saúde, educação, trabalho) para exercê-lo⁷⁵.

Elucide-se também que direitos a prestações não podem ser confundidos com direitos sociais. Na perspectiva de Robert Alexy⁷⁶, todo direito a uma ação do Estado corresponde a um direito prestacional (sentido amplo), que pode ser dividido em três grupos: direitos a proteção⁷⁷, direitos a organização e procedimento⁷⁸ e direitos a prestação em sentido estrito. Diante do corte epistemológico deste estudo, apenas o direito a prestação em sentido estrito (direito fundamental social) será analisado em pormenores.

Outra dicotomia que merece ser superada é a que se refere a direitos negativos como direitos de primeira geração (direitos civis, políticos), que não acarretam dispêndios para o Estado, e, direitos positivos como direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), que implicam na realização de despesas públicas para que sejam concretizados⁷⁹.

A este respeito, há que tecer duas advertências. A primeira refere-se ao fato de existir direito social de caráter negativo, ou direito social de defesa do cidadão contra o Estado, como, por exemplo, o direito de associação sindical e de greve. A segunda é que todos os direitos (positivos ou negativos) representam custos a serem suportados pelo Estado.

Esta última assertiva é extraída do pensamento de Stephen Holmes e Cass Sunstein, segundo o qual todos os direitos são positivos, e, por conseguinte, demandam algum

⁷⁵ Na trilha desse raciocínio, é válido registrar os ensinamentos de Gregorio Peces-Barba quando afirma que a finalidade de todos os direitos fundamentais é aprofundar a liberdade dos indivíduos e dos grupos que os mesmos integram. Segundo o autor: *Todos los derechos son derechos de libertad, incluídos los derechos que aportan un componente igualitário, como los económicos, sociales y culturales, porque esse componente potencia y refuerza la libertad para todos. Derechos fundamentales de cualquier tipo y realización integral de la libertad como libertad autonomía, como superación de los obstáculos que hacen posible el desarrollo en todas las facetas de la condición humana son lo mismo, em su horizonte todavía em parte utópico, pero no imposible em el desenvolvimiento histórico de la sociedad democrática*. (PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madri: Eudema, 1988, p. 213)

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.

⁷⁷ “Direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação.” (Ibid., p. 450-451).

⁷⁸ “Direitos a procedimentos podem ser tanto a criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais. Um exemplo desse último caso são as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca das normas sobre leilão judicial, cujo tema é a interpretação de normas procedimentais conforme a Constituição. O direito a procedimentos como direitos a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatários os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador.” (Ibid., p. 474).

⁷⁹ Para uma discussão crítica acerca da comparação entre direitos sociais e direitos civis conferir ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, cap. 1; HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999;

tipo de custo para serem efetivados. Em linhas gerais, os autores demonstram que todos os direitos são sindicáveis perante o Estado-Juiz. “*Rights are costly because remedies are costly. (...) almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse*”⁸⁰.

Diante da perspectiva de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos públicos potencialmente escassos, urge a necessidade de se fazerem escolhas alocativas para realização dos direitos. Consoante Stephen Holmes e Cass Sunstein, “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”⁸¹.

O exame dos custos dos direitos, com fundamento na doutrina de Stephen Holmes e Cass Sunstein, será alvo de maiores divagações ao longo do trabalho, em razão da pertinência da abordagem dos autores para a investigação do tema.

Entretantes, com arrimo na perfunctória alusão aos custos dos direitos, dissolve-se a pré-compreensão de que somente os direitos sociais exigiriam alocação de dinheiro público para serem garantidos e, por conseqüência, ficariam à mercê das escolhas orçamentárias⁸².

O direito de propriedade, por exemplo, incorpora tanto o *status negativo*, por meio do qual se proíbe a violação da propriedade pelo Estado, ressalvados os casos estabelecidos na Constituição (art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, CF/88⁸³), como o *status positivo* que exige prestações estatais em defesa da propriedade (aparato policial, corpo de bombeiros, etc.)⁸⁴.

⁸⁰ Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos (tradução nossa). (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999. p. 43).

⁸¹ Levar os direitos a sério é levar a escassez a sério (tradução nossa). (Ibid., p. 94).

⁸² Flávio Galdino pontua: “costuma-se referir apenas aos direitos sociais ou, mais especificamente, aos direitos que demandam prestações públicas positivas, como fazendo parte do elenco de opções sujeitas à reserva do possível e, portanto, entregues às escolhas trágicas, restando os direitos da liberdade fora deste âmbito, como se fossem efetivados independentemente daqueles. A afirmação não é correta, *data maxima venia*. (...) é mister reconhecer os direitos de liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227).

⁸³ Art. 5º, XXII, CF/88 - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

⁸⁴ Stephen Holmes e Cass Susteis lembram um grande incêndio ocorrido em Westhampton, em agosto de 1995, em que o direito de propriedade foi protegido através de prestações positivas do Estado (corpo de bombeiros). Somente após a intervenção estatal restou assegurada a integridade do imóvel privado. *Taking rights seriously means taking scarcity seriously*”. (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. op. cit., p. 13-16).

Para arrematar, evocando como apanágio do discurso do direito pós-moderno, tem-se que, do ponto de vista funcional, não há mais sentido em identificar direitos sociais com direitos prestacionais, porque existem direitos sociais de defesa (direito de greve, liberdade sindical), que não dependem de prestações materiais do Estado. Da mesma forma, deve-se superar a dicotomia - direitos positivos vs. negativos - uma vez que todos os direitos fundamentais - não apenas os de caráter positivo - geram custos.

3.2 Algumas anotações sobre o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais

Ainda que não seja objeto central deste trabalho a análise pormenorizada da eficácia jurídica e social dos dispositivos constitucionais, é necessário pinçar alguns dos principais problemas relacionados à efetivação dos textos normativos que consagram direitos fundamentais sociais.

Antes, porém, insta consignar que o estudo da efetividade (eficácia social)⁸⁵ dos direitos fundamentais está intimamente relacionado com a aptidão destes direitos produzirem efeitos jurídicos (eficácia jurídica)⁸⁶. Isso porque, além de não existirem dispositivos constitucionais desprovidos de eficácia, o princípio da máxima efetivação das normas constitucionais deve incidir, diretamente, no momento de aplicar o direito. Defende-se, portanto, a necessária aproximação entre eficácia jurídica (pretensão de eficácia) e eficácia social (concretude).

Na percepção de Konrad Hesse, a Constituição é dotada de força normativa que impõe pretensão de eficácia de seus dispositivos, ou seja, vontade de concretização das

⁸⁵ Nas lições de Luís Roberto Barroso, infere-se que efetividade “é a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

⁸⁶ É interessante observar que, ao se considerar o plano pragmático da comunicação normativa, resta imprescindível a combinação entre eficácia jurídica ou sintática, que é aquela que possui todas as condições técnicas de atuar, e eficácia social ou semântica, que se verifica a partir das condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119-120). Seguindo essa linha de raciocínio cf. PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 103-106; DINIZ, Maria Helena Diniz. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

situações postas no texto⁸⁷. A Constituição Jurídica deve procurar construir o Estado de forma concreta, adaptando-se sempre ao contexto em que é inserida a fim de se converter na “natureza singular do presente”⁸⁸. Exatamente com fulcro na vontade da Constituição é que se procurará entender o problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais⁸⁹.

O embate em torno da eficácia dos direitos fundamentais sociais percorreu avanços e retrocessos na doutrina, ao longo da história. A decadência do Estado Liberal mínimo, sobrevinda da dilaceração das estruturas institucionais e democráticas do pós-guerra, e a conseqüente ascensão do Estado Social interventor tornou imperiosa a transformação das bases jurídicas e organizacionais do Estado.

Malgrado a necessidade de implementação de uma estrutura institucional garantista, semelhante à do Estado Liberal, e adequada para assegurar direitos sociais, correspondentes às novas funções e prestações do Estado, tal fato não logrou êxito. É dizer, diferentemente do que aconteceu no período do Estado Mínimo, em que as bases institucionais e legais para a concretização das liberdades públicas foram construídas, no período do Estado Social não se vislumbrou a edificação destas estruturas e, tampouco, uma teoria política e normativa específica⁹⁰. Justamente destas circunstâncias vislumbra-se, na percepção de Luigi Ferrajoli, a gênese da crise do Estado Social⁹¹.

De fato, sobretudo em países subdesenvolvidos, que ainda vivenciam o período do dirigismo social, como o Brasil, as condições fáticas e institucionais para o exercício dos

⁸⁷ “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas da sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 18-19.

⁸⁹ Necessário advertir que o princípio da força normativa da constituição não se confunde com o princípio da máxima efetividade. Na senda de J.J. Gomes Canotilho, o princípio da força normativa determina que na solução dos problemas jurídico-constitucionais o intérprete dê prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Por sua vez, o princípio da máxima efetividade impõe que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que lhe dê maior eficácia. (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 1224-1226). Nesse sentido, conferir também SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

⁹⁰ É válido acrescentar ainda que a regulamentação dos direitos relacionados às liberdades públicas, por meio de aparatos jurisdicionais e administrativos apresenta-se imprescindível ao próprio funcionamento da máquina estatal e, em sua maioria, não encerram conflitos de interesses e de ideologias. (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 332).

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. IN: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, Maria José; COURTIS, Christian (comps). *Derechos sociales – instrucciones de uso*. México: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 12.

direitos fundamentais sociais precisam ser criadas, fato que demanda uma postura ativa do Estado. A Constituição brasileira de 1988, por hipótese, composta por uma perspectiva eminentemente dirigente⁹², delineou fins e programas sociais de ação futura carecedores de concretização pelo Estado, com vistas ao estabelecimento de uma ordem constitucional democrática.

Além disso, a rejeição do caráter jurídico dos direitos fundamentais sociais vigorou por muitos anos, com fulcro no argumento de que grande parte destes preceitos possuírem eficácia limitada de princípio programático, dependendo, portanto, da *interpositio legislatoris* para produção de efeitos.

De fato, por longo tempo predominou a teoria clássica da eficácia das normas constitucionais que, apenas permitia a extração de efeitos concretos de *mandatory provisions*⁹³ ou, nas palavras de Gaetano Azzariti, enunciados preceptivos⁹⁴, impossibilitando a concretização de dispositivos diretivos ou programáticos, atribuindo-lhes, meramente, contextura declarativa e exortatória. A materialização de programas de direitos sociais ficava à mercê da boa vontade do legislador.

Insurgindo-se contra entendimentos antinormativistas, em meados do século XX, Vezio Crisafulli desenvolve tese contrária à teoria tradicional quanto a tipologia dos preceitos constitucionais, no que concerne ao âmbito eficaz, para reconhecer caráter jurídico das disposições constitucionais programáticas, independentemente de legislação ulterior. Na época, Vezio Crisafulli contestou o fato de se atribuírem às normas constitucionais tidas como “incômodas”, a exemplo dos direitos sociais, a classificação de “programáticas”, que bloqueava, na prática, a efetividade constitucional das mesmas⁹⁵.

Segundo o constitucionalista italiano os dispositivos constitucionais podem ser dotados de eficácia plena ou limitada. Aqueles que possuem eficácia plena aplicam-se imediatamente e independem de intermediação legislativa. Os preceitos de eficácia limitada,

⁹² DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

⁹³ A primeira classificação das normas constitucionais quanto à eficácia decorre do direito norte americano que distinguiu as normas constitucionais em normas mandatórias (*mandatory provisions*), de cumprimento obrigatório, e em normas diretórias (*directory provisions*), de caráter regulamentar e desprovidas de essência constitucional. Nesse sentido, conferir COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 7 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1927.

⁹⁴ Segundo classificação de Gaetano Azzariti as normas preceptivas contêm comando jurídico de aplicação direta e imediata ou de aplicabilidade direta, porém não imediata. Por outro lado, as normas diretivas não possuem imperatividade, sendo destituídas de conteúdo jurídico. (AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1951, 103).

⁹⁵ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

por sua vez, subdividem-se em enunciados de eficácia limitada de legislação, que impõem a *interpositio legislatoris* como requisito para a efetividade, e eficácia limitada programática, que vinculam todos os poderes estatais aos programas traçados pelo constituinte.

O professor da Universidade de Trieste defendeu a força vinculante e obrigatória dos enunciados programáticos para todos os órgãos estatais, nivelando-os, quanto à juridicidade, ao mesmo patamar dos demais dispositivos da Constituição. Normas programáticas são tão preceptivas quanto todas as outras, sendo vinculantes em consequência de sua fonte formal que é a Constituição⁹⁶.

Na trilha desse raciocínio, Vezio Crisafulli assevera que dos dispositivos constitucionais programáticos emanam situações subjetivas negativas ou de vínculo, e situações subjetivas positivas ou de vantagem⁹⁷.

As situações subjetivas negativas são aquelas que impõem vinculação dos poderes públicos. A omissão do Legislativo, quanto à elaboração de dispositivo para materializar os programas constitucionais, por exemplo, é comportamento inconstitucional, que deve ser sancionado através da responsabilização política do governo e do Parlamento e pela censura do eleitorado e da opinião pública. A inércia do legislador pode ser combatida no ordenamento jurídico italiano mediante direito de petição e pela iniciativa popular⁹⁸.

Em relação ao Executivo, as determinações dos preceitos programáticos limitam a margem de discricionariedade do agente público, fato que impede que haja atos administrativos contrastantes com os programas constitucionais⁹⁹.

Congruentemente, quanto ao Judiciário, Vezio Crisafulli registra que a eficácia dos programas constitucionais também se insere na discricionariedade do juiz, bem como nas atividades de interpretação e integração. Demais disso, as leis que colidam com tais preceitos devem ser levadas à apreciação do Judiciário para controle de constitucionalidade¹⁰⁰.

Por fim, no que tange ao efeito positivo ou de vantagem derivado dos dispositivos constitucionais programáticos, o autor pondera que destas normas derivam apenas interesses

⁹⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 52.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 63 -64.

⁹⁹ Vezio Crisafulli é bastante claro ao estabelecer que “*discrezionalità non significa piena libertà e meno ancora arbitrio, e (...) la dottrina há ammesso l'esistenza (...) di certi limiti generali, negativi e positivi, di tale funzione. Neanche forma ostacolo La mancanza, in molti casi, della possibilità di annullamento dell'atto di indirizzo politico contrastante com la norma costituzionale programmatica.*”. “[...] faculdade de decidir não significa liberdade plena e ainda menos capricho, e (...) a doutrina admitiu a existência (...) de determinados limites gerais, negativos e positivos, de tais funções. Tampouco a falta, em muitos casos, da possibilidade de anulação delatada por tendência política contrastante com a norma programática constitucional determina um obstáculo”. (*Ibid.*, p. 69).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 72-73.

legítimos, e não direitos subjetivos, uma vez que os preceitos programáticos não regulam diretamente a matéria a que se referem, mas sim o comportamento estatal destinado à obtenção do que está inscrito na norma. Apesar disso, a norma programática investe o indivíduo numa situação subjetiva de vantagem, ao conferir legitimidade para impugnar a ação dos poderes públicos que agredisse o programa constitucional¹⁰¹.

Indiscutivelmente, as contribuições teóricas de Vezio Crisafulli foram de suma relevância para a eficácia dos direitos sociais de cunho programático, porque exigiu dos poderes públicos observância e vinculação a tais preceitos. A extração de efeitos concretos dos programas inseridos na Constituição atenua a vaticinada função simbólica conferida aos mesmos.

Na esteira das lições do constitucionalista italiano, a doutrina nacional passou a criticar a classificação tradicional da eficácia das normas constitucionais (normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis), introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por Ruy Barbosa¹⁰², sob influência da doutrina norte americana, que afastava o conteúdo jurídico dos preceitos programáticos.

José Horácio Meirelles Teixeira foi o primeiro a acompanhar os ensinamentos de Vezio Crisafulli quanto à classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena e limitada, e a apregoar que não existe norma constitucional absolutamente privada ou despida de efeitos. Por esta razão, sublinhou a necessidade de determinação do grau de eficácia das normas, aferindo sempre os efeitos concretos das mesmas, inclusive as de eficácia limitada. Referindo-se aos preceitos programáticos decorrentes das Constituições sociais, Meirelles Teixeira, sublinha que é necessário “dar a devida e tanto quanto possível imediata satisfação através da atuação dos órgãos estatais, mesmo na ausência daquelas leis regulamentadoras, explícita ou implicitamente previstas por aqueles dispositivos constitucionais”¹⁰³.

Exatamente por representar a natureza essencialmente ético-social das Constituições, as normas programáticas devem produzir efeitos imediatos e é função do intérprete e aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos o máximo de efeitos possível¹⁰⁴.

¹⁰¹ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 75 -83.

¹⁰² BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1933.

¹⁰³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 331-332.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 332-333.

Não obstante o avanço das lições de Meirelles Teixeira para o estudo das normas programáticas, o infausto problema da efetividade das mesmas permaneceu, já que a sanção decorrente da inércia legislativa era meramente indireta e política e não havia o reconhecimento de um direito subjetivo de exigência das políticas públicas estatais.

A partir dos escólios de Meirelles Teixeira e Vezio Crisafulli, José Afonso da Silva também defende que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia e que as normas programáticas têm caráter imperativo e vinculativo¹⁰⁵.

Muito embora não se vá discorrer sobre o assunto detalhadamente, cumpre assinalar que o autor, divergindo dos ensinamentos de Meirelles Teixeira, desenvolveu classificação tripartite das normas constitucionais (normas de eficácia plena, contida e limitada) que, a despeito de algumas críticas pontuais¹⁰⁶, é a mais aceita na doutrina e na jurisprudência pátrias¹⁰⁷.

Neste momento, importa acrescentar que nos estudos do constitucionalista ficou evidenciada a conexão entre direitos sociais, econômicos e culturais e as cláusulas programáticas, positivadas nas Constituições contemporâneas como forma de realizar a justiça social e lutar contra as iniquidades do individualismo capitalista.

José Afonso da Silva dividiu as normas programáticas em três categorias: a) normas vinculadas ao princípio da legalidade, ou seja, normas que vinculam os programas à atividade do legislador e a sua discricionariedade; b) normas referidas aos poderes públicos, que nem sempre carecem de lei para seu cumprimento; c) normas dirigidas à ordem econômico-social, segundo as quais qualquer sujeito que comportar-se em sentido diverso estará transgredindo a Constituição. Frise-se que esta subdivisão não retira o caráter

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164.

¹⁰⁶ A crítica mais consistente foi formulada por Virgílio Afonso da Silva que, ao estudar os direitos fundamentais refutou a classificação tricotômica de José Afonso da Silva, pelo fato de não existirem direitos fundamentais absolutos, que não sejam suscetíveis de algum tipo de restrição. Se é assim, nenhum direito fundamental poderia ter eficácia ampla ou contida, pois todos teriam eficácia limitada. Partindo do pressuposto da teoria externa e do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva sustenta que “Toda norma, a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada – mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos. Aqui os conceitos de eficácia e efetividade aproximam-se de novo”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230 – 232). Apesar da importância da crítica para o avanço do conhecimento, parece que neste particular trata-se de uma questão de perspectiva, uma vez que, conforme será demonstrado, Virgílio Afonso da Silva inclui aspectos empíricos na sua pesquisa, diversamente de José Afonso da Silva que enfatiza o caráter estritamente jurídico-constitucional de seu estudo.

¹⁰⁷ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe o modelo proposto por José Afonso da Silva em diversas decisões, a exemplo da ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/04/2009, da ADI-MC 1.723, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 19/12/2001, etc.

imperativo destes preceitos, que devem ser observados por todos nos limites de sua eficácia¹⁰⁸.

As normas constitucionais com dimensão programática condicionam a atividade dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), que devem agir segundo as finalidades ali expressas. A aplicabilidade destas normas variará de acordo com as condições oferecidas pelas instituições criadas para o atendimento das mesmas.

Segundo o constitucionalista, é possível extrair os seguintes efeitos das normas programáticas: a) estabelecimento de um dever para o legislador ordinário; b) condicionamento da legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário; g) criação de situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem¹⁰⁹.

Não obstante criarem situações jurídicas subjetivas, José Afonso da Silva sustenta que as normas programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo (poder de exigir uma prestação), mas, apenas, no aspecto negativo (possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham)¹¹⁰. Entretanto, obtempera que se o Poder Judiciário for invocado para concretizar uma situação garantida na norma, não pode deixar de aplicá-la, e deve conferir ao interessado o direito reclamado, de acordo com as instituições existentes. Mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e iniciativa popular são os instrumentos elencados pelo autor, que podem tornar as normas potencialmente aplicáveis diretamente ou para sanar a omissão do legislativo¹¹¹.

Ainda no que concerne à problemática dos dispositivos constitucionais programáticos, outros autores contribuíram, sobremaneira, para a evolução do pensamento jurídico nacional.

Preocupado com a questão do primado da justiça social, Celso Antonio Bandeira de Mello defende que todos os enunciados constitucionais, inclusive os programáticos são comandos jurídicos obrigatórios, que geram para o Estado deveres de fazer ou de não-fazer.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147-151.

¹⁰⁹ Ibid., p. 164.

¹¹⁰ Ibid., p. 177.

¹¹¹ Ibid., p. 165-166.

Deste modo, na percepção do administrativista, preceitos programáticos geram direitos subjetivos para os cidadãos postularem a garantia do exercício dos poderes, a satisfação de uma utilidade concreta a ser satisfeita pela prestação de outrem ou a vedação de comportamentos discrepantes dos vetores constitucionais¹¹².

Deveras, com base nos valores insculpidos pela Constituição Cidadã de 1988, máxime o da justiça social, pode-se sustentar que os enunciados programáticos de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos *prima facie* para os indivíduos. Foge à lógica do sistema constitucional defender que programas inseridos pelo constituinte fiquem à mercê da vontade do legislador ou do administrador. Em face da importância do tema para esta dissertação, este assunto será enfrentado, com mais detalhes, em seguida.

Ao refletir sobre as normas programáticas, Maria Helena Diniz enuncia que são normas de organização com eficácia jurídica que exercem função eficaz de programas, dependentes de integração legislativa. Apesar disso, ilustra que mesmo com a omissão do Legislativo, o Juiz é obrigado a aplicar a norma no caso concreto quando provocado (proibição do *non liquet*)¹¹³.

Por seu turno, Paulo Roberto Lyrio Pimenta emprestou dedicação aos enunciados programáticos e, diversamente do que preconizou a doutrina majoritária, defendeu que geram direitos subjetivos autênticos para os administrados¹¹⁴.

Conforme se pode perceber, tamanha a relevância do tema que inúmeros doutrinadores contribuíram e contribuem para a afirmação do conteúdo jurídico dos preceitos programáticos e, conseqüentemente, para a necessária interdependência entre os mesmos e a concretização das políticas públicas sociais¹¹⁵.

¹¹² Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello “as normas constitucionais atinentes à Justiça Social podem ser agrupadas em três espécies tipológicas: a) algumas concessivas de poderes jurídicos, os quais podem ser exercitados de imediato, com prescindência de lei; b) outras são atributivas de direitos a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que é exigível judicialmente, se negada; c) outras, que apenas apontam finalidades a serem atingidas pelo Poder Judiciário, sem indicar a conduta que as satisfaz, conferem aos administrados, de imediato, direitos de se oporem judicialmente aos atos do Poder Público acaso conflitantes com tais finalidades.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56).

¹¹³ Maria Helena Diniz propõe classificação quadripartite das normas constitucionais: a) normas com eficácia absoluta ou supereficazes; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e, d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação. (DINIZ, Maria Helena Diniz. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107-120).

¹¹⁴ PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 237.

¹¹⁵ O tratamento doutrinário sobre o tema é vasto e vai além dos limites desta pesquisa pontuar todas as classificações das normas constitucionais quanto à eficácia. Este estudo procurou apenas demonstrar a linha de raciocínio seguida pela doutrina a fim de ratificar a importância da extração de efeitos jurídicos das normas programáticas.

Muito embora o foco destes doutrinadores seja a eficácia jurídica das normas constitucionais, a atribuição de juridicidade para enunciados programáticos é *conditio sine qua non* para efetivar (eficácia social) inúmeros direitos sociais.

Demais disso, cabe ao intérprete ter presente o imperativo da efetividade dos preceitos constitucionais, não ficando estático ante a omissão do Legislativo. Realmente, grande parte dos direitos fundamentais sociais necessita de regulamentação, mas não como condição para o exercício dos mesmos. A lei infraconstitucional deve ampliar o respeito positivo ao direito, não devendo servir de bloqueio total às prestações¹¹⁶.

Os direitos sociais assumem, na maioria, estrutura de princípios e devem ser efetivados na máxima medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas. É função do intérprete buscar a otimização da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sempre tendo em vista o interesse social e não o individual.

Advirta-se, porém, que não é correto estabelecer relação sinonímia entre normas programáticas¹¹⁷ e direitos sociais. Por certo, esta linha de raciocínio foi construída com base na ausência de requisitos fáticos, institucionais e legais para produção dos efeitos dos direitos fundamentais sociais, em clara dissonância com o exercício das liberdades públicas que seriam dotadas, em sua maioria, de eficácia plena, por existirem as reais condições para aplicação das mesmas. Adicionalmente, havia a indigitada alegação de que apenas os direitos sociais geravam custos para o Estado, fato que também impedia a concretização dos mesmos.

Na verdade, a eficácia programática constitui a forma mais recorrente de positivação de direitos sociais, mas não a única. O art. 212 da Constituição de 1988¹¹⁸, por exemplo, ao vincular a receita para manutenção e desenvolvimento do ensino, não se traduz em norma-programa, mas em regra de aplicação direta e imediata¹¹⁹.

¹¹⁶ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 343.

¹¹⁷ Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari “as normas de conteúdo programático ora determinam um princípio, ora uma tarefa, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios conveniente e razoavelmente adequados”. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 253).

¹¹⁸ Art. 212, CF/88 – A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹¹⁹ Vidal Serrano Nunes Júnior conclui que a Constituição de 1988 lançou mão de várias formas de positivação, como por exemplo: por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público; por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos; por meio de garantias institucionais; por meio de cláusulas limitativas do poder econômico e por meio das denominadas normas projectivas. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 95). Sobre técnicas de positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, conferir também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos

Outrossim, não há como deixar de asseverar que a concepção de normas com eficácia programática assumiu nova compostura no discurso da pós-modernidade. Por certo, seria equivocado tratar direitos constitucionais sociais como meros “desideratos”, vulneráveis às opções políticas do legislador futuro. Neste lastro, Manoel Jorge e Silva Neto pondera que inexistente a cientificidade em defender a ideia de que o programa inserido em uma Constituição se inclua na seara da conveniência e da oportunidade adstritas ao alvitre do corpo legislativo ordinário¹²⁰.

À evidência, o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais não se restringe à alegada “programaticidade” dos mesmos. Há limites fáticos que terão que ser considerados no momento da aplicação.

Bem por isso, Virgílio Afonso da Silva, em perspectiva diversa dos doutrinadores supracitados, estuda a eficácia dos direitos fundamentais no plano jurídico-empírico, e não no campo jurídico-analítico. Na concepção do autor, o conceito de eficácia jurídica só tem sentido quando analisado em conjunto com o problema da efetividade das normas, pois a produção de efeitos depende de outras variáveis que não somente o dispositivo constitucional ou legal. Diante disto, conclui que, principalmente quando se analisa a eficácia dos direitos fundamentais, não existe norma que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível a algum tipo de restrição¹²¹. É dizer, todos os direitos dependem de atuações estatais, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizarem. “O mero texto constitucional é despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos”¹²².

Em verdade, qual noticia Vidal Serrano Nunes Júnior “só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional depois de sua adequada interpretação”¹²³. Logo, a eficácia dependerá da interpretação conferida à literalidade do enunciado normativo a partir do contexto em que está inserido. Dito de outro modo, a eficácia só deve ser aferida no momento de aplicação da norma no caso concreto.

econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal Coimbra Editora, 2008, p. 37.

¹²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 170.

¹²¹ Essa conclusão do autor decorre da distinção de Robert Alexy entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. Para Virgílio Afonso da Silva essa distinção reflete a idéia central da teoria externa e, em razão disso não se pode permitir que existam direitos fundamentais irrestringíveis, já que a passagem do direito *prima facie* para direito definitivo é expressão do processo de restrição e regulamentação. (SILVA. Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 244-245).

¹²² *Ibid.*, p. 229 - 233.

¹²³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 75.

Emerge, pois, cristalina e insofismável, a conclusão de que a “programaticidade” de determinados direitos sociais não pode infirmar o princípio da máxima efetividade da Constituição¹²⁴, considerados, porém, os limites fáticos e jurídicos existentes no momento da concretização¹²⁵. A eficácia dos direitos sociais deve ser aferida no momento da interpretação do texto normativo e, a alegação de “programaticidade” não deve servir de álibi para a não realização destes direitos.

Indiscutivelmente, a efetivação de direitos fundamentais não pressupõe, apenas, existência de uma base normativa, mas, principalmente, condições materiais e financeiras. Convém lembrar que, no caso dos direitos de 1ª geração as condições fáticas para produção de efeitos já existem, porquanto assimiladas à própria função do Estado, distintamente dos direitos fundamentais sociais, que carecem de requisitos fáticos, institucionais e legais para serem concretizados.

Baseado na idéia de que toda e qualquer limitação é decorrência de uma restrição externa ao direito fundamental (teoria externa), e que os direitos fundamentais apresentam um suporte fático amplo, Virgílio Afonso da Silva assevera que, embora se admita a restringibilidade desses direitos, isso somente é possível em face das condições de cada situação concreta e de uma justificativa constitucional¹²⁶. Ou seja, qualquer possibilidade de restrição a direitos fundamentais, autorizada ou não textualmente pela Constituição, impõe sérios ônus de fundamentação ao legislador e está sempre submetida ao controle da proporcionalidade¹²⁷. Desta maneira, haverá um maior controle e, conseqüentemente, maior grau de proteção.

Mutatis mutandis, existentes as condições fáticas e não havendo proporcionalidade no ônus argumentativo do legislador ou do administrador para a não realização dos direitos fundamentais sociais, tem-se uma omissão infundada passível de intervenção judicial.

Recorrendo mais uma vez às lições de Virgílio Afonso da Silva, afigura-se que como os direitos sociais também devem ser concebidos como direitos com suporte fático

¹²⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

¹²⁵ Konrad Hesse considera a interpretação constitucional uma atividade de concretização, circunstância que permite ao intérprete decifrar o próprio conteúdo material da norma através da criatividade interpretativa. “[...] O conteúdo da norma só fica completo no ato interpretativo”. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998. p. 56).

¹²⁶ SILVA. Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 248.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 249.

amplo, a não regulamentação do que é exigido por esses direitos é um tipo restrição ao âmbito de proteção dos mesmos, que só pode ser válida se devidamente fundamentada¹²⁸.

Diante disto, o problema da inércia legislativa ou da ausência de transparência do Executivo quanto aos gastos dos recursos públicos deve ir além da mera esfera discricionária destes poderes, surgindo, destarte, o espaço para o Judiciário intervir e concretizar o direito fundamental social.

A partir do diálogo constitucional entre os três poderes, e com arrimo nas concepções delineadas por Virgílio Afonso da Silva, ainda que os problemas de efetividade dos direitos fundamentais sociais não sejam solucionados, já que dependentes de condições fáticas (recursos e escolhas orçamentárias), pode-se dar maior transparência constitucional no trato destes direitos¹²⁹. É exatamente isto que se pretende com esta dissertação.

3.3 A necessária relativização do conceito de direito subjetivo

Grande impasse teórico que envolve os direitos fundamentais sociais, na atualidade, é saber se, e, em que medida, tais direitos podem ser categorizados como direitos subjetivos.

Conquanto sem proceder a um exame profundo sobre direito subjetivo – que aqui comparece como incidente – urge uma releitura da compreensão clássica e dominante, calcada sobre as bases do Estado Liberal, de direito subjetivo.

Evidentemente, a decadência do liberalismo deu ensejo à mudança de perspectiva de proteção de direitos individuais, através do absentismo estatal, para realçar interesses da sociedade por meio da intervenção positiva do Estado, por meio das prestações sociais. Após a crise do Estado Liberal, o princípio da não neutralidade foi materializado em comandos constitucionais tendentes a mitigar a desigualdade social¹³⁰.

Boris Mirkine Guetzévitch sublinha que no pós-guerra os textos constitucionais começaram a reconhecer não mais o homem em abstrato, mas o cidadão social, razão pela qual se justificou a restrição de direitos patrimoniais, como reflexo da concepção solidarista

¹²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249-250.

¹²⁹ Ibid., p. 251.

¹³⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 61.

das liberdades individuais¹³¹. Para o autor esta tendência social era reflexo da racionalização do poder no direito constitucional moderno¹³².

Neste contexto, exsurge a questão de saber se direitos sociais, enquanto direitos de uma coletividade, podem conferir direitos subjetivos aos indivíduos particularmente considerados, na concepção clássica de direito subjetivo.

De sorte a empreender esta análise, necessário discorrer, ainda que perfunctoriamente, sobre o conceito tradicional de direito subjetivo.

A formulação de direito subjetivo encontra raízes no século XIX e está atrelada a duas teorias contrapostas: a teoria da vontade-eleição, idealizada por Savigny e Windscheid, que compreende direito subjetivo como poder da vontade, e a teoria do interesse-beneficiário, tributária de Jhering, que entende direito subjetivo como interesse juridicamente protegido por meio de uma ação¹³³.

Com fulcro nestas teorias, elaborou-se uma reconstrução mais afinada do conceito de direito subjetivo, sob uma perspectiva civilística individual como “poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito”¹³⁴. Ou ainda, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, direitos subjetivos compreendem “posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado”¹³⁵.

Releva notar que tais teorias foram delineadas nos moldes do direito privado de cunho liberal-individualista, e não tiveram como foco relações publicísticas complexas, marcadas pela sujeição do Estado a um dever de determinação de certa conduta em benefício da sociedade¹³⁶.

¹³¹ GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 146.

¹³² Boris Mirkine Guetzévitch ressalta que a tendência do direito constitucional pós-guerra é a da racionalização do poder, “tentativa para substituir o fato meta-jurídico do poder, pelo direito escrito – é a evolução progressiva do Estado de direito, da democracia.” (Ibid., p. 23 – 24).

¹³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo, LTr, 2001, p. 19.

¹³⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 269.

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

¹³⁶ J. J. Gomes Canotilho tece fundadas críticas às teorias da vontade e do interesse e obtempera que “através de uma análise modal que tome a posição do titular e a posição do sujeito do dever como dimensões fundamentais para a caracterização do direito subjetivo, é possível descortinar o grande ausente de uma teoria individualista do direito subjetivo.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008).

Essa ressalva ganha ênfase na apreciação dos direitos fundamentais sociais, que, por estarem projetados para a coletividade merecem tratamento especial quanto ao direito subjetivo. Corroborando esta linha de pensamento, José Reinaldo de Lima Lopes pontua que os direitos sociais, como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais, por serem fruíveis de maneira distinta e por gerarem discussões de política social e de justiça distributiva¹³⁷.

Observe-se que, o ponto fulcral da discussão não é averiguar se há direito subjetivo aos direitos fundamentais sociais, mas, em que medida ou proporção tais direitos podem ser exigidos em face do Estado. Logo, parte-se do raciocínio que vem sendo construído ao longo da dissertação, ou seja, que os direitos sociais não são válvulas retóricas conferidas aos poderes públicos, e sim direitos que precisam ser concretizados a fim de não depreciar o regime democrático. Desta maneira, o indivíduo sempre terá direito subjetivo *prima facie* à fruição do direito fundamental social.

Contudo, é oportuno registrar que vários doutrinadores discordam desse entendimento. Vezio Crisafulli, por exemplo, apregoa que os direitos sociais inscritos através de normas constitucionais programáticas asseguram apenas interesses legítimos¹³⁸, que não possuem a consistência do direito subjetivo¹³⁹. José Afonso da Silva, por sua vez, admite que as normas programáticas produzam situações subjetivas de vantagem que possam caracterizar interesse simples, interesse legítimo e até direito subjetivo. Ocorre que, na acepção do autor, o direito subjetivo em questão não gera situações positivas, apenas impede que o Legislador e a Administração desenvolvam suas atividades transgredindo os limites e as diretrizes inscritas nos programas constitucionais¹⁴⁰.

¹³⁷ 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*. 1 ed. 5 tir. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 127-128.

¹³⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que os interesses legítimos se apresentam entre os direitos subjetivos e os interesses simples. Explica: “os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, beneficiam de uma proteção limitada, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76).

¹³⁹ Sobre o assunto, ilustra Vezio Crisafulli que “[...] *le situazioni soggettive di vantaggio derivanti dalle norme programmatiche della Costituzione non assurgano alla consistenza propria del diritto soggettivo (...) o della pretesa (...). perchè l'interesse soggettivo materiale è bensì tutelato da norme giuridiche, ma da norme che segnano limiti di potestà discrezionali e non da norme che determinano comportamenti di altri soggetti, pubblici o privati, i quali siano obbligati a darvi compeltata ed intera soddisfazione.*” “(...) as situações subjetivas de vantagem que derivam das normas programáticas da Constituição não se elevam à consistência própria do direito subjetivo (...) ou da pretensão (...). Porque o interesse subjetivo material não é tutelado por normas jurídicas, mas por normas que assinalam limites ponderados de poder, ao invés de normas que determinam comportamentos de outros sujeitos, públicos ou privados, os quais são obrigados a vos dar inteiras e completas satisfações.” (CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 77).

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177.

O que se percebe é que há grande diversidade doutrinária a respeito do que deve ser designado como “direito subjetivo”, principalmente após os influxos político-econômico-sociais da pós-modernidade no ordenamento jurídico. Em decorrência disto, Robert Alexy recomenda que a expressão direito subjetivo seja utilizada como supraconceito para as posições jurídicas fundamentais (direitos a algo, liberdade e competências)¹⁴¹. Logo, sempre que houver uma posição jurídica haverá direito subjetivo.

Exatamente neste sentido é que se defende que direitos fundamentais sociais, na posição jurídica de direitos a ações positivas, gerem direitos subjetivos a ações fáticas¹⁴². Com o intuito de alcançar este desiderato, a Constituição Federal de 1988 criou instrumentos processuais para exigibilidade concreta destes direitos como mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, controle de constitucionalidade das omissões, etc.

Importante sublinhar que a maioria das questões concernentes à efetivação de direitos sociais é de difícil solução, pois envolve aspectos filosóficos (teoria da justiça), políticos (políticas públicas), econômicos (escassez dos recursos) e jurídicos (orçamento público) vinculados a uma coletividade. A decisão abrange inúmeros aspectos externos que precisam ser considerados sob pena de corromper o Estado Democrático.

Destarte, em face da escassez de recursos públicos, em contraponto às infinitas necessidades sociais, convém admitir a possibilidade de relativização do conceito tradicional de direito subjetivo¹⁴³ para incluir o fator externo, mas indispensável, dos custos¹⁴⁴.

É dizer, direitos subjetivos decorrentes de direitos fundamentais sociais são direitos *prima facie* vinculantes¹⁴⁵, e, conseqüentemente, podem sofrer restrições

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 192.

¹⁴² Um dado que, antes de mais, merece ser destacado é que a Constituição Federal de 1988 só positivou, expressamente, como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, *ex vi* do art. 211, § 1º, CF/88. Contudo, esta constatação não desvia a possibilidade de categorizar os direitos sociais como direitos subjetivos, na perspectiva aqui delineada.

¹⁴³ No que concerne à esfera dos direitos a prestações, impende transcrever as lições de Ingo Wolfgang Sarlet quando sustenta a necessidade de relativizar a noção de direito subjetivo: “Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestações – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 375).

¹⁴⁴ Cf. HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211.

¹⁴⁵ Convém advertir que o direito ao mínimo existencial é direito subjetivo definitivo vinculante. Esta assertiva será esclarecida no tópico concernente ao conteúdo jurídico dos direitos fundamentais sociais mínimos. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 502).

orçamentárias antes de se tornarem definitivos, fato que relativiza o conteúdo dos mesmos no caso concreto¹⁴⁶.

É inegável, grassando verdadeiro consenso, que não há direitos absolutos. Deste modo, pode haver questões fáticas ou jurídicas que impossibilitem o cumprimento das obrigações impostas. Em razão disso, deve-se extrair das normas de direitos fundamentais, no caso concreto, a posição jurídica correta à plena exigibilidade.

Sublinhe-se que, a natureza do direito social está vinculada a interesses de uma coletividade e não a de indivíduos isoladamente considerados. Contudo, não se pode afastar que, em determinadas circunstâncias, direitos fundamentais sociais possam ser exigidos individualmente. Esta advertência não distorce a idéia de que, no que tange aos direitos sociais, a judicialização deve ser prioritariamente “social” e não “individual”¹⁴⁷.

Direitos fundamentais sociais atuam, em grande parte, como verdadeiros mandados de otimização, já que são normas que exigem a realização na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes.

Por conseguinte, a ausência de meios econômico-financeiros não pode ser argüida aprioristicamente, em abstrato. Apenas diante de um caso concreto, após a criação da lei orçamentária e da destinação dos recursos, é possível entrever se de fato houve razoabilidade e proporcionalidade na elaboração e na execução orçamentárias, de modo a constatar a inexistência dos meios suficientes para efetivar direitos fundamentais sociais.

Para tanto, o modelo ponderativo de Robert Alexy oferece o caminho a ser perseguido, já que remete o exegeta para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto.

O lógico, portanto, é ampliar a visão tradicional de direitos subjetivos, para permitir restrições fáticas, a exemplo dos custos, já que não existe direito absoluto.

¹⁴⁶ Ricardo Seibel de Freitas Lima ressalta que “não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo que advém da modernidade funciona quando se trata de duas partes, uma ideia construída sob o modelo implícito da relação entre dois indivíduos, uma relação bipolar entre aquele que tem o direito e outro que tem o dever. Quando levamos em consideração as relações complexas entre membros de uma coletividade podendo usufruir de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas, como entendemos ser o caso dos direitos sociais, essa ideia de direito subjetivo não funciona e deve ser superada.” (LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 275).

¹⁴⁷ Esta afirmação decorre da tentativa de enfatizar a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos. Nesse sentido, conferir VIAL, Sandra Regina Martini. *Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l’umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?*. In: *Stato e diritti nell’età della globalizzazione*. Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

Em síntese, direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos (*prima facie* ou definitivos) dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação por meios de políticas públicas, observados os limites fáticos e jurídicos no caso concreto.

3.4 Conteúdo jurídico dos direitos fundamentais sociais mínimos

A tentativa de revisão dogmática dos direitos fundamentais sociais, sob uma perspectiva pós-moderna, abrange o direito de proteção ao mínimo existencial¹⁴⁸, assim entendido como “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”¹⁴⁹.

Cumprе ressaltar que em torno da expressão “mínimo existencial” há uma plurivocidade de sentidos que remete, por exemplo, ao plano filosófico (direito à felicidade, à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana) e ao plano econômico-social (direito ao desenvolvimento humano, a questão da pobreza e miséria, a redistribuição de rendas). Na perspectiva jurídica, aqui perseguida, esses fatores filosóficos, econômicos e sociais serão considerados de maneira mediata e ínsita para exigibilidade do direito fundamental mínimo no caso concreto, que será consequência do modelo de ponderação.

É bem verdade que a ideia de “mínimo” pode ser extraída de todos os direitos fundamentais, estando compreendida, portanto, no conteúdo essencial, limite dos limites destes direitos¹⁵⁰. Porém, em razão do viés social inerente às condições para existência humana, a ideia de “mínimo vital” revela maior aproximação com o conteúdo essencial dos direitos sociais prestacionais. Compreende-se, portanto, que não há relação de sinonímia entre conteúdo essencial (gênero) e mínimo vital (espécie). Apenas os conteúdos essenciais de direitos fundamentais relacionados à existência digna da pessoa é que podem ser considerados como mínimos existenciais.

¹⁴⁸ Há várias expressões sinônimas que representam a mesma realidade jurídica tais como mínimo vital, piso vital, *minimum* invulnerável, estatuto jurídico do patrimônio mínimo, limiar mínimo, mínimo material, mínimo indispensável, etc.

¹⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

¹⁵⁰ Ricardo Lobo Tavares adverte que apesar de o mínimo existencial estar compreendido no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nem por isso a recíproca é verdadeira, “pois não é qualquer conteúdo essencial que se transforma em mínimo existencial, se lhe falta a nota específica de direito à existência digna. Por exemplo: o conteúdo essencial do direito à intimidade não se esgota no mínimo existencial, que muita vez pode ser representado apenas pelo acesso à prestação pública de moradia popular.” (Ibid., p. 89)

Especificamente em relação aos direitos fundamentais sociais mínimos vislumbra-se, no escólio de Ricardo Lobo Torres dupla face protetora: proteção negativa contra a incidência de tributos e proteção positiva, consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais¹⁵¹.

Sublinhe-se, por conseguinte que, para fins deste estudo, a concepção de conteúdo essencial dos direitos sociais está imbricada, intuitivamente, ao conceito jurídico e à exigibilidade do mínimo vital.

No que concerne ao conteúdo essencial, importa registrar que as premissas perseguidas neste trabalho não comportam espaço para teorias absolutas¹⁵². Na linha dos ensinamentos de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, defende-se a existência de conteúdo essencial relativo, produto da aplicação da regra da proporcionalidade e calcado na proteção do suporte fático amplo dos direitos fundamentais¹⁵³.

Ainda que não seja o caso de aprofundar o exame acerca das teorias do núcleo essencial é necessário traçar algumas considerações, devido à vinculação do tema para compreender o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais sociais mínimos.

A teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial é o limite mínimo de valor inatacável, próprio de cada direito e determinável em abstrato¹⁵⁴. Segundo Jorge Miranda “o conteúdo deve ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”¹⁵⁵.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

¹⁵² Ao julgar o HC 93250/MS, o Supremo Tribunal Federal afirmou categoricamente que “na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”. (STF, HC 93250/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10/06/2008).

¹⁵³ Consoante Robert Alexy a teoria ampla do suporte fático “inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”. Frise-se que, enquanto a teoria restrita do suporte fático delimita o que é definitivamente protegido, a teoria ampla determina o que é protegido *prima facie* pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que dependem eventualmente de sopesamentos em situações concretas antes de ser definitivamente protegido. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 322). Convém destacar que a adoção de um suporte fático amplo amplia tanto o âmbito de proteção dos direitos fundamentais como a extensão do conceito de intervenção. Por conseguinte, “se a proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de intervenção”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111-112).

¹⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 304-305.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 341.

O ponto central da aludida teoria consiste no fato de cada direito fundamental possuir um conteúdo com contornos fixos e definidos *a priori*, que não pode ser transgredido em qualquer circunstância. A grande celeuma em torno desta teoria está em definir quais direitos pertencem a esse conteúdo.

José Carlos Vieira de Andrade assevera que o limite absoluto consagrado no artigo 18º, 3 da Constituição de Portugal de 1976 é a dignidade humana, constituindo a base dos direitos fundamentais e o princípio da unidade material¹⁵⁶.

Ocorre que, há um perigoso risco que pode advir da premissa defendida por José Carlos Vieira de Andrade: “a hipertrofia da dignidade e a conseqüente absolutização de todos os direitos fundamentais”¹⁵⁷. De fato, é de extrema relevância ter em mente esta advertência, mesmo porque revela um problema subjacente na jurisprudência pátria, refletido na inflação do topos argumentativo da dignidade e a conseqüente vulgarização do fundamento constitucional¹⁵⁸.

Contrario sensu, a teoria relativa pressupõe o caráter de princípio das normas de direitos fundamentais e defende que o conteúdo essencial resulta da aplicação da regra da proporcionalidade. Isso significa que “a definição do conteúdo depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses envolvidos no caso concreto”¹⁵⁹. Desta maneira, é extrema de dúvidas que a garantia do conteúdo essencial não será sempre a mesma, pois variará de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Ao aplicar a teoria relativa ao conteúdo essencial do direito social verifica-se a obrigatoriedade de um “complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito”¹⁶⁰.

A conseqüência lógica, calhada da teoria relativa, e que deve ser sobressaltada, a fim de esclarecer a adesão à mesma, é que qualquer restrição que passe pelo teste da proporcionalidade não transgride o conteúdo essencial do direito restringido. Desta assertiva,

¹⁵⁶ A fim de reforçar seu posicionamento, destaca: “Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 306).

¹⁵⁷ SILVA. Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

¹⁵⁸ A Suprema Corte brasileira considera o princípio da dignidade como um “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (HC n.º 95464/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2009).

¹⁵⁹ SILVA. Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 205.

pode-se inferir, com arrimo nas lições de Lorenzo Martín- Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, que o conteúdo essencial é afetado quando não se vislumbra uma justificação adequada com base em um juízo de razoabilidade da limitação¹⁶¹.

Independentemente da corrente adotada (absoluta ou relativa) é certo que o núcleo essencial absoluto ou relativo serve como barreira protetiva intransponível às restrições excessivas e deve ser sempre preservado¹⁶².

Neste palmilhar, partindo-se da teoria de conteúdo essencial relativo, não há que se falar em definição jurídica apriorística de mínimo vital. É dizer: a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais mínimos, por exemplo, somente será determinada após os necessários sopesamentos que podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos mínimos diversos¹⁶³.

Necessário salientar que, quando se admite que o direito ao mínimo existencial resulta de um processo de ponderação justificadamente determinado, tem-se que é regra vinculativa que não se encontra no âmbito da discricionariedade da Administração ou do Legislativo. A observação do direito fundamental social mínimo - que se impõe como regra, um comando biunívoco¹⁶⁴ e não um princípio - é imperativa, sob pena de caracterizar ação ou omissão inconstitucional.

Insta consignar que a ideia de proteção ao mínimo existencial é decorrente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, em diversas decisões sublinhou que o Estado tem que garantir aos indivíduos, no mínimo, as condições básicas para uma existência humana digna¹⁶⁵.

¹⁶¹ BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 129.

¹⁶² “La garantía del contenido esencial es límite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.” (BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 126). Repise-se que o fato de aderir à teoria relativa do conteúdo essencial não afasta a compreensão de que o conteúdo essencial é limite dos limites, apenas determina que o núcleo essencial não pode ser determinado aprioristicamente e que resulta da aplicação da regra da proporcionalidade.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 513.

¹⁶⁴ Expressão utilizada por Ana Paula Barcellos quando preconiza distinção entre regras e princípios no momento da aplicação. “As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronald Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55).

¹⁶⁵ Robert Alexy registra três decisões particularmente importantes no que concerne aos direitos fundamentais sociais, em que se infere a proteção ao mínimo existencial. “A decisão acerca da assistência social de 1951, a primeira decisão sobre *numerus clausus*, e a decisão sobre a Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado da Baixa Saxônia. (ALEXY, Robert. op. cit., p. 436).

Pensando-se o ser humano como centro do Ordenamento Jurídico, a garantia do mínimo existencial impõe a preservação do indivíduo, através de *standards* sociais mínimos. Luis Roberto Barroso aponta que, no âmbito da dignidade da pessoa humana, inclui-se a proteção do mínimo existencial, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”¹⁶⁶. Abaixo do patamar mínimo, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade¹⁶⁷.

É preciso alertar que não se postula que a dignidade forma um núcleo duro do direito fundamental, mas que deve ser sopesada no momento da aferição do mínimo. Desde logo, impende rememorar que dignidade da pessoa humana é um *topos* (lugar comum) que serve tão somente como ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente¹⁶⁸, não obstante sua compreensão filosófica como qualidade singular e insubstituível da pessoa, propugnada por Immanuel Kant, estar consentânea com a guarida do mínimo existencial¹⁶⁹.

Mais uma vez merece esclarecer que não existe um conteúdo jurídico determinado previamente dos direitos fundamentais sociais mínimos. Diante do caso concreto e das realidades fáticas circundantes, e após o processo ponderativo, qualquer direito concernente a uma parcela mínima, sem a qual o homem não sobreviva com dignidade, pode agregar o rol protetivo de mínimo vital.

O contraste entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos exerce importância ilustrativa nesse contexto. Evidentemente, pode-se afirmar que a prioridade de investimento em serviços sociais básicos, como serviços de saúde e educação fundamental, podem representar direitos sociais mínimos para países em desenvolvimento. Ao revés, para países desenvolvidos, que já concretizaram condições básicas de sobrevivência, tais serviços não representem direito (aqui compreendido pela possibilidade de exigibilidade) ao mínimo vital. Com efeito, a análise e a avaliação dos direitos fundamentais sociais mínimos têm de ser sensíveis às diversas circunstâncias fáticas.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

¹⁶⁷ Sobre dignidade da pessoa humana conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁶⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 270.

¹⁶⁹ Segundo Kant “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os pensadores*. Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140).

Não surpreende, pois, que um país avalize em determinadas ocasiões o direito à saúde como limiar mínimo, e outro garanta o direito à educação, à moradia, etc. Com efeito, as realidades sociais e econômicas serão determinantes para construção do catálogo de condições mínimas amparadas pelo Estado. Certo é que, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro em 24 de janeiro de 1992¹⁷⁰, é dever dos Estados signatários observar um *minimum core obligation*¹⁷¹ de cada direito social.

Note que o conteúdo jurídico do mínimo existencial gira em torno da exigibilidade do direito em face do Estado e depende das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Explica-se: os direitos à alimentação, à saúde, à moradia integram, abstratamente, a noção de mínimo vital. Entretanto, a exigibilidade deste direito em face do Estado para proteção do mínimo apenas será possível se consideradas determinadas circunstâncias fáticas. Uma pessoa de classe média, em situação de normalidade, não pode exigir do Estado o direito à alimentação ou à moradia arguindo que são direitos fundamentais sociais mínimos, por exemplo. Diante disto, a compreensão da impossibilidade de determinação *a priori* do mínimo existencial resta nítida.

Apesar de não haver dicção própria de garantia do mínimo na Constituição da República de 1988, ao perscrutá-la, infere-se, do plexo de valores ali presentes, que o mínimo existencial foi agasalhado, abstratamente, em diversos dispositivos orientados para essa direção.

A título figurativo, tome-se como base o art. 1º, incisos II e III, que indica como fundamentos da República Federativa do Brasil, cidadania e dignidade da pessoa humana. Além disso, o art. 3º, III prevê a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado brasileiro. Outrossim, emblemática a dicção do art. 170, ao identificar que a ordem econômica do Brasil, fundada na valorização do trabalho humano e na

¹⁷⁰ Art. 2º, §1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

¹⁷¹ Flávia Piovesan explica que a jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Segundo a autora “O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p.67-80, outubro/2009, p. 76).

livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conformes os ditames da justiça social.

Igualmente, pode-se utilizar como parâmetro norteador para padrão mínimo, por exemplo, o rol de garantias insculpido no art. 7º, IV da Carta Magna, que denota as necessidades vitais básicas do ser humano e de sua família, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social¹⁷².

Com supedâneo nestas passagens da Carta Constitucional, é inafastável notar que o poder constituinte vinculou as funções estatais (Legislativa, Executiva e Judiciária), conduzindo-as para concretização do mínimo existencial. Na senda de Robert Alexy, é possível afirmar que existe um direito fundamental social não-escrito, ou seja, “que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental”¹⁷³.

Relembre-se, mais uma vez, que o mínimo existencial assume o caráter de regra e, por via de consequência, não está sujeito a ponderação. Assim, em relação ao mínimo vital, não se vislumbra possibilidade de restrição com base na escassez de recursos, uma vez que trata de garantias de proteção mínima do direito, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.

Forçoso gizar que, diante da terminologia adotada neste trabalho, não há equivalência entre direitos fundamentais sociais e mínimo existencial¹⁷⁴. Conforme salientado alhures, há limites fáticos e jurídicos que impedem a concretização de direitos sociais. Ao revés, o mínimo existencial compreende um limiar ínfimo coligido, muitas vezes, do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, circunstância que impossibilita restrições orçamentárias.

Seguramente, quanto aos direitos fundamentais sociais, há situações em que o Estado alega insuficiência de recursos (reserva do possível) para atendimento imediato dos mesmos, quando reclamados perante o Poder Judiciário. Todavia, não se deve empreender o mesmo raciocínio se o caso concreto exigir proteção a direitos fundamentais sociais

¹⁷² Ao julgar a repercussão geral por questão de ordem em recurso extraordinário 572.921-4, o Ministro Carlos Ayres Brito afirmou categoricamente que o inciso IV do artigo 7º consagra o mínimo existencial, abaixo do qual não se pode falar em dignidade. (Repercussão Geral por questão de ordem em RE 572.921-4 RN, relator ministro Ricardo Lewandowski, DJ 13/11/2008, p. 4)

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436-437.

¹⁷⁴ Esclareça-se que Ricardo Lobo Torres e Ingo Wolfgang Sarlet nem sempre utilizam a terminologia mínimo existencial, preferindo a expressão “direitos fundamentais sociais”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

mínimos¹⁷⁵. Na esteira de Manoel Jorge e Silva Neto, o direito ao mínimo existencial confere “um direito público subjetivo ao indivíduo para exigir a pronta resposta do Estado quanto à satisfação de prestação para que continue viva a pessoa e possa viver em foros de condições mínimas de existência”¹⁷⁶.

Reconhece-se, destarte, na esfera de um patamar mínimo, um direito subjetivo definitivo a prestações. Porém, sempre que o limite mínimo for ultrapassado só existirá direito subjetivo *prima facie* às prestações, que pode sofrer restrições jurídicas e fáticas no caso concreto.

Em suma, as prestações fáticas que integram o conteúdo do mínimo existencial, por se imporem como regra, devem ser disponibilizadas pelo Poder Público com prioridade e com relação a elas não pode ser argüida a reserva do possível. Registre-se, mais uma vez, que tal fato não implica adesão à teoria absoluta do conteúdo essencial. O mínimo existencial será determinado em cada caso concreto após um processo de ponderação das condições jurídicas e fáticas existentes, e, somente assim, consubstanciará um comando definitivo obrigatório para um caso específico.

Nessa linha de raciocínio, reluz que os direitos guindados a mínimo existencial devem ser obrigatoriamente implementados por meio de políticas orçamentárias e públicas. Eis, portanto, a vertente prestacional garantidora dos direitos fundamentais sociais mínimos¹⁷⁷.

¹⁷⁵ CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (rtj 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 -RTJ 175/1212-1213 -RTJ 199/1219- -1220). Recurso extraordinário do ministério público estadual conhecido e provido. (RE 482611/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/03/2010).

¹⁷⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5 ed.

¹⁷⁷ As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística, de feição negativa contra a incidência de tributos, e a vertente prestacional, de caráter positivo, exigível frente ao Estado com o escopo de cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito. (Cf. GUERRA, Sydney; EMERIQUE, Lilian Márcia Baltman. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 9. Dezembro, 2006).

3.5 Custos e escassez dos direitos fundamentais sociais

3.5.1 Considerações sobre custos dos direitos: uma perspectiva à luz das ideias de Cass R. Sustein e Stephen Holmes

Pretende-se, nesta quadra do trabalho, trazer algumas noções desenvolvidas por Cass R. Sustein e Stephen Holmes, na obra *The cost of rights*¹⁷⁸ para, a partir daí, compreender a relevância da dimensão econômica do custo dos direitos para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A tese central dos autores consiste na percepção de que todos os direitos, desde os tradicionalmente denominados como direitos a prestações, até os direitos de defesa (liberdade), para que sejam realizados, geram custos aos cofres públicos.

Cass R. Sustein e Stephen Holmes dissolvem a falsa dicotomia entre direitos positivos e negativos, e asseveram que todos os direitos são positivos, ou seja, todos dependem de algum tipo de prestação estatal para sua efetivação, fato que implica despesas ao erário público.

A teoria imantada pelos autores segundo a qual “*all rights are positive*”¹⁷⁹, parte da premissa da sindicabilidade dos direitos, já que “*where there is a right, there is a remedy*”¹⁸⁰. Deste modo, em face de qualquer violação de direitos, há uma estrutura disponibilizada permanentemente pelo Estado (Poder Judiciário, corpo de bombeiros, segurança pública, etc.) para garantia dos mesmos. Portanto, quaisquer direitos, indistintamente, representam despesas a serem suportadas pelo Estado e, em última análise, pela sociedade¹⁸¹.

¹⁷⁸ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

¹⁷⁹ Ibid., p. 48.

¹⁸⁰ “Onde existe um direito, há um remédio” (tradução nossa). Infe-re-se que os remédios são os meios disponibilizados pelo Estado aos cidadãos para proteção de seus direitos, em face de eventuais violações. (Ibid., p. 43).

¹⁸¹ Cass R. Sustein e Stephen Holmes utilizam como exemplo o direito de propriedade, que detém tradicionalmente a qualificação de direito negativo, para demonstrar que a manutenção e a defesa deste direito dependem de prestações estatais que implicam em gastos públicos. Cite-se: “*Military expenditures must unquestionably be counted among the public costs of the property rights that many Americans peaceably exercise and enjoy*”. Os gastos militares devem ser inquestionavelmente contados dentre os custos públicos de proteção aos direitos de propriedade que muitos americanos exercem e gozam pacificamente (tradução nossa) (Ibid., p. 62).

Seguindo essa linha de compreensão, Cass R. Sustein e Stephen Holmes sustentam que os direitos custam, no mínimo, os recursos necessários à manutenção da complexa estrutura judiciária, que viabiliza a tutela dos mesmos¹⁸².

Direitos custam, dentre outros motivos, porque a manutenção do arcabouço judicial, administrativo, fiscalizatório, etc., pressupõe um custeio, que deve ser arrostado, em grande medida, pelos contribuintes, coletivamente¹⁸³.

Ao considerar que a aplicação e efetivação dos direitos, sejam eles individuais ou sociais, dependem de uma ação positiva do Estado, que, por sua vez, carece de recursos econômico-financeiros, arrecadados junto aos contribuintes individualmente considerados, para funcionar, “chega-se à conclusão de que direitos só existem onde há fluxo orçamentário que permita”¹⁸⁴.

Inevitavelmente, não há como proteger ou viabilizar o exercício de um direito, em sua plenitude, sem financiamento público ou privado¹⁸⁵. Para demonstrar esta assertiva, calha transcrever o pensamento dos autores¹⁸⁶:

*To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of Americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt's New Deal. Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury*¹⁸⁷.

Logo, tendo-se em mente que a efetivação dos direitos depende de meios econômicos, financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado, alcança-se a

¹⁸² “*To the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights*”. Na medida em que a aplicação dos direitos depende de uma vigilância judicial, os direitos custam, no mínimo, tudo quanto custar para recrutar, treinar, fornecer, pagar, e, em seguida, monitorar os guardas judiciais de nossos direitos básicos. (tradução nossa). (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 45).

¹⁸³ Os doutrinadores apontam que cidadãos que vivem em lugares onde o Estado não é capaz de tributar e, por consequência, fornecer remédios jurídicos eficazes, não possuem direitos. (Ibid., p. 19).

¹⁸⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.204.

¹⁸⁵ Cumpre registrar que o Estado, apesar de ser o maior financiador, não é o único responsável pela viabilização do exercício dos direitos fundamentais, eis que o terceiro setor também investe recursos, com o intuito de concretizar tais direitos para a coletividade.

¹⁸⁶ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. op. cit., p. 15.

¹⁸⁷ “À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo deve ser adicionada um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos ou exercidos sem o financiamento e o sustento público. Isto é tão verdadeiro para os antigos direitos como para os novos direitos, para os direitos dos americanos antes e depois do programa “New Deal” de Franklin Delano Roosevelt. Tanto os direitos sociais quanto o direito de propriedade privada geram custos públicos. O direito de liberdade de contratar tem custos públicos não menos que o direito de assistência médica, o direito de liberdade de discurso não menos que o direito à habitação digna. Todos os direitos incidem sobre o tesouro público” (tradução nossa). (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999).

conclusão lógica da inexistência de direitos absolutos, uma vez que, conforme aduziram Cass R. Sustein e Stephen Holmes “*nothing that costs money can be absolute*”¹⁸⁸.

Nesta oportunidade, os autores sugerem uma mudança no conceito de direito subjetivo a fim de incluir a questão dos custos. Ou seja, as condições econômicas e financeiras são determinantes para definição dos direitos, *in litteris*:

*To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems.*¹⁸⁹

Tal assertiva resta evidente, quando se parte do pressuposto que os recursos públicos são escassos, circunstância que inviabiliza o exercício pleno dos direitos para todos os cidadãos¹⁹⁰. Conseqüentemente, na percepção de Cass R. Sustein e Stephen Holmes os custos influirão sobremaneira no conceito de direito.

Portanto, efetivar direitos implica, inexoravelmente, realizar escolhas de alocação de recursos, de maneira que alguns direitos serão concretizados, enquanto outros não. Na trilha de Cass R. Sustein e Stephen Holmes, as opções orçamentárias para determinados direitos refletem os valores de cada sociedade¹⁹¹.

Por fim, merece destaque a ênfase conferida pelos autores à ciência das finanças, como instrumento ético que fornece meios para mensurar os sacrifícios suportados pela sociedade diante de uma escolha trágica. Para Cass R. Sustein e Stephen Holmes, o reconhecimento dos custos dos direitos permite que a teoria jurídica seja mais realista a ponto

¹⁸⁸ “*Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.*” Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, preemptórios e determinados. Entretanto, isto é mero floreio retórico. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja eficácia pressupõe o gasto seletivo dos recursos dos contribuintes pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem observância das conseqüências orçamentárias que afetam a competência dos outros poderes e geram responsabilidade. (tradução nossa). (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999. p. 97).

¹⁸⁹ Tomando em consideração essa realidade instável, conseqüentemente, nós não devemos imaginar os direitos acima do tempo e espaço, ou em caráter absoluto. É mais realista e mais produtivo definir os direitos como poderes individuais decorrentes da adesão, ou afiliação, em uma comunidade política, e como investimentos seletivos dos recursos coletivos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é geralmente considerado como problemas comuns urgentes (tradução nossa). (Ibid., p. 123).

¹⁹⁰ “*Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand*”. Os direitos serão regularmente reduzidos quando os recursos disponíveis secarem, assim como eles serão suscetíveis a expansão sempre que os recursos públicos aumentarem. (tradução nossa). (Ibid., p. 97)

¹⁹¹ Ibid., p. 31.

de examinar de maneira aberta a competição por recursos escassos que, obrigatoriamente, geram reflexos nos direitos fundamentais¹⁹².

3.5.2 Custos dos direitos, escassez e reserva do possível

A dimensão econômica dos direitos é realidade irrefragável que não pode ser negligenciada, sob pena de transformar direitos sociais em válvulas retóricas, em meros discursos simbólicos de manipulação das massas, álibi em favor dos agentes políticos dominantes¹⁹³.

Não há como negar atrelamento necessário entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e existência de recursos públicos ou privados para provê-los. Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que, em sua maior parte, os direitos sociais preconizam regulamentação através de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município para serem implementadas.

No Brasil, o planejamento da atividade financeira ocorre através do orçamento, que consiste no instrumento de ação do Estado que fixa os objetivos a serem atingidos. Regis Fernandes de Oliveira conceitua orçamento como “lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público”¹⁹⁴.

¹⁹² *Public finance is an ethical science because it forces us to provide a public accounting for the sacrifices that we, as a community, decide to make, to explain what we are willing to relinquish in pursuit of our more important aims. The theory of rights, if it hopes to capture the way a rights regime structures and governs actual behavior, should take this reality into account. Courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement. And legal theory would be more realistic if it examined openly the competition for scarce resources that necessarily goes on among diverse basic rights and also between basic rights and other social values.* (HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 98).

¹⁹³ A Constituição álibi é um dos tipos de constitucionalização simbólica descrita por Marcelo Neves. “Dela não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiantamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.” (NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 105).

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

Indiscutivelmente, o orçamento é o caminho por meio do qual se permite realizar políticas públicas, essenciais à concretização dos direitos fundamentais sociais. Vislumbra-se, por conseguinte, nítida conexão entre direitos sociais e orçamento.

Não é demais lembrar que o problema dos custos não está restrito aos direitos sociais. Todavia, sublinhe-se que o dispêndio com direitos de liberdade ou defesa não funcionam da mesma forma que os decorrentes da implementação de direitos sociais. Por óbvio, a despesa com a máquina judiciária ou policial existe independentemente de necessidades individuais, ao contrário dos gastos com políticas públicas para realização de direitos sociais, que dependem das necessidades do caso concreto¹⁹⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet preleciona que o “fator custo” não é elemento impeditivo da efetivação de direitos fundamentais pela via judicial, admitindo, assim, a “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa. *Contrario sensu*, a realização dos direitos sociais prestacionais se sujeita, inexoravelmente, à conjuntura econômica em que estão inseridos¹⁹⁶.

Malgrado tais considerações, importa, neste momento, compreender as repercussões advindas da finitude dos recursos públicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, observa-se grande desproporcionalidade entre as necessidades sociais (infinitas) e a escassez de recursos públicos para supri-las. Em decorrência deste cenário, a efetivação dos direitos fundamentais sociais pressupõe escolha do Legislativo e do Executivo acerca dos instrumentos de deliberação de verbas para atendimento e realização de políticas públicas.

É possível constatar, então, que haverá conflito por recursos escassos, mesmo porque a realização plena e incondicional de todos os direitos fundamentais sociais encontra-se, tão somente, nos planos utópico e simbólico.

¹⁹⁵ José Reinaldo de Lima Lopes destaca: “Quem precisa da defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da infra-estrutura estatal. Mas não há necessária relação entre o custo de um processo judicial em particular e o benefício que o interessado obtém desse processo. Uma ação de despejo de valores módicos ou mesmo pequenos vale-se exatamente dos mesmos recursos que uma ação de grande complexidade jurídica, ou de uma ação que envolva grandes recursos para as partes envolvidas. O custo do aparelho judicial não me parece diretamente proporcional aos interesses em jogo e não joga, neste aspecto, um papel distributivo.”. Por outro lado, “o custo dos direitos sociais varia conforme a necessidade de cada indivíduo. Nestes termos, o serviço de saúde (...) tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. Nem todos ficarão doentes e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 176 -177).

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.

Por este prisma, os princípios da moralidade e da eficiência da Administração Pública serão indispensáveis para otimizar direitos sociais e garantir a justiça, tendo em vista que “o desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que eles deveriam atender.”¹⁹⁷

A fim de clarificar a compreensão em torno da escassez, vale reproduzir os conceitos traçados pelo sociólogo Jon Elster¹⁹⁸:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. Escassez pode ser natural-fracas ou natural-forte, quase-natural, ou artificial. Escassez natural-forte ocorre quando não há nada que possa ser feito para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. Escassez natural-fracas ocorre quando não há nada que possa ser feito para satisfazer a todos. O fornecimento de petróleo é um exemplo; o suprimento de órgãos para transplante é outro exemplo. Escassez quase-natural ocorre quando o suprimento pode ser fomentado, possivelmente até o ponto em que haja satisfação geral, somente pela ação espontânea dos cidadãos. A provisão de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. Escassez artificial ocorre quando o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos a ponto da satisfação universal. Dispensa do serviço militar e vagas em creches são exemplos.

Com base na classificação proposta por Jon Elster pode-se afirmar que a questão da disponibilidade financeira deve ser enquadrada na escassez artificial, por dois evidentes motivos. Inicialmente porque o Estado pode extrair mais recursos da sociedade por meio da tributação, desde que coerente com os preceitos constitucionais, haja vista o dever dos cidadãos de contribuir para o sustento dos gastos públicos¹⁹⁹. Demais disso, a escassez é artificial por ser resultado de decisão de política alocativa, ou seja, não há recursos suficientes para promover determinado fim, pelo fato de terem sido manejados para outra finalidade.

Exatamente por constatar a impossibilidade material de dar pleno atendimento a todas as obrigações prestacionais inerentes ao Estado, exsurtem decisões alocativas, muitas

¹⁹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

¹⁹⁸ “*That a good is scarce means that there is not enough of it to satiate all individuals. Scarcity can be (weakly or strongly) natural, quasi-natural, or artificial. Strong natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply. Paintings by Rembrandt are an example. Weak natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply to the point of satiating everybody. The provision of oil is an example; the supply of cadaver organs is another. Quasi-natural scarcity arises when the supply could be increased, possibly to the point of satiation, only by the uncoerced actions of citizens. The supply of children for adoption and sperm for artificial insemination are examples. Artificial scarcity arises when the government could, if it so decided, make the good available to everyone to the level of satiation. Exemption from military service and provision of places in kindergarten are example*”. (tradução nossa). (ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992. p. 21-22).

¹⁹⁹ Cristina Pauner Chulvi explica que esse dever explicita “*un principio estructural del ordenamiento puesto que la realización y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho requiere un programa justo de ingresos y una función redistributiva de bienes y rentas. y la obtención tributaria impuesta com caracter general a todos los ciudadanos com el fin de contribuir al sostenimiento del Estado y sus funciones*”. (CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 64).

vezes amalgamadas em escolhas trágicas, por se tratarem de distribuições de bens escassos. Do conflito entre necessidades sociais e escassez de recursos a sociedade é chamada a enfrentar escolhas trágicas²⁰⁰.

Guido Calabresi e Philip Bobbit esclarecem a questão das escolhas trágicas, com fulcro no argumento de que a distribuição de certos bens comporta grande sofrimento ou pode ocasionar, até mesmo, a morte. Diante disto, propugnam que os métodos alocativos adotados levem em consideração, de um lado, os valores pelos quais a sociedade determinou os beneficiários dos bens escassos, e, de outro, valores morais que exaltem a vida e o bem-estar²⁰¹.

É inelutável perceber que, em face das opções existentes deverá haver eleição de prioridades pelo poder público em consonância com a *Lex Maxima*. Isso não significa que as opções postergadas não sejam necessárias, mas que serão acolhidas em outro momento, de acordo com o ingresso de novos recursos e a valoração das necessidades, consoante restará demonstrado ao longo deste estudo.

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, a questão dos custos, da escassez de recursos e das escolhas orçamentárias influenciam diretamente a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Na prática jurídica, o argumento da escassez dos recursos como restrição ao reconhecimento do direito social é denominado genericamente como ‘cláusula da reserva do possível’.

Contudo, é imperioso ressaltar que não foi este o sentido construído, originariamente, para designar a teoria da reserva do possível. Com efeito, a aludida teoria foi invocada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no julgamento da decisão conhecida como *numerus clausus*, que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior. Ao decidir a questão, o Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se

²⁰⁰ “*In tali conflitti (...) devono infatti tentare di operare delle allocazioni in modo da preservare i fondamenti morali della collaborazione sociale e, se ci riescono, ta scelta tragica si transformerà in una allocazione, che no sembra implicare alcuna contraddizione morale, evitando così conseguenze moralmente riprovevoli.*”. “Em tais conflitos (...) deve-se de fato tentar executar divisões de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social e, sendo assim tal escolha árdua se transformará em uma premiação, o que não implica em nenhuma contradição moral, evitando assim conseqüências morais reprováveis.” (tradução nossa). (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phip. *Scelte Tragiche*. Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 9).

²⁰¹ *Ibid.*, p. 8-9.

pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Confira-se o trecho do julgado:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do art. 109, II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (...) Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (...), a *Grundgesetz* decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsbezogenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade²⁰².

Infere-se do trecho colacionado que a reserva do possível foi referida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão com base nos ditames da proporcionalidade e razoabilidade. Desta maneira, é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição a um direito fundamental, tem que observar um padrão de razoabilidade. Em outras palavras, não se pode exigir do Estado e da sociedade algo desarrazoado e desproporcional.

Após a paradigmática decisão da Corte Alemã, a teoria da reserva do possível foi difundida por inúmeros países. Nesse ambiente, a jurisprudência brasileira aderiu à aplicação do instituto à ordem jurídica nacional.

Ocorre que, no Brasil, a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada como barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais, fato que, *concessa venia*, não deve ser acolhido, sob pena macular os valores constitucionais. Por certo, seguindo os ensinamentos de Andreas J. Krell, é evidente que “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”²⁰³. Faz-se mister, portanto, adaptar a ideia de reserva do possível ao ordenamento jurídico brasileiro.

²⁰² BVerfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972. In: SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663-664.

²⁰³ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 42.

Na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo Filchtiner, necessário conferir uma tríplice dimensão à reserva do possível: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade²⁰⁴.

Didaticamente, pode-se afirmar que a reserva do possível revela uma perspectiva preponderantemente jurídica, “de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo” e uma dimensão fática, “de mandamento de observação da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional e alocação de recursos”²⁰⁵.

Para a adequada discussão da reserva do possível, incontornável a análise, ainda que sumária, das teorias das restrições dos direitos fundamentais²⁰⁶.

Não se pode olvidar que, ao tratar dos limites aos direitos fundamentais, parte-se da premissa delineada por Robert Alexy, que examina os direitos fundamentais dentro de um modelo de regras e princípios.

A importância desta ressalva consiste na percepção de que os direitos fundamentais sociais se apresentam, na maioria das vezes, na qualidade de princípios, fato que permite ponderação e aplicação em diferentes graus a depender das possibilidades fáticas e jurídicas da situação posta.

Em virtude do caráter principiológico, as normas de direitos fundamentais podem sofrer restrições pelos poderes públicos, desde que não vulnerarem o conteúdo essencial do direito.

A compreensão dos limites aos direitos fundamentais envolve a escolha por um dos enfoques relacionados às restrições, concebidos a partir da teoria interna ou teoria externa.

Segundo a teoria interna, há uma relação de imanência entre restrições e direitos fundamentais. Os limites são intrínsecos ao direito, por isso a definição do conteúdo e da extensão do mesmo não depende de fatores externos. Conforme preconiza Virgílio Afonso da

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

²⁰⁵ LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 214.

²⁰⁶ Para este estudo, não interessa ingressar no estudo profundo das restrições a direitos fundamentais. Portanto, nesta oportunidade, optou-se por destacar apenas as principais teorias das restrições.

Silva, a teoria interna “sustenta que o direito e seus limites são algo uno - ou seja, os limites são imanentes ao próprio direito – isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra”²⁰⁷.

Por outro lado, a teoria externa parte da diferença entre direitos e restrições. Ao demonstrar a relevância desta distinção, Virgílio Afonso da Silva obtempera que “é principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade”²⁰⁸. De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais são, *prima facie*, ilimitados, e, somente através da imposição de eventuais restrições, poderão ser limitados, tornando-se direitos definitivos²⁰⁹.

Em relação à diferença entre as aludidas teorias, Gilmar Ferreira Mendes averba que “se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (...), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (...), então há de se considerar correta a teoria externa”²¹⁰

Coerente à linha de intelecção desenvolvida neste trabalho, adota-se a teoria externa. Se assim o é, a reserva do possível deve ser compreendida como elemento externo ao direito fundamental social, que pode reduzir sua eficácia diante do caso concreto.

Isto significa, em apertada síntese, que a apreciação da escassez de recursos públicos não é, necessariamente, condição de possibilidade para reconhecimento do direito, porém é elemento exterior, que pode comprometer sua efetividade. Dito de outro modo, a cláusula da reserva do possível não é um limite imanente (limite oriundo da própria estrutura e natureza do direito)²¹¹, determinado em abstrato e aprioristicamente. Apenas diante do caso

²⁰⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 138.

²⁰⁹ “O direito não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e a priori. Somente nos casos concretos, após o sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portando, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.” (*Ibid.*, p. 140).

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335. Este raciocínio deriva dos ensinamentos de Robert Alexy: “Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278).

²¹¹ Advirta-se que há autores que interpretam a teoria dos limites imanentes de forma distinta do conceito tradicional. José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, tenta amoldar sua definição à teoria dos princípios, senão veja-se: “os chamados limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*,

concreto deve-se ponderar a realidade econômico-financeira e, assim, limitar a efetividade do direito fundamental social.

Realmente é inadmissível que, num país em desenvolvimento como o Brasil, em que o povo carece tanto de prestações, haja um condicionamento preestabelecido para a garantia dos direitos fundamentais sociais.

Outrossim, não se pode olvidar que a escassez de recursos para concretização dos direitos fundamentais sociais é, na maioria das vezes, fruto de escolhas alocativas dos poderes públicos, que podem ser objeto de controle se, constatada, eventual desproporcionalidade.

À guisa de ilustração, suponha-se que os gestores públicos, quando da elaboração do orçamento destinaram cifras elevadas de verbas públicas para construção de monumentos para embelezar a cidade ou para publicidade do governo, ao tempo em que não previram despesas orçamentárias para direito à moradia. Nesta hipótese, saltam aos olhos a inexistência de uma real escassez para implementar políticas públicas em prol do direito de moradia.

Deveras, é extrema de dúvidas que, em inúmeras ocasiões, “o que frustra a efetivação de tal ou qual direito (...) não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito”²¹². Sem mais delongas, admite-se, no caso concreto, que se ultrapasse o argumento da reserva do possível.

Com isso, não se pretende desconsiderar a dimensão econômica do direito. Por óbvio, quando restar demonstrado equilíbrio, razoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no processo de escolhas orçamentárias, tem-se por legítima a alegação da restrição da cláusula de reserva do possível para relativizar ou, até mesmo, eliminar a exigibilidade do direito fundamental social²¹³. Em outros termos, a reserva do possível deve ser razoável e proporcional²¹⁴.

cabia no âmbito de um direito, liberdade e garantia.” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 1282).

²¹² GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²¹³ Interessante também a caracterização da cláusula da reserva do possível como “excludente de ilicitude” da conduta estatal, proposta por Wálber Araújo Carneiro. Segundo o autor: “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado”. (CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. *Revista do Programa de pós-graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan./dez. 2004, p. 383).

²¹⁴ Nesse sentido, Aline da Matta Moreira pontua: “Além da comprovada escassez de recursos, a argüição da reserva do possível pela Administração Pública exige uma análise proporcional e razoável da realidade fática em que incide. A razão é simples: nenhuma restrição aplicada aos direitos fundamentais pode tomar uma dimensão desproporcional e abusiva.” (MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 148).

Parece ser este o entendimento de Gustavo Amaral, ao analisar a viabilidade de controle das escolhas orçamentárias pelo Judiciário na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.”²¹⁵

Com lastro nestes argumentos, as repercussões dos custos dos direitos sociais deverão ser aquilatadas no caso concreto e não, *a priori*, como limite imanente, sob pena de enlanguescer a proteção aos direitos fundamentais sociais²¹⁶.

Cumpra advertir, entretantes, que a restrição ao direito fundamental social deve respeitar o limite dos limites ou núcleo essencial, que, *in casu*, relaciona-se com o direito ao mínimo existencial.

Assim, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra possibilidade de ponderação com base na escassez de recursos (reserva do possível), uma vez que trata-se de garantia de proteção mínima do direito social, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.

²¹⁵ 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. 208.

²¹⁶ Ana Carolina Lopes Olsen também critica a compreensão da cláusula da reserva do possível como limite imanente. Para tanto, aduz: “[...] ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento do sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é. (...) Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria constituição”. (LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191).

4 ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 (Re) descoberta do Orçamento no constitucionalismo contemporâneo

No contexto de um Estado Democrático voltado à proteção dos direitos fundamentais está, sem dúvida, ultrapassada qualquer consideração do orçamento que não espelhe as necessidades públicas da sociedade. Assim, não se pode mais admitir a redução do orçamento ao aspecto político-instrumental de elemento de cunho financeiro, que contém previsão de receitas e autorização de despesas para determinado período, sem atender aos interesses efetivos da população.

Orçamento é o instrumento jurídico, por excelência, de exercício da democracia, de proteção à cidadania e de concretização dos direitos fundamentais. Através dele são deliberados os destinos da sociedade.

Alberto Adeodato preleciona que “orçamento é, em sua mais exata expressão, o quadro orgânico da economia pública. É o espelho da vida do Estado e, pelas cifras, se conhecem os detalhes de seu progresso, de sua cultura e de sua civilização”²¹⁷.

Principalmente após a ascensão do Estado Social, restou evidente a importância do orçamento como instrumento imprescindível à implementação de políticas públicas e à realização dos anseios sociais.

Indeclinável registrar que a lei orçamentária não revela apenas nuance política. Aliomar Baleeiro preconiza que o estudo do orçamento compreende quatro aspectos fundamentais: a) o jurídico, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz da Constituição; b) o político, pelo qual o orçamento revela desígnios sociais e regionais na destinação de verbas, e confere liberdade decisória ao Poder Executivo; c) o econômico, através do qual se apreciarão os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica; d) o técnico, que envolve os processos estatísticos de cálculo de receitas e despesas²¹⁸.

De fato, aspectos políticos, técnicos e econômicos sempre preponderaram no exame da atividade financeira do Estado. *Contrario sensu*, seu viés jurídico sempre foi

²¹⁷ DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 271.

²¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 522.

relativizado, ou, até mesmo, esquecido, percepção que reluz, por exemplo, quando se alega impossibilidade de controle jurisdicional da lei orçamentária, por ser ato político-administrativo, que gera apenas efeitos concretos²¹⁹.

Importa alinhavar que, tanto o conceito clássico de orçamento público, como instrumento de controle contábil do Legislativo sobre o Executivo, quanto sua estrutura jurídica tradicional, enquanto lei de meios, meramente formal, precisam ser revistos a fim de acompanhar as perspectivas do Estado pós-moderno, que exalta o influxo dos valores indispensáveis à condição humana nos âmbitos jurídico, político, social e econômico.

As questões dos direitos fundamentais sociais, das políticas públicas, do desenvolvimento econômico para o bem-estar social, da alocação dos recursos financeiros escassos são temas imprescindíveis nos debates hodiernos e estão intimamente relacionadas aos desafios enfrentados pelo orçamento público na contemporaneidade.

De mais a mais, torna-se inaceitável transportar as concepções tradicionais do orçamento, edificadas em um modelo de Estado Liberal, que se preocupava tão somente em manter o equilíbrio financeiro e evitar ao máximo a expansão dos gastos²²⁰, para um Estado Social Democrático de Direito, que necessita de um direito orçamentário aperfeiçoado pelas

²¹⁹ DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. (...). LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, 'A', DA CF. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, 'a', da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. (...) 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime. (ADI-QO nº 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 03/04/1998); CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (STF, ADI-MC 2.484-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/11/2003, p. 11). No mesmo sentido, confira-se, ainda, os seguintes precedentes: ADI-MC nº 2.057, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 31/03/2000; ADI nº 3.487, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17/05/2005 e ADI nº 3.709, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 15.05.2006. Necessário ressaltar que existe indicativo de revisão de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à admissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei orçamentária (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008; ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008).

²²⁰ Ao tratar da evolução conceitual do orçamento público, James Giacomoni assevera que o orçamento constituía uma fórmula eficaz de controle e as finanças caracterizavam-se por sua neutralidade, pois o equilíbrio financeiro se impunha naturalmente e o volume do gasto público não pesava em termos econômicos. (GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 65).

diretrizes constitucionais a fim de concretizar, por exemplo, direitos fundamentais sociais imprescindíveis à manutenção da vida humana com dignidade²²¹.

Elucidativa, neste sentido, a constatação de Alfredo Augusto Becker:

[...] como toda arte útil é tanto mais perfeita, quanto melhor seu rendimento humano, o Direito Positivo que serve a uma determinada política (ex: de reforma social), terá, necessariamente, estrutura jurídica com caracteres e feições nitidamente diferentes daquele que servirá a outra política (ex: de conservação do capitalismo-liberal)²²².

Incontestavelmente, a conjuntura do Estado fiscal liberal, movido pela neutralidade econômica e social, é diametralmente oposta ao do Estado fiscal social, economicamente interventor e socialmente conformador. José Casalta Nabais obtempera que enquanto o Estado liberal, “pretendendo-se um estado mínimo, assentava numa tributação limitada – a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do estado – uma máquina que devia ser tão pequena quanto possível”, o Estado Social, “movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada exigida pela estrutura estadual correspondente”²²³. Esse é apenas um dos aspectos que distingue, sobremaneira, o Estado Liberal do Estado Social.

Exatamente por constatar o descompasso entre os diversos modelos de Estado em cada momento histórico, faz-se mister que o orçamento, enquanto fenômeno jurídico-cultural, acompanhe o processo evolutivo estatal a fim de se amoldar às realidades e aos valores que se impõem²²⁴.

Despiciendo dizer, por estar enraizado na cultura brasileira, que o descrédito do orçamento é realidade que precisa ser superada. Somente assim, será possível tecer um estudo jurídico-constitucional do mesmo, com o fito de suplantar o paradigma tradicional orçamentário de instrumento de controle ou mera peça contábil de previsão de receitas e de fixação de despesas, para um instituto garantidor dos direitos fundamentais sociais a partir da implementação de políticas públicas.

²²¹ José Afonso da Silva reporta com clareza a crise do orçamento clássico diante da mudança do Estado Liberal para o Estado Intervencionista: “Informado pelos princípios do liberalismo, o orçamento tradicional refletia a ideia de que a atividade financeira do Estado deveria restringir-se ao indispensável à satisfação das necessidades primárias do Estado (segurança interna e externa, justiça, etc.), vedada qualquer ingerência na ordem econômica e social”. Para o autor, este fato conduziu a necessidade reformulação da compreensão do orçamento do Estado Social. (SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 2-4).

²²² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 229.

²²³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 194.

²²⁴ Aqui, é oportuno registrar as lições de Alfredo Augusto Becker, ao preconizar que a “realidade do Estado (ser social) consiste naquela relação constitucional e o Estado não é algo que “está”, mas algo que “continua”, isto é, o Estado é um ser de criação continuada (a relação constitucional é essencialmente continuada). (BECKER, Alfredo Augusto. op.cit., p. 244).

Nesse quadrante, a reestruturação jurídica do orçamento, com fulcro na teoria dos princípios faz-se necessária, eis que o orçamento será analisado no ambiente axiológico da pós-modernidade, profundamente marcado por valores éticos e jurídicos que direcionam as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado.

Sobremais, emerge cristalina a necessidade de uma filtragem constitucional do multicitado instituto a fim de limitar a margem de discricionariedade do Executivo, atualizar os programas de planejamento governamental e, assim, permitir que os objetivos constitucionais delineados pela sociedade sejam alcançados.

Em suma, diante do paradigma do direito constitucional contemporâneo e das vicissitudes da pós modernidade, marcada pela ‘axiologização’ das relações jurídicas e pela busca incessante da efetivação dos direitos fundamentais, é mister uma (re) descoberta do orçamento enquanto instrumento jurídico, dotado de força normativa, responsável pela efetivação de direitos fundamentais e essencial à consagração da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

Tecidas estas considerações preliminares, passa-se para o estudo específico da natureza jurídica do orçamento, dos princípios integradores da constituição orçamentária²²⁵ e da classificação constitucional das necessidades públicas, sempre com vistas a resgatar o valor jurídico do orçamento e conferir tratamento constitucional razoável e adequado à elaboração, execução e controle orçamentários.

4.1.1 *A leitura constitucional da natureza jurídica do orçamento*

Um dos grandes problemas relacionados ao orçamento é definir sua natureza jurídica. Impende determinar se é lei em sentido material, com conteúdo de direito e eficácia inovadora, ou se é mero ato administrativo, que só reveste as características de lei do ponto de vista formal.

O conceito dualístico de lei foi formulado pela primeira vez por Paul Laband, no contexto da política alemã da segunda metade do século XIX (especificamente na conjuntura

²²⁵ Constituição Orçamentária é expressão utilizada por Ricardo Lobo Torres para se referir a um dos subsistemas da Constituição Financeira que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito, em equilíbrio e harmonia com outros subsistemas, especialmente a Constituição Econômica e Política. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.1).

da monarquia constitucional limitada da Prússia²²⁶), e ainda encontra ressonância no pensamento jurídico hodierno.

Segundo Paul Laband “nem todas expressões da vontade do Estado são leis, mas somente aquelas que possuem no conteúdo um preceito jurídico, uma norma para regular e resolver relações jurídicas”²²⁷. Diante disto, distinguiu duas classes de lei do Parlamento: lei em sentido material, que contém uma regra jurídica, e lei em sentido formal, que exprime apenas uma manifestação do Estado resultante de um acordo de vontades entre o Monarca (Executivo) e as duas Câmaras do Parlamento, sem qualquer conteúdo jurídico²²⁸. A fim de melhor clarificar tais conceitos cite-se:

*Ne deriva che si può anche usare per brevità l'espressione legge quando si vuole solo indicare la fissazione o la esigenza di una volontà concorde tra Il re e le due Camere del Landtag e tra Il Bundesrat il Reichstag. In questo caso, la connotazione astratta di legge è puramente formale; non si può dire pertanto che tutte le norme giuridiche che valgono per le leggi nel senso materiale della parola dovrebbero o potrebbero anche trovare attuazione per gli atti dell'autorità dello Stato che non costituiscono affatto una legge nel senso materiale della parola, ma che chiamano legge sol per il fatto di aver preso in prestito le forme della legislazione*²²⁹.

Na verdade, nos bastidores da criação da doutrina dualista da lei, o aspecto político foi determinante, porque o principal motivo para Paul Laband distinguir lei em sentido material de lei em sentido formal foi resolver o conflito constitucional entre os

²²⁶ Álvaro Rodriguez Bereijo esclarece que a monarquia era limitada, pois havia uma organização (no caso da Prússia o Parlamento) que compartilhava o poder com o monarca e intervia sempre para garantir a observância dos limites constitucionais. (BEREIJJO, Álvaro Rodriguez. Apresentação. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. XVIII).

²²⁷ “Non ogni espressione della volontà dello Stato è peraltro una legge, ma solo quella il cui contenuto sai una norma giuridica, una norma per la regolazione o per la decisione in ordine a situazioni giuridiche”. (tradução nossa). (LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Trad. Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 2007, p. 9).

²²⁸ Consoante Paul Laband a lei em sentido material também possui o sentido formal, eis que no âmbito da linguagem política constitucional revela um ato resultante do Poder Legislativo do Estado. Em razão disso, o autor denomina lei formal de lei em sentido estrito ou constitucional. Senão, veja-se: “Ao requisito material deste conceito, graças ao qual a lei por conteúdo próprio consiste na determinação de uma regra jurídica, é agregada uma aparência formal. Entre as leis, no sentido mais antigo, se evidencia uma espécie particular, qualificada através da forma de sua aprovação, denominada então lei no sentido mais restrito ou constitucional” (tradução nossa) “Al requisito materiale del concetto, grazie al quale la legge per contenuto próprio consiste nella determinazione di una regola giuridica, ne va aggiunto uno esteriore, formale. Tra le leggi nel senso più antico risulta individuata una specie particolare, qualificata attraverso la forma della sua approvazione, che si chiama ora legge in senso più stretto o costituzionale”. (Ibid., p. 13).

²²⁹ “Subtende-se que é possível usar de maneira simplificada a expressão lei quando se deseja somente indicar a fixação ou a exigência de uma vontade concordante entre o rei e as duas Câmaras do Landtag e entre o Bundesrat e o Reichstag. Neste caso, a conotação abstrata da lei é puramente formal. Não se pode afirmar, portanto, que todas as normas jurídicas que valem para as leis no sentido material da palavra deveriam ou poderiam encontrar também aplicação para os atos da autoridade do Estado, que não constituem inteiramente uma lei no sentido material da palavra, mas que são denominadas leis somente pelo fato de haver sido elaborado nas formas da legislação” (tradução nossa). (Ibid., p. 15).

poderes do Monarca e do Parlamento (Legislativo) para a supremacia em matéria orçamentária²³⁰.

Examinando a teoria do orçamento de Paul Laband, Alvaro Rodriguez Bereijo enfatiza que, mais do que o intento lógico de construção científica, a doutrina de Laband obedece às instâncias políticas daquele momento histórico, presididas por duas preocupações centrais: a desconfiança frente ao Poder Legislativo (consequência lógica de sua aversão pelo sistema democrático representativo e pelo parlamentarismo) e a necessidade de justificar juridicamente - em harmonia com os princípios da monarquia constitucional limitada prussiana, baseada no princípio monárquico - a atuação do Executivo, em caso de ausência de aprovação do orçamento pelo Legislativo (Parlamento)²³¹.

Imbuído pelos ideais políticos e liberais, ao interpretar alguns dispositivos da Constituição da Prússia, Paul Laband concluiu que orçamento não possui conteúdo jurídico e, portanto, não é uma lei no sentido material, mas um ato administrativo²³². Na percepção do idealizador da teoria dualista da lei, “o orçamento, em regra, não constitui fundamento da obrigação jurídica para obter ingressos ou realizar gastos, senão que pressupõe esta obrigação e se limita a reconhecer seus resultados financeiros”²³³.

Partindo da natureza meramente formal do orçamento, Paul Laband elucida que a lei orçamentária possui duas partes distintas: o orçamento propriamente dito e a lei que o fixa. *“Il vero e proprio conto dello Stato costituisce un allegato alla legge e la legge stessa non ha di regola altro contenuto se non la dichiarazione per cui viene fissato il bilancio accluso come allegato indicando le somme complessive delle spese e delle entrate”*²³⁴.

²³⁰ Para compreender o direito orçamentário, na perspectiva de Laband, mister ambientar-se com as raízes histórico-políticas da teoria, que se fundamentam no conflito constitucional prussiano entre Monarquia e Parlamento nos anos 1861-1866, decorrente da negativa das Câmaras em aprovar o orçamento apresentado pelo Executivo. (BEREIJIO, Álvaro Rodriguez. Apresentação. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. XII).

²³¹ Ibid., p. XIV.

²³² *“La fissazione del preventivo delle spese e delle entrate non è una legge nel senso materiale della parola, bensì un atto amministrativo, nonostante che questo preventivo venga concordato tra corona e rappresentanza del popolo e venga pubblicato nella gazzetta delle leggi sotto la denominazione di legge; d'altra parte, la determinazione di una regola effettiva di diritto non perde il significato e la forza di legge per il solo fatto che essa trovi realizzazione in occasione della fissazione del bilancio e come un acto com cio.”* “A determinação da estimativa das despesas e entradas não é lei no sentido material da palavra, mas um ato administrativo, ainda que esta estimativa derive de um acordo entre a coroa e a representação popular e seja publicada no decreto das leis sobre a denominação de lei. Por outro lado, a determinação de uma regra efetiva de direito não perde o significado e a força de lei somente pelo fato de que essa encontre realização por ocasião da determinação estimativa do orçamento e como um ato em si.” (tradução nossa). (LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Trad. Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 2007, p. 29).

²³³ *“Il bilancio di regola non dà fondamento ad un obbligo giuridico nei confronti di entrate o di spese, ma pressuppone questi obblighi e si limita a mettere insieme i relativi risultati”* (tradução nossa). (Ibid., p. 24).

²³⁴ “O verdadeiro orçamento do Estado constitui um anexo à lei, e a própria lei não tem como regra outro conteúdo senão a declaração pela qual é determinado o orçamento, incluído como anexo indicando as somas

Malgrado a mudança de contexto político, social, econômico e jurídico, os ensinamentos de Paul Laband foram incorporados mecânica e acriticamente a diversos ordenamentos jurídicos de inúmeros países, a exemplo da Itália, da França, do Brasil, com realidades totalmente antagônicas às da Prússia de 1871.

Numa perspectiva crítica, Álvaro Rodriguez Berejo assinala que antes de seguir, por exemplo, a teoria de orçamento de Laband, deve-se analisar as profundas diferenças existentes entre o Direito Público de um Estado Constitucional e o de um Estado Parlamentar, o contexto político e econômico reinante à época, etc²³⁵.

Por óbvio, a teoria de Laband da natureza meramente formal do orçamento não pode prevalecer em um Estado Social e Democrático de Direito como o Brasil. Inserida no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a lei orçamentária deve se consubstanciar em programa governamental voltado à implementação de políticas públicas e à garantia de direitos fundamentais.

Outrossim, a relação institucional entre Legislativo e Executivo, regrada pela Constituição Federal da 1988, no que concerne às questões orçamentárias, é totalmente distinta das que justificaram a teoria dualista de Paul Laband.

Apesar disso, as lições tedescas ainda ecoam nas discussões acerca da natureza jurídica do orçamento, com ampla recepção pela doutrina juspublicista pátria. A compreensão da lei orçamentária como ‘lei de meios’ ou lei meramente formal prevalece na doutrina²³⁶ e na jurisprudência²³⁷, fato que diminui sua juridicidade. Nega-se o sentido material, dentre outros motivos, sob o argumento da ausência de abstração e de generalidade na lei orçamentária.

Data venia, não parece ser este o entendimento adequado à realidade constitucional brasileira. Orçamento é lei no sentido material e formal, pois gera direitos e deveres entre o Estado e os cidadãos, fato que impõe que seja dispensado o mesmo tratamento

totais das despesas e das entradas” (tradução nossa). (LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Trad. Clemente Forte. Milano: Giufrè, 2007, p. 28).

²³⁵ BEREJO, Álvaro Rodriguez. Apresentação. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. XXXVIII.

²³⁶ Cf. BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

²³⁷ “Os atos da legislação orçamentária, sejam aqueles de conformação original de Orçamento anuam de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício, são exemplos de paradigmas de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal Federal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato e constitucionalidade de leis e atos normativos.” (STF, ADI 1.716, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.98). O Supremo Tribunal Federal já sinalizou mudança de entendimento quanto ao controle jurisdicional de lei orçamentária, fato que será retratado no último capítulo desta dissertação.

jurídico conferido às demais leis, possibilitando, inclusive, o controle de constitucionalidade²³⁸.

Impende destacar que Alfredo Augusto Becker defendeu a materialidade do orçamento, com espeque no seguinte argumento:

Toda vez que o Estado cria regra jurídica que aprova orçamento público, ele está provando sua existência, ou melhor, está comprovando sua sobrevivência do seguinte modo: ‘Tributos serão cobrados para o bem comum e este será proporcionado mediante despesas. Logo, continuarei a existir’²³⁹.

Não obstante a importância desta defesa para a valorização do direito orçamentário à época, o sistema constitucional brasileiro de 1988 não concebe esta linha de raciocínio, em razão da regra da exclusividade²⁴⁰, constante no § 8º do art. 165²⁴¹, que veda a inserção de matéria estranha à previsão da receita e à fixação da despesa, ressalvadas a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. É verdade que esta posição se fundamentava no texto constitucional que assegurava o princípio da prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributos, que não constitui mais exigência da Constituição de 1988²⁴². Apesar disso, convém registrar seu entendimento, que vincula a própria existência do Estado ao orçamento, senão veja-se:

Pela criação da regra jurídica que aprova o orçamento público, o Estado toma, outra vez, 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 “Tributos serão cobrados para o bem comum e este será proporcionado mediante despesas. Logo, continuarei a existir”. (...) A aprovação, por lei, do orçamento público, é incidência de regra jurídica sobre a relação constitucional natural, juridicizando-a. Por esta juridicização, o ser social (cuja existência era real, porém ainda natural ou pré-jurídica) entra no mundo jurídico, passa a ter existência jurídica²⁴³.

²³⁸ Nesse sentido, conferir ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008; ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008.

²³⁹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 249.

²⁴⁰ Devido às premissas teóricas abraçadas neste trabalho, no tocante à distinção entre regras e princípios, compreende-se, em sentido diverso da maioria da doutrina, que a questão da exclusividade é regra orçamentária e não princípio.

²⁴¹ Art. 165, § 8º, CF/88 - 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.

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 269.

²⁴³ BECKER, Alfredo Augusto. op. cit., p. 249.

Ocorre que alguns doutrinadores mesclam lei instituidora de tributos e lei orçamentária, a fim de acolher a materialidade desta, em relação às receitas. Neste passo, calha transcrever a afirmação de Regis Fernandes de Oliveira:

Não se pode negar que o orçamento opera alterações na realidade jurídica permitindo que sejam os tributos exigidos, colocando em posição de sujeição aqueles que praticarem fatos geradores, dando nascimento à obrigação tributária. Ademais, permite à Administração efetuar a cobrança, lançar, impor restrições e obrigações. A publicação da lei orçamentária coloca a Administração em posição sobranceira na exigência de seus créditos, na medida em que ocorrem. De seu turno, vê-se na contingência de operar seus instrumentos para realizar seus créditos e, igualmente, nasce para ela a obrigação de perseguir as finalidades ou aplicar os recursos naqueles débitos que a lei previu²⁴⁴.

Todavia, conforme já ressaltado, não se admite inclusão de obrigações fiscais do contribuinte no orçamento. Tamanha confusão de conceitos, que, apesar de defender a materialidade da lei orçamentária em relação às receitas, Regis Fernandes de Oliveira acolhe o posicionamento da maioria para conferir natureza jurídica de lei em sentido formal para o orçamento: “Em suma, e inserindo-nos na discussão, basta a afirmação de que se cuida de lei em sentido formal, que estabelece a previsão de receitas e despesas, consolidando posição ideológica governamental, que lhe imprime caráter programático”²⁴⁵.

Por seu turno, ao defender a natureza formal e material das leis orçamentárias, Sandoval Alves da Silva trilha linha mais congruente e consentânea com os desenvolvimentos deste estudo. Para o autor, a teoria da lei formal não é compatível com o poder de emendar o projeto de lei orçamentária (art. 166, §§ 2º e 3º, CF/88²⁴⁶), com a necessidade de aprovação na lei de diretrizes orçamentárias de alteração de lei tributária (art. 165, § 2º, CF/88²⁴⁷), com o princípio da programação orçamentária (art. 165, § 4º²⁴⁸, art. 166, §§ 3º, I e 4º²⁴⁹), com o

²⁴⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 320.

²⁴⁶ Art. 166, CF/88- Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 2º - As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional. § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III - sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

²⁴⁷ Art. 165, § 2º, CF/88 - 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.

²⁴⁸ Art. 165, § 4º, CF/88 - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

princípio do democrático e com o sistema de direitos fundamentais exposto na Constituição²⁵⁰. Desta forma, conclui que:

[...] a lei orçamentária é uma norma de conduta prospectiva, com natureza material e formal simultaneamente, pois disciplina a exigibilidade de concretização dos direitos e das atividades inseridas nas políticas públicas, bem como o modo de aplicação de recursos públicos e de implementação de tais direitos fundamentais sociais ou de políticas que estão inseridas em normas constitucionais e infraconstitucionais²⁵¹.

A polêmica em torno da natureza jurídica do orçamento assume contornos de importância prática irrefutável. Com efeito, ao reconhecer o sentido material da lei orçamentária, vêm à tona outras consequências: obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas; criação de direitos subjetivos para terceiros; revogação das leis financeiras materiais, etc.

Diante dos limites propostos neste trabalho, não será possível ingressar com profundidade nestas questões. Entrementes, à luz de um Estado voltado à efetivação dos direitos fundamentais, a teoria do orçamento enquanto lei formal e material parece estar mais adequada à conjuntura do neoconstitucionalismo.

A lei orçamentária serve de instrumento para afirmação da igualdade e liberdade, para garantia dos direitos fundamentais e para consecução da justiça. O tratamento constitucional confiado ao orçamento denota, com clareza, sua natureza formal e material, eis que determina o procedimento de elaboração do mesmo²⁵² e direciona o conteúdo jurídico que deve estar presente na lei orçamentária.

Não se deve descuidar que, a esfera de liberdade de conformação do Legislativo e do Executivo deve estar adstrita aos parâmetros e limites constitucionais²⁵³. Pode-se afirmar que, “o que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas passa a ser vinculada”²⁵⁴. Esta assertiva não significa negação do poder discricionário do administrador para as escolhas orçamentárias, já que permanece a opção

²⁴⁹ Art. 166, § 3º, CF/88 - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; (...) § 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

²⁵⁰ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 162.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 168.

²⁵² A autoridade formal do orçamento é vislumbrada no art. 166 da Constituição Federal que dispõe sobre o procedimento legislativo da lei orçamentária.

²⁵³ A Lei de Responsabilidade fiscal (LC 101/2000) também introduz vinculações, a fim de obrigar o agente político a cumprir o orçamento, não podendo contingenciar recursos, ex vi do art. 9º, §2º da LC 101/2000.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 324.

entre uma solução razoável e proporcional, mas relaciona-se à redução da margem de apreciação do gestor público em face dos limites impostos pelo constituinte.

Por isso sua natureza material. O fato de ter efeitos concretos ou abstratos não retira esta característica. A própria Constituição Federal confere ao orçamento natureza de lei, ao discorrer sobre seu procedimento legislativo, *ex vi* dos artigos 165 e 166. De fato, as leis orçamentárias, à primeira vista, são gerais e abstratas uma vez que “representam, *prima facie*, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais (...) e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração”²⁵⁵. Dito de outra maneira, o orçamento não define os devedores de tributos e os beneficiários das prestações estatais, razão pela qual visível um contorno abstrato e autônomo²⁵⁶.

Todavia, o contorno abstrato não descaracteriza a materialidade da lei orçamentária, uma vez que no momento em que o orçamento fixa despesas públicas impõe ao administrador que concretize direitos fundamentais sociais, através da realização de políticas públicas.

Cumprido ressaltar que José Afonso da Silva defendeu que o orçamento é lei em sentido material. Para o autor, a Administração deve cumprir as metas previstas na programação orçamentária e deve observar os limites impostos no orçamento. Deste modo, os gestores públicos “não podem deixar de cumprir as atividades e projetos constantes da lei do orçamento, sem razão justificativa para tanto, ou com a simples justificativa de que não eram obrigados a executá-los, porquanto a lei não lhes dá mais do que uma autorização para isso”²⁵⁷. Por isso não se aceita o argumento que sustenta que o orçamento é lei meramente autorizativa e não vinculativa.

Pensar em sentido diverso implicaria negar eficácia aos direitos fundamentais sociais. O raciocínio é simples: Se os direitos sociais não podem ser demandados na ausência de recursos para implementá-los através de políticas públicas, como, após a fixação da despesa eles não podem ser exigíveis?

Na trilha desse pensamento, entende-se que a natureza jurídica da lei orçamentária é de lei em sentido formal e material.

²⁵⁵ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 228.

²⁵⁶ Assinale-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.925/DF, relator Min. Marco Aurélio DJ 04/03/05, entendeu que a lei orçamentária pode ter contornos abstratos e autônomos.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 271-272.

4.1.2 *Princípios orçamentários no constitucionalismo contemporâneo: construindo o alicerce para elaboração, execução e controle do orçamento público*

As transformações decorrentes do constitucionalismo contemporâneo e dos influxos de valores na ciência jurídica modificaram, sobremaneira, as formas de ação do Estado perante a sociedade²⁵⁸.

A busca pela efetivação de direitos fundamentais, a urgência em concretizar políticas públicas essenciais à existência do indivíduo com dignidade, a reconstituição da justiça distributiva, a necessidade de diálogo entre os poderes, são alguns desafios enfrentados pelo Estado na atualidade.

Além disso, a percepção isolada dos acontecimentos políticos, jurídicos e econômicos não subsiste aos enredamentos da globalização. A influência de fatores externos, a interdependência entre política, economia e direito, a apreciação das condições fáticas de cada caso concreto, são aspectos indissociáveis do pensamento jurídico hodierno.

Todas essas mudanças paradigmáticas repercutiram diretamente na interpretação e aplicação dos elementos integrantes dos subsistemas jurídicos. Conforme delineado no início deste trabalho, um dos marcos importantes do constitucionalismo contemporâneo foi a normatização dos princípios e a novel percepção dos critérios distintivos entre princípios e regras.

Ao pensar no regramento constitucional do direito orçamentário, saltam aos olhos a necessidade de uma revisão dogmática dos conceitos tradicionais de “princípios orçamentários” à luz do Estado Social Democrático de Direito.

Esta constatação prescinde de maiores aprofundamentos de ordem doutrinária, isso porque como os princípios clássicos do orçamento público foram erigidos no apogeu do Estado liberal, noções arraigadas ao contexto da época e concepções ortodoxas, como as da ausência de imperatividade dos princípios, da redução do orçamento a instrumento de controle e contábil, precisam ser revisitadas, a fim de acompanhar a evolução do Estado na pós-modernidade.

²⁵⁸ “Estado e direito são realidades estreitamente ligadas, a ponto de aparecerem tradicionalmente como indissociáveis, consubstanciais uma à outra: com efeito, não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito; a especificidade do Estado enquanto forma de organização política reside no fenômeno da institucionalização do poder e essa institucionalização passa pela mediação do direito.” (CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 115).

No âmbito do orçamento público, impossível desconsiderar também que, para compreensão constitucionalmente adequada de como os poderes públicos devem elaborar, executar e controlar o orçamento, é absolutamente indeclinável examinar os princípios e regras orçamentários sob o enfoque do novo direito constitucional, de sorte a conferir efetiva proteção aos direitos fundamentais sociais.

Não se intenciona, neste momento, aprofundar todos os princípios de direito orçamentário, porém se faz necessária a atualização²⁵⁹ dos mesmos, sob o foco do neoconstitucionalismo e da teoria dos princípios.

Como se poderá perceber, vários enunciados normativos, consolidados pela doutrina pátria como princípios, segundo as premissas perseguidas neste estudo, serão enquadrados como regras. Isso porque, adotou-se o critério distintivo da estrutura normativa dos princípios, e não o caráter de fundamentalidade dos mesmos. É dizer, princípios representam deveres de otimização cujo conteúdo deve ser realizado na máxima medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes.

À guiza de ilustração, podem-se citar regras de direito orçamentário, tradicionalmente guindadas à condição de princípios, a exemplo da legalidade orçamentária, da exclusividade, da unidade²⁶⁰, da anualidade²⁶¹, da especialização²⁶², da universalidade²⁶³, da não afetação de receitas²⁶⁴, etc.

Inelutavelmente, todas essas regras são basilares para a legitimidade do orçamento público, porém não se ajustam à estrutura normativa de princípio na perspectiva de Robert Alexy.

²⁵⁹ Oportuna, portanto, manifestação de Sebastião de Sant'anna e Silva “[...] princípios não têm caráter absoluto ou dogmático, antes constituem categorias históricas e, como tais, estão sujeitos a transformações e modificações em seu conceito e significação”. (SILVA, Sebastião de Sant'anna e. *Os princípios orçamentários*. 1 ed. 2 imp. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962, p. 5).

²⁶⁰ Inicialmente, a regra da unidade preconizava a materialização do orçamento em apenas um documento. Entretanto, ao examinar a Constituição Federal de 1988 (art. 165, § 5º) percebe-se que essa regra adquiriu denotação diversa. Segundo Kiyoshi Harada “o princípio da unidade orçamentária não mais se preocupa com a unidade documental, mas com a unidade de orientação política, de sorte que os orçamentos se estruturam uniformemente, ajustando-se a um método único, vale dizer, articulando-se com o princípio da programação.” (HARADA, Kiyoshi. *Direito Tributário e Financeiro*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 88).

²⁶¹ A regra da anualidade impõe que o orçamento abranja apenas um exercício financeiro-contábil (um ano).

²⁶² Determina que o orçamento público seja discriminado ou especificado, “devendo as receitas e despesas serem autorizadas pelo Parlamento, em bloco, mas em detalhe.” (SILVA, Sebastião de Sant'anna e. op.cit., p. 40).

²⁶³ A regra da universalidade determina que todas as receitas e despesas estejam previstas na lei orçamentária. Segundo Djalma de Campos esta norma pode ser inferida do artigo 165, § 5º da Constituição Federal. (CAMPOS, Djalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 58).

²⁶⁴ Segundo esta regra nenhuma parcela da receita global poderá ser reservada ou comprometida visando ao atendimento de determinados dispêndios. Com fundamento neste preceito, busca-se eficiência da programação financeira, evitando-se eventuais sobras de recursos em programas de menor importância e falta de verbas em outros de maior prioridade. (SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium editora, 2006, p. 41).

A regra da legalidade orçamentária, por exemplo, determina que o orçamento está sujeito a exame e deliberação do Poder Legislativo, a quem compete proferir a palavra final sobre o recurso público. Por conseguinte, “não haverá orçamento válido e legítimo sem que exista, em tese, aquiescência legislativa sobre receitas e despesas públicas”²⁶⁵. Inference-se, portanto, o caráter hipotético-condicional da legalidade, ou seja, a atuação formal do legislativo no processo de decisão orçamentária será ou não cumprida, inexistindo possibilidade de aplicação em graus.

Por sua vez, as normas-princípios do orçamento público estão espalhadas em diversos dispositivos da Constituição Federal e nos textos infraconstitucionais. Malgrado o perfil instrumental clássico do orçamento, a ambiência axiológica da pós-modernidade abrange o direito financeiro e determina que escolhas orçamentárias sejam efetuadas em linha de congruência com os princípios constitucionais. O orçamento deixa de servir como instrumento contábil da economia estatal, e se translada para um meio de afirmação de valores de justiça, liberdade e igualdade.

As decisões orçamentárias, na fase de elaboração e de execução, revelam opções do Legislativo e do Executivo por determinados princípios, e, por isso, podem implicar conflitos normativos que exijam sopesamento e escolha com parâmetros racionais.

Princípios como os da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do pluralismo político, da igualdade, da eficiência, da transparência fiscal, do equilíbrio orçamentário, da economicidade, do desenvolvimento econômico, do planejamento, da programação etc., são deveres *prima facie* que devem ser ponderados pelos poderes públicos no momento da alocação do dinheiro público.

Quando a Constituição Federal de 1988 refere-se à dignidade, à cidadania e ao pluralismo político como fundamentos da República, resta claro o caráter impositivo dos mesmos, no sentido de serem realizados na maior medida possível, em todas as ações do Estado. Destarte, ao elaborar, executar ou mesmo controlar o orçamento público, necessário verificar a observância de tais princípios.

Apesar de não existir uma caracterização objetiva para dignidade, a compreensão da mesma como ponto de partida para solução de problemas concretos auxiliará o processo de escolhas orçamentárias e a garantia do mínimo existencial²⁶⁶. A cidadania fiscal ou

²⁶⁵ SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium editora, 2006, p. 33.

²⁶⁶ Na trilha deste raciocínio, assevera Ricardo Lobo Torres: “É extremamente sensível ao princípio da dignidade humana o direito orçamentário. A dignidade da pessoa humana legitima o Estado Orçamentário em diversas de suas manifestações, especialmente na alocação de recursos para as prestações positivas necessárias à garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, bem como para a otimização dos direitos sociais.” (TORRES,

orçamentária, por sua vez, deve ser apreendida no sentido amplo, que abrange além do dever constitucional de contribuir para os gastos públicos, as prestações positivas de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais e escolhas orçamentárias²⁶⁷. Ainda, o pluralismo político viabilizará “a coexistência pacífica de centros coletivos irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas, tendentes a influenciar a formação da vontade da sociedade política”²⁶⁸, legitimando, desta maneira, a política orçamentária do Estado²⁶⁹.

O princípio da igualdade tem íntima ligação com o direito financeiro-orçamentário. Isso porque, as opções por despesas devem estar fundamentadas em um tratamento igualitário. O poder público só poderá quebrar a isonomia se houver razão suficiente para tanto. Logo, o princípio da igualdade exige, *prima facie*, tratamento igual e permite tratamento desigual se for justificado por princípios contrapostos²⁷⁰.

Ademais, princípios como eficiência, transparência fiscal, economicidade, desenvolvimento, programação integram o sistema constitucional financeiro e devem conduzir a atuação da Administração Pública tanto no momento da elaboração como na execução do orçamento público.

Inevitavelmente, no momento de aplicar tais princípios pode haver colisão entre os mesmos, mas a técnica ponderativa conduzirá a solução mais adequada e racional para cada caso concreto. Em outros termos, a máxima da proporcionalidade auxiliará a alocação do dinheiro público, de maneira ótima, a fim de resguardar os valores éticos e sociais do Estado Democrático de Direito.

4.1.3 *Classificação constitucional das necessidades públicas*

O Estado Social Democrático de Direito, enquanto instituição jurídica e política organizada funcionalmente para regular a sociedade e garantir direitos fundamentais, deve

Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255).

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 235.

²⁶⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direitos Fundamentais e Contrato do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

²⁶⁹ Ricardo Lobo Torres obtempera que “Sem o pluralismo não se estabelece o jogo democrático necessário às escolhas dramáticas em regime de escassez, à afirmação processual das tributações frente ao orçamento e à resistência à predação da renda pública. Apenas no pluralismo pode garantir a correção das políticas orçamentárias.” (TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.*, p. 258)

²⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411.

absorver os valores insculpidos na Constituição Federal, com vistas à otimização do atendimento das necessidades públicas por intermédio do exercício financeiro.

Atividade financeira do Estado, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos²⁷¹, “é toda aquela marcada ou pela realização de uma receita ou pela administração do produto arrecadado ou, ainda, pela realização de um dispêndio ou investimento. É o conjunto das atividades que têm por objeto o dinheiro”.

De maneira ampla, pode-se afirmar que a procura de instrumentos, a exemplo da arrecadação de receitas, da gestão e da realização de gastos, com o escopo de satisfazer as necessidades públicas, abriga a própria atividade financeira do Estado²⁷².

Apesar da ausência de definição concreta do que constitua ‘necessidade pública’ - analisada na ciência das finanças como toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo de serviço público²⁷³ - evidencia-se a indispensabilidade de propugnar uma classificação constitucional das necessidades públicas do Estado brasileiro, a fim de instruir e limitar as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e na execução orçamentárias, com vistas à realização dos direitos fundamentais.

Com efeito, compete, de início, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, *ex vi* dos artigos 165 e 166 da *Lex Maxima*. Conseqüentemente, a escolha das necessidades-alvo é determinada pelo Executivo, ao efetuar planejamento orçamentário, somada à anuência do Legislativo ao votar e aprovar lei orçamentária. Todavia, não é desarrazoado lembrar que essas funções não são absolutas, pois encontram limites expressos ou implícitos nas normas constitucionais.

Imbricadas em um modelo de Estado Democrático de Direito, que propende, em especial, à efetivação dos direitos fundamentais, as necessidades públicas carecem de um tratamento jurídico hábil a realizar prioritariamente o interesse público²⁷⁴, representativo da vontade social da coletividade.

²⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

²⁷² Consoante as lições de Regis Fernandes Oliveira “A atividade financeira é precedida pela definição das necessidades públicas. Conhecendo-as, passam a existir três momentos distintos: a) o da obtenção de recursos; b) o de sua gestão (intermediado pelo orçamento: aplicação, exploração dos bens do Estado etc.) e c) o do gasto, com o qual se cumpre a previsão orçamentária e se satisfazem as necessidades previstas”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 65).

²⁷³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4.

²⁷⁴ Consoante Celso Antonio Bandeira de Mello, interesse público é aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61).

A rigor, a noção de ‘necessidade pública’ não pode ser determinada *a priori*²⁷⁵. É que as necessidades variam de acordo com o contexto sócio-político-econômico de cada país. Contudo, ao examinar o cenário do Estado Brasileiro, a partir das diretrizes constitucionais, é factível apontar uma razoável classificação para necessidades públicas, a fim de regradar o âmbito de atuação do poder público.

Antes, porém, impende registrar duas observações acerca da noção de “necessidade pública”.

A primeira é que não há relação direta entre ‘necessidade pública’ e a soma das necessidades individualmente consideradas. Tal assertiva reveste-se de importância, na medida em que “necessidades coletivas não são categoricamente sofridas por todos os cidadãos”²⁷⁶. Deveras, necessidades públicas são aquelas que os homens não conseguem executar sem o concurso do Estado²⁷⁷. Segundo preleções de Aliomar Baleeiro, são “necessidades que, por sua natureza, só encontram satisfação eficaz pela ação coordenada do grupo, quer seja voluntária, quer seja coativa à participação dos indivíduos que o formam”²⁷⁸.

Ao distinguir necessidade pública, utilidade pública e interesse social, para fins desapropriação, Miguel Seabra Fagundes relata que “existe necessidade pública se a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado”²⁷⁹.

Advirta-se também que ‘necessidade pública’ e necessidade do Estado nem sempre refletem a mesma coisa. Por certo, enquanto esta pode traduzir, tão somente, vontade do Estado enquanto pessoa Jurídica, aquela deve exprimir os reais interesses da sociedade.

²⁷⁵ Alberto Adeodato esclarece que “desde que o homem passa do estado de quase isolamento primitivo para a vida social, surgem novas necessidades”. (DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6).

²⁷⁶ “O caráter coletivo de uma necessidade é dado tanto pelos sujeitos que a ressentem como pelos meios utilizados para satisfazê-las. É certo que as necessidades coletivas não são necessariamente sofridas por todos os cidadãos. Basta que a coletividade se conforme com seu financiamento por todos”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5).

²⁷⁷ Importante registrar mais uma vez o escólio de Alberto Adeodato quando distingue necessidades individuais das coletivas, *in verbis*: “Nem os indivíduos nem os grupos privados poderão prover a essas necessidades que são coletivas. Diferem por completo das individuais, porque estas nascem e ficam na vida do homem isolado que se supõe isolado, como as necessidades do pão e da água. (...) A necessidade do grupo é, por exemplo, a defesa da propriedade contra ladrões. (...) O Estado intervém para regular e tornar possível a existência de atividades antagônicas; essa intervenção é feita através dos serviços públicos.” (DEODATO, Alberto. *op. cit.*, p. 6).

²⁷⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

²⁷⁹ Segundo o autor “há utilidade pública quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível. Ocorre interesse social quando Estado esteja diante dos chamados problemas sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, a uma mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 396-400).

Após estas considerações, cumpre tracejar a classificação das necessidades públicas²⁸⁰ com espeque nos preceitos constitucionais.

A leitura da Carta Magna de 1988 permite constatar diversas normas que estabelecem deveres do Estado e prioridades políticas, a exemplo dos direitos sociais à saúde e à educação, que possuem receita vinculada.

Indeclinável perceber, mormente à luz da Constituição garantista de 1988, a interligação entre necessidades públicas e direitos fundamentais sociais. É que, conforme já afirmado tais direitos dependem, em regra²⁸¹, de prestações estatais para serem concretizados.

Com arrimo na exegese do texto constitucional, a formulação do elenco das necessidades da sociedade pelos órgãos públicos deve observar a ordem de prioridades firmadas, a fim de assegurar o princípio democrático.

Destarte, é possível qualificar, didaticamente, as necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias.

As necessidades públicas primárias são aquelas indispensáveis à sobrevivência do indivíduo com dignidade²⁸². Revelam, portanto, o direito ao mínimo existencial. Ante estas necessidades, os poderes estatais não podem se esquivar sob o manto da reserva do possível e devem destinar o máximo de recursos possíveis para provê-las, sob pena de infringir a cidadania e a própria liberdade²⁸³.

²⁸⁰ Insta consignar que os livros de direito financeiro tratam da classificação de despesas públicas. Kiyoshi Harada, por exemplo, pontua cinco modalidades de classificações doutrinárias, de acordo com determinados parâmetros. Logo, ao considerar a periodicidade das despesas têm-se despesas ordinárias (constituem a rotina dos serviços públicos e são renovadas anualmente) e extraordinárias (destinadas a atender serviços em caráter esporádico); se levar em conta a competência constitucional de cada entidade política, têm-se: despesas federais, estaduais e municipais; existe também a classificação econômica, que divide as despesas em despesa-compra (realizada para compra de produtos e serviços) e despesa-transferência (cria rendimentos para os indivíduos sem qualquer contraprestações destes); pode classificar despesas públicas, por meio da lei 4.320/64, em despesas correntes e despesas de capital. Finalmente, há autores que classificam as despesas em produtivas, reprodutivas e improdutivas. (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45-47).

²⁸¹ Existem direitos sociais que não reclamam prestações estatais do Estado, como, por exemplo, o direito de associação sindical e de greve.

²⁸² Regis Fernandes de Oliveira anota a existência de necessidades intrínsecas do ser humano que o Estado não pode deixar de atender. Entretanto, o autor ressalva que “entre o ser e o dever ser há bastante distância. Entre o que deve o Estado atender, seja por definição jusnaturalista, seja por disposição positivista, e aquilo que dentro da realidade pode ele resolver, ficam os imponderáveis econômico, político e social”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 63). *Concessa venia*, no que se refere ao mínimo existencial, segundo a linha de raciocínio delineada neste trabalho, questões econômicas, políticas e sociais não podem ser opostas à satisfação mínima de direitos de sobrevivência, no caso concreto, sob pena de conspurcar a dignidade da pessoa humana.

²⁸³ “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.” (BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas*. In:

De outro lado, as necessidades públicas secundárias relacionam-se com direitos e interesses fundamentais da coletividade, não abrangidos pelo mínimo vital. Têm-se, como hipótese, direitos sociais, interesses difusos, etc.

Por fim, as necessidades públicas terciárias prendem-se aos interesses da sociedade relacionados à administração do Estado, como é o caso, por hipótese, da publicidade de programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos de determinado governo (art. 37, § 1º, CF/88).

A importância da classificação consiste na hierarquização das necessidades, no sentido de racionalizar as escolhas orçamentárias e facilitar, posteriormente, o controle judicial do orçamento. Ou seja, os gastos públicos deverão ser diretamente proporcionais ao grau de essencialidade conferido às necessidades públicas.

Pedro Germano Anjos²⁸⁴ classifica as necessidades públicas em necessidades públicas *stricto sensu*, de utilidade média e de possibilidade regrada.

Na inteligência do autor, as necessidades públicas *stricto sensu* possuem vinculação estrita com o mínimo existencial e são subdivididas em emergenciais e básicas. As necessidades básicas representam os valores sociais e as opções políticas delineadas na Lei Fundante e dirigidas a todos os entes federativos (art. 3º, 6º, 205, 215, 217, 225 a 227 e 230 da CF/88). Por outro lado, as necessidades públicas *stricto sensu* emergenciais são aquelas causadas por fatos jurídicos imprevisíveis e de conseqüências maléficas para a vida da coletividade (extrema seca, enchentes, etc)²⁸⁵.

Seguindo ainda a trilha desenvolvida pelo autor, necessidades de utilidade média relacionam-se a “fatores úteis à comunidade (...), mas que vão além do mínimo existencial”. A título de figuração, Pedro Germano Anjos, refere-se às construções de anéis rodoviários, pavimentação de ruas, reformas de prédios públicos, construção de praças, etc.²⁸⁶.

Por exclusão das demais, o autor qualifica necessidades públicas de possibilidade regrada como aquelas que a Constituição apenas permite a consecução, não resultando um dever para o Estado. Como exemplo, cita o direito à publicidade²⁸⁷.

Acerca dessa classificação, mister tecer uma consideração a fim de manter congruência com o que se defende neste trabalho.

Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006, p. 38).

²⁸⁴ ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento – Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no Cumprimento dos Direitos Fundamentais a prestações fáticas*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010, p.179.

²⁸⁵ Ibid., p. 180-185.

²⁸⁶ Ibid., p. 186.

²⁸⁷ Ibid., p. 187.

Reporta-se à amplitude conferida ao mínimo existencial. Explica-se: o autor qualifica as necessidades públicas *stricto sensu* como aquelas que guardam conexão com as condições mínimas de subsistência. Porém, concomitantemente, cita, a título de exemplo, o rol de deveres do Estado delineados nos artigos 205, 215, 217, 225 a 227 e 230 da CF/88. Se assim o é, indaga-se: Todos estes direitos representam, necessariamente, o mínimo existencial?

Observe que tamanha maximização do mínimo existencial pode acarretar conseqüências desastrosas para a atividade financeira do Estado, em decorrência da escassez dos recursos públicos, fato que inviabilizaria a concretização das necessidades públicas *stricto sensu*.

Para seguir a linha de raciocínio aqui exposta, seria imperioso subdividir as necessidades públicas *stricto sensu* em vitais, básicas e emergenciais, resguardando o direito ao mínimo existencial apenas para a necessidade pública *stricto sensu* vital.

Em razão disso, optou-se pela classificação das necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias.

Feita esta ressalva, passa-se à análise dos parâmetros constitucionais para escolhas orçamentárias.

4.1.4 *Parâmetros constitucionais para as escolhas orçamentárias*

Em face da escassez de recursos e da pluralidade de necessidades públicas, cabe ao Estado efetuar escolhas orçamentárias, estabelecendo, assim, critérios e prioridades.

No prisma dos direitos fundamentais sociais, as escolhas consistem na definição de políticas públicas, que dependem, a teor do art. 167 da Carta Magna²⁸⁸, de previsão e execução orçamentária.

Não é demais lembrar que, compete aos Poderes Legislativo e Executivo deliberarem acerca do destino e da aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, esta

²⁸⁸ Art. 167, CF/88- São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III - 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; (...).

competência não é absoluta, uma vez que encontra limites formais e materiais na Constituição.

Os limites formais atingem tanto receitas como despesas. Em derredor das ideias de Fernando Facury Scaff, as normas constitucionais tributárias da reserva legal, da anterioridade, da irretroatividade, dentre outras, funcionam como limites formais à receita, impossibilitando a retirada de recursos da sociedade sem respeitar os ditames da Lei Maior. De outro lado, os limites formais à despesa impedem que determinadas escolhas sejam discricionárias, *ex vi* dos artigos 212 e 198, § 2º, da Constituição Federal²⁸⁹.

Por sua vez, há também limites materiais aos gastos públicos, representados pela ordem de diretrizes, valores e objetivos²⁹⁰ calcados na Constituição Federal, sobretudo na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais. Para o alcance deste desiderato, revela-se indispensável reservar uma parcela do orçamento público para direitos fundamentais sociais, a fim de materializar a cidadania e viabilizar o exercício da liberdade real ou fática²⁹¹.

Constata-se, sem rodeios, que atividades legislativas e executivas em assuntos orçamentários devem estar conectadas aos direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição de recursos. Advirta-se, desde já, que será inconstitucional, por hipótese, medida de política econômica que retraia a efetividade de direitos fundamentais sociais²⁹².

É de gizar, mais um vez, que a realização das necessidades públicas envolve custos, e os recursos são finitos. Diante desta limitação, é forçoso priorizar determinadas necessidades a fim de escolher em que se aplicará o dinheiro arrecadado pelo Estado.

Com espreque nestas reflexões, propugnou-se uma classificação hierárquica, em grau de essencialidade das necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias, designadamente para racionalizar o processo de escolha orçamentária e efetivar as linhas mestras bosquejadas pelo constituinte.

²⁸⁹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

²⁹⁰ Segundo Manoel Jorge e Silva Neto: “É de conteúdo marcadamente programático os objetivos fundamentais assinalados nos incisos I/IV do art. 3º. Não obstante, tal fato, por si só, não tem o condão de, remetendo-se o comando constitucional ao plano da mera declaratividade, impossibilitar a extração de efeitos concretos das normas constitucionais com eficácia relativa complementável de princípio programático (...) já que é crescente a importância que se vem atribuindo às cláusulas de programa, máxime no que toca à constatação de efeitos de real densidade ocasionados por tais comandos.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 38).

²⁹¹ SCAFF, Fernando Facury. op.cit., p. 125.

²⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. In: *Constitucional: Leituras Complementares*, org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 289.

Não é ocioso evocar que a Administração deve tecer o planejamento orçamentário com equilíbrio e razoabilidade, no intuito de satisfazer, o máximo possível, às necessidades públicas. De logo, frise-se que a escolha da necessidade primária não afasta a necessidade terciária, tampouco a secundária, já que o Poder Público está autorizado a atender todos os tipos.

A classificação serve, no primeiro momento, apenas como parâmetro racionalizador da opção alocativa do Executivo e do Legislativo. Contudo, após a realização da escolha orçamentária, a aludida classificação facilita o controle político, social e judicial do orçamento, uma vez que podem ser exigidos aspectos de proporcionalidade e razoabilidade referentes às escolhas, evitando, pois, incoerência de gastos de acordo com as necessidades públicas.

Tanto na fase de elaboração e aprovação da lei orçamentária, quanto na execução, os órgãos estatais devem efetuar escolhas relacionadas ao orçamento com vistas à razoabilidade e à proporcionalidade²⁹³. Apesar de serem opções políticas - inventariadas no contexto social e econômico da União, Estado, Distrito Federal ou Município – resta imperioso o uso da regra da proporcionalidade, encartada na Constituição Federal, a fim de resguardar o princípio democrático.

O recurso a exemplo clarifica a questão. A alocação de dinheiro público sob a rubrica ‘publicidade institucional’ ou ‘publicidade de utilidade pública’, emoldurada como necessidade pública terciária, não pode ser equiparada ou majorada em relação à dotação orçamentária destinada às necessidades públicas primárias. De ver-se, portanto, que a discricionariedade é regradada pela proporcionalidade, que viabiliza transparência, equilíbrio e moralidade na Administração Pública.

Nesta trilha, Ana Paula de Barcellos pondera que “as escolhas orçamentárias recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”²⁹⁴. Assim, as opções das despesas públicas relacionadas a direitos fundamentais não estão na esfera discricionária do administrador, que deve direcionar as decisões de alocação de recursos tendo em mira a garantia dos direitos sociais.

²⁹³ Ana Carolina Lopes Olsen pontua que “os próprios poderes públicos (leia-se Executivo e Legislativo) deverão se valer do método da ponderação a fim de pautar suas escolhas alocativas de recursos, de forma racional: por quais razões um determinado bem jurídico tem um peso maior que justifique a alocação de recursos para sua satisfação em detrimento de outros?” (LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 196).

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006.

Por óbvio, não é constitucionalmente legítimo admitir absoluta margem de liberdade dos gestores públicos para escolhas orçamentárias, visto que muitas delas já estão indicadas no texto constitucional, cuja força vinculante exige uma maximização da atuação das autoridades administrativas²⁹⁵.

Ainda que não se adote a classificação entabulada como parâmetro, mister rememorar que a *Lex Maxima* determinou vinculação da dotação do orçamento para consagrar direitos à saúde e à educação. Evidentemente, os direitos à saúde e à educação devem ser priorizados pelo Estado, vez que são *conditio sine qua non* para a cidadania, compreendida, segundo as lições de Manoel Jorge e Silva Neto, em sentido amplo²⁹⁶.

A história brasileira tem demonstrado uma progressiva vinculação de recursos à consecução dos direitos fundamentais, uma vez que o texto originário da Constituição da República previa, apenas, aplicação de percentual mínimo para o setor da educação, enquanto, a Emenda Constitucional n. 29 estendeu esta vinculação ao setor da saúde. Atualmente, há duas propostas de Emendas Constitucionais, PEC's 60/05 e 280/08, que ampliam a vinculação orçamentária aos setores de segurança e moradia, respectivamente²⁹⁷.

Tal fato denota uma confissão antecipada da incapacidade de dar ao orçamento as finalidades públicas que ele deveria ter. Por isso, é urgente o resgate do orçamento a fim de torná-lo, segundo o escólio de Gustavo Amaral, o que ele deveria ser: “o momento máximo da cidadania, em que as escolhas públicas são feitas e controladas”²⁹⁸.

Repise-se que a nova interpretação constitucional, consagrada no contexto do pós-positivismo, exige a máxima efetivação dos princípios e regras constitucionais por todos os Poderes do Estado. Desta maneira, é indispensável observar os postulados hermenêuticos, como a supremacia da Constituição, a máxima efetividade, etc., no momento da destinação do orçamento pelos poderes públicos.

É cediço que a meta e o alcance do bem-estar e justiça social, preconizados na Carta de Direitos, através da garantia dos direitos sociais por intermédio do Estado, devem

²⁹⁵ Corroborando essa afirmação, Fernando Facury Scaff preconiza: “(...) não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia”. (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124).

²⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5 ed. p. 266.

²⁹⁷ Registre-se que esta pesquisa foi realizada no período entre março de 2009 a julho de 2010.

²⁹⁸ AMARAL, Gustavo. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 108.

balizar as escolhas dos governantes e gestores. Não podem, neste contexto, os gestores, lançar mão do princípio da discricionariedade administrativa ou escolhas governamentais, sob o pálio da procuração popular outorgada através do voto. Corroborando tal entendimento, ensina Robert Alexy que “em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.²⁹⁹

Nesta ordem de ideias, afigura-se como parâmetro constitucional a classificação das necessidades públicas de acordo com os delineamentos constitucionais, com aplicação necessária da regra da proporcionalidade no momento da elaboração e execução de escolhas orçamentárias.

Pensar de maneira diversa incorre no risco de galvanização da Lei Fundante do Estado Democrático de Direito.

4.2 Políticas públicas no contexto atual

4.2.1 O relacionamento entre política pública, direito fundamental social e Constituição Orçamentária no Estado Democrático de Direito

Antes de discorrer sobre aspectos específicos das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro, mister harmonizar a forma de gerenciamento do Estado, através dos programas governamentais, com o princípio democrático.

O artigo 1º da Magna Carta de 1988 é paradigmático ao afirmar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (Estado de Direito e de Justiça Social). É dizer: além de se organizar juridicamente como Estado de Direito, do ponto de vista formal e material, o Brasil adotou no regime político o princípio democrático, que,

²⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450.

nos termos da Constituição, tem a obrigação de garantir, dentre outros aspectos, máxima eficácia dos direitos fundamentais³⁰⁰.

Desta assertiva, infere-se uma multiplicidade de valores que devem ser irradiados sobre o ordenamento jurídico brasileiro, como soberania popular, participação do povo no poder, justiça social e distributiva, solidariedade, igualdade substancial, etc.

Inelutavelmente, consiste em função precípua do Estado Democrático a busca sucessiva de realização dos direitos fundamentais³⁰¹. Além de todos os direitos sociais elencados ao longo da Constituição, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, dentre outros, configuram objetivos fundamentais insertos no artigo 3º da *Lex Maxima*, considerados por Gilberto Bercovici como “cláusula transformadora” da Constituição, ou seja, normas que explicitam o contraste entre realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la³⁰². Pode-se afirmar que o próprio teor do artigo 3º ordena a criação de políticas públicas.

A concepção etimológica de “democracia” centra-se na idéia de “poder do povo”. Entretanto, nas trilhas do constitucionalismo contemporâneo, a acepção de democracia transpõe o conceito político e estático, consagrando-se em um processo de afirmação popular e de garantia dos direitos fundamentais que os cidadãos vão conquistando no percurso da história³⁰³.

A Constituição Cidadã de 1988 resguarda em seus dispositivos um Estado substancialmente democrático de Direito, que colime como finalidade o interesse público³⁰⁴.

³⁰⁰ Seguindo os escólios de Celso Antônio Bandeira de Mello tem-se que “as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer e de não fazer”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.54).

³⁰¹ “Os direitos humanos fundamentais desenvolvem-se nas dimensões da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, elementos vitais para sua efetividade. Tais direitos devem ser considerados sob 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”. (SARMENTO, George. *Ética, direitos humanos e constitucionalismo*. *Direitos e Deveres*, ano 02, n.º 05, jul-dez/1999. Maceió, p. 89).

³⁰² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

³⁰⁴ A disparidade clássica entre democracia formal e substancial, difundida na linguagem política contemporânea, é elucidada da seguinte maneira: [...] é necessário reconhecer que nas duas expressões “Democracia formal” e “Democracia substancial”, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os

Todavia, para a consolidação da democracia material é indispensável, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] que os cidadãos tenham não só uma consciência clara, interiorizada e reivindicativa deste título jurídico político que se lhes afirma constitucionalmente reconhecido como direito inalienável, mas que disponham das condições indispensáveis para poderem fazê-lo valer de fato. Entre estas condições estão, não apenas (a) as de desfrutar de um padrão econômico-social acima da mera subsistência (sem o que seria vã qualquer expectativa de que suas preocupações transcendam as da mera rotina da sobrevivência imediata), mas também, as de efetivo acesso (b) à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (c) à informação, mediante o pluralismo de fontes diversificadas (para não serem facilmente manipuláveis pelos detentores dos veículos de comunicação de massa)³⁰⁵. (grifo no original)

As exigências teóricas para implementação da real vivência democrática, não impedem, absolutamente, que o Estado, através das funções Executiva, Legislativa e Judiciária, opere no sentido de garantir, preferencialmente, o interesse do povo, detentor exclusivo do poder conferido pelo constituinte originário.

Destarte, a elaboração e execução das ações governamentais, através de políticas públicas, precisam utilizar como referencial o princípio do Estado Democrático, e, a partir daí, vislumbrar, antes de tudo, a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de transgredir o regime constitucional e configurar exercício ilegítimo do poder.

Especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais, verifica-se um forte elo com políticas públicas, pois dependem, em regra, da criação de condições materiais para serem, progressivamente, realizados. Sobremais, para o alcance deste desiderato, necessário alocar recursos orçamentários, fato que denota o relacionamento em cadeia entre direitos fundamentais sociais, políticas públicas e Constituição Orçamentária. O desequilíbrio financeiro-orçamentário, por exemplo, repercute diretamente, de maneira negativa, na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Não se pode olvidar que é no orçamento que reside o local para concretização das decisões políticas da comunidade. Por meio do orçamento, viabiliza-se a transparência, a garantia da forma democrática de realização das escolhas de políticas públicas e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A legitimidade do exercício do poder público deve estar vinculada ao princípio democrático, corolário do consenso através da formação discursiva e da vontade dos cidadãos,

alcançar. (BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 329).

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p. 53-63, outubro/2008, p. 56.

representada pelo exercício harmônico e independente dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com lastro nestes argumentos, necessário inculcar nos representantes públicos a consciência de que o exercício do poder que lhes é delegado, na perspectiva de um Estado Democrático, tem por escopo o atendimento do interesse público e a proteção dos direitos fundamentais, sob pena de controle, por exercício ilegítimo do poder.

4.2.2 A influência normativo-constitucional no conceito jurídico de políticas públicas

Um dos debates que ainda perturba o cenário jurídico pátrio é a busca de uma definição de políticas públicas em consonância com o contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Apesar da multivocidade de significados das políticas públicas - analisadas na ciência política e na Administração Pública como instrumentos utilizados, discricionariamente, pelo Estado para implementação de determinados objetivos - evidencia-se a necessidade de esquematizar, juridicamente, seu conceito como meio de instruir os Poderes Executivo e Legislativo na formação de ações governamentais que almejem concretizar, *prima facie*, direitos fundamentais.

Consoante escólio de Maria Goretti Dal Bosco, “as definições das políticas públicas relacionam-se com o perfil institucional que cada Estado desenha para si, através de seu ordemanento”³⁰⁶. Imbricadas em um Estado Social Democrático de Direito, que propende, em especial, à efetivação dos direitos fundamentais, as políticas públicas carecem de um tratamento jurídico hábil a realizar, prioritariamente, o interesse público primário - representativo da vontade social da coletividade - e a democracia substancial.

A pluralidade de significados conferida às políticas públicas é evidente. No Brasil, há quem identifique o fenômeno a um programa de ação governamental, outros a uma atividade administrativa, ou ainda a uma categoria normativa, ou a um conjunto de processos juridicamente regulados, etc.

³⁰⁶ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionabilidade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá editora, 2008, p. 248.

A título ilustrativo, Fábio Konder Comparato³⁰⁷ explica que “a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Por sua vez Maria Paula Dallari Bucci formulou a seguinte proposição para políticas públicas, *in litteris*:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados³⁰⁸.

Ainda em torno do conceito, Américo Bedê Freire Júnior³⁰⁹ obtempera que “a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”. Por outro lado, Cláudio Gonçalves Couto³¹⁰ adverte que “é política pública tudo aquilo que o Estado gera como resultado de seu funcionamento ordinário”.

Delimitar o conceito jurídico de políticas públicas não é tarefa fácil, mormente quando se vislumbra na experiência fática nítida dissonância entre o dever-ser e o ser do termo, diante do contexto social em que está inserido. A percepção aqui ilustrada decorre da tentativa de unificar a pluralidade de realidades em que o fenômeno é observado.

Sinteticamente, pode-se afirmar que o núcleo das políticas públicas reside no interesse público. Entretanto, isto não afasta a pluralidade de definições do fenômeno, mesmo porque interesse público é um topos, que apenas direcionará a linha de argumentação da elaboração e execução de determinadas políticas públicas pelos poderes estatais. Na verdade, esta redução serve como vetor para a elaboração de um conceito jurídico que satisfaça as exigências sociais.

As políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado devem representar o resultado do interesse público, sob pena de agredir frontalmente as bases do Estado Social Democrático de Direito e os valores constitucionais.

³⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 737, p. 11-22, março 1997.

³⁰⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

³⁰⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

³¹⁰ COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99.

Conforme sublinhado alhures, o Estado Democrático de Direito surge para garantir, através de prestações positivas, o bem estar social. Esta premissa é seminal para a compreensão das políticas públicas.

No conhecimento ordinário caracterizam-se como políticas públicas as ações do governo voltadas às satisfações das necessidades da sociedade. Ocorre que esta concepção é muito abstrata e não delinea, com clareza, a forma de elaboração e execução do fenômeno em questão.

Antes de desenvolver a definição de políticas públicas é válido sublinhar que a ciência jurídica é permeada pela política (*policy*), designada por Ronald Dworkin como:

[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)³¹¹.

Há, realmente, profunda relação entre a atividade Estatal de escolha prévia, a de implementação futura das políticas públicas e a observância das normas insertas na Lei Maior. Importa lembrar que todos os princípios e objetivos constitucionais são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado. Desta maneira, é mister uma compreensão das políticas públicas como categoria jurídica a fim de concretizar os direitos fundamentais sociais.

A definição de políticas públicas como fenômeno relacionado ao universo jurídico é corolário do movimento pós-positivista de integração do direito com a política, moral, ética, sociologia, economia, etc.

Desta maneira, políticas públicas possuem natureza jurídica mista, por serem concebidas como fenômeno político e jurídico, concomitantemente. Em sentido distinto, argumenta Maria Paula Dallari Bucci:

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico³¹².

Com efeito, só faz sentido falar de políticas públicas se estiverem associadas a um arsenal de garantias definidas pelo Ordenamento Jurídico. Inúmeras normas constitucionais, bem como leis infraconstitucionais impõem ao Estado a construção de políticas públicas.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

³¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

Ressalte-se que essa abordagem abrange tanto políticas de Estado como de Governo, também analisadas sob a perspectiva da filtragem constitucional e da garantia de direitos. Sobre a distinção entre política de Estado e política de Governo, tem-se que:

Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado. Dentro desse quadro, pode-se afirmar, ainda, que uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de proteção e promoção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo³¹³.

Certamente, os custos com políticas públicas são altos e, nem sempre, o Estado tem capacidade financeira para supri-los. No entanto, os órgãos do Legislativo e do Executivo, que elaboram e executam as políticas públicas, devem ponderar os valores constitucionais no momento da formação e da implementação das multitudes políticas. Não se quer aqui defender direitos fundamentais absolutos, porém, pretende-se a adoção da máxima da proporcionalidade para garantia do mínimo existencial.

Seguindo esta linha de raciocínio, Maria Paula Dallari Bucci destaca que “as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”³¹⁴.

Não se pode negligenciar que o fundamento das políticas públicas, associado à essência de interesse público, aludida adrede, vincula-se à necessidade de concretização de direitos fundamentais por meio de prestações positivas do Estado. Quanto maior for a textura protetora de direitos através de políticas públicas eficazes, maior será o desenvolvimento do Estado Democrático.

Sobretudo o que se deve acrescentar a estas reflexões é a real compreensão do papel do Estado, enquanto agente promotor e protetor de direitos. Considerando o princípio democrático, o novo estágio do constitucionalismo e as premissas aqui aventadas, conceitua-se política pública como um fenômeno vinculado ao interesse público, de natureza político-jurídica, elaborado, planejado ou executado pelo Estado através de um conjunto de atos tendentes à realização de objetivos socialmente relevantes insculpidos na Carta Maior, com

³¹³ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção aos direitos humanos. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 235.

³¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264.

vistas à concretização dos direitos fundamentais e à consolidação do Estado Democrático de Direito.

4.2.3 *A implementação das políticas públicas no Estado do desenvolvimento para o bem-estar social*

Em um contexto de profundo dismantelamento do Estado interventor, e de ascensão do pensamento neoliberal, pensar no Estado como agente produtor-realizador de políticas públicas é um desafio enfrentado pelos Estados Sociais Democráticos da contemporaneidade, a exemplo do Brasil.

Ainda que se vislumbre certa incongruência com o contexto neoliberal globalizado, não se pode ignorar que sociedades economicamente deficitárias e semiperiféricas, qual ocorre com o Brasil, não acompanham com a mesma intensidade a política econômica de países desenvolvidos.

A forma de ingerência estatal na sociedade relaciona-se com o perfil inscrito na Constituição de cada Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988, por exemplo, não permite que a visão neoliberal seja implementada de maneira absoluta na economia, sob pena de desvirtuar valores constitucionais basilares do Estado Democrático, destinados a assegurar, entre outros, o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade.

Registre-se, todavia, que, independentemente do tipo de política governamental adotado, em qualquer Estado Democrático, é de fundamental importância a existência de um arcabouço jurídico-legal-institucional capaz de permitir o controle e a implementação das políticas públicas³¹⁵. Portanto, mesmo nos Estados neoliberais democráticos deve haver uma estrutura mínima para elaboração das políticas indispensáveis à existência do ser humano.

Feita esta ressalva, importa apreender com clareza a concepção de Estado dualista do desenvolvimento e bem-estar adotada pelo Brasil, a fim alcançar o delineamento das formas de produção de políticas públicas e demonstrar a importância da eficiência de seus resultados para legitimar o poder interventor da Administração Pública.

³¹⁵ GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.

Quando a Constituição ordena a garantia do desenvolvimento nacional, como objetivo fundamental da República (art. 3º, II)³¹⁶, infere-se que o Estado deve efetuar todas as medidas necessárias para elevar o nível social, econômico e cultural da sociedade.

Não obstante a complexidade para fixar um conceito para desenvolvimento, com espeque nas lições de Eros Roberto Grau, infere-se que o referido fenômeno agrega tanto aspectos econômicos (quantitativos), quanto aspectos sociais (qualitativos). Diante disto, “a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente”³¹⁷.

Armatya Sen, em obra fundamental para compreender a concepção adequada de desenvolvimento, preconiza que “o desenvolvimento tem que estar relacionado, sobretudo, com a melhoria de vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”³¹⁸. Logo, deve-se enxergar além do crescimento econômico (aspecto quantitativo) e perceber que o exercício da liberdade fática³¹⁹ ou, na perspectiva de Armatya Sen, a possibilidade de desempenhar as capacidades humanas³²⁰, também é reflexo do desenvolvimento (aspecto qualitativo). Observe que esta liberdade será concretizada por meio da realização de políticas públicas.

Diante do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo, indefectível reconhecer que o ser humano deve ocupar o centro do processo de desenvolvimento e ser principal beneficiário deste. Assim, o objetivo do desenvolvimento se traduz na plena realização do homem, em vez de apenas a multiplicação de bens.

Bem por isso, propugna-se um Estado do desenvolvimento para o bem-estar social. Ou seja, Estado que intervém na economia e na sociedade para realizar a justiça social, regulando tanto a produção quanto a distribuição dela.

Segundo Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho a noção de bem-estar deve estar relacionada aos direitos sociais, “cujo objetivo é dotar o ser humano das condições materiais e espirituais mínimas necessárias ao exercício das suas liberdades e de uma vida digna”³²¹.

³¹⁶ Além do art. 3º, II, o direito ao desenvolvimento está inscrito no art. 174, § 1º (princípio geral da atividade econômica), no art. 192 (diretriz do sistema financeiro nacional) e no Preâmbulo da Constituição Federal.

³¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 234.

³¹⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 8ª reimpressão. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 29.

³¹⁹ Os direitos fundamentais sociais asseguram a liberdade fática. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³²⁰ SEN, Amartya. op.cit., p.32.

³²¹ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. *Jurisdição no Estado do bem-estar e do desenvolvimento*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

Deste modo, constata-se que o bem-estar social³²² também será concretizado por meio de políticas públicas.

Como exemplo típico de política pública assistencialista, voltada para o bem-estar social, pode-se citar o programa “Fome Zero”, impulsionado pelo governo federal desde 2003, para assegurar o direito fundamental à alimentação adequada a todos que tenham dificuldade de manutenção da subsistência³²³.

Exatamente no contexto de um Estado Democrático de desenvolvimento para o bem-estar social, é que se devem demarcar as formas de implementação das políticas públicas no Brasil.

Os gestores públicos precisam incorporar na função de governo os princípios e os valores delineados pelo constituinte originário, para, deste modo, efetuar escolhas racionais e adequadas ao perfil do Estado Democrático.

Na realidade, há um processo para implementação de políticas públicas, composto pelas seguintes fases: formação, execução, avaliação e controle. Cumpre esclarecer que estas fases não são independentes, por se verificar um processo de retroalimentação entre as mesmas. A avaliação, por exemplo, não é feita necessariamente ao final, mas no curso da execução³²⁴. Entretanto, de maneira genérica e didática pode-se identificar estas quatro fases.

Explica-se. Inicialmente, necessário diagnosticar as necessidades públicas do estado ou do município a fim de definir a escolha das prioridades e os meios mais adequados para atingir os fins estabelecidos na Lei Maior. Para tanto, efetua-se o planejamento das ações que serão implantadas, a fim de estabelecer a previsão de financiamento da política, mesmo porque a destinação de recursos é indispensável à contratação de pessoal, à oferta de serviços, etc. Esta fase da formação compreende, portanto, a identificação dos problemas a serem tratados, assim como a proposição de soluções a partir de estudos multidisciplinares e do planejamento orçamentário.

³²² O Direito ao bem-estar está previsto tanto no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 como no art. 25 da Declaração Universal dos direitos do homem de 1948, *in litteris*: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

³²³ Em consulta ao site oficial do governo contata-se que o programa fome zero é uma estratégia impulsionada pelo governo federal para assegurar o direito humano à alimentação adequada às pessoas com dificuldades de acesso aos alimentos. Tal estratégia se insere na promoção da segurança alimentar e nutricional buscando a inclusão social e a conquista da cidadania da população mais vulnerável à fome. (Disponível em <http://www.fomezero.gov.br>. Acesso em 25 de junho de 2010).

³²⁴ MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

Impende sublinhar que o objeto da política pública é definido na formulação. Esta fase é extremamente importante, eis que quanto mais se conhece este objeto, maior a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental. Para tanto, deve haver alto grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos, especialmente quando as prestações do Estado dependerem de sistemas complexos de estruturas organizacionais, de recursos financeiros, etc. Bem por isso, Maria Paula Dallari Bucci destaca:

Conhecer, portanto, os princípios jurídicos da Administração Pública, os condicionamentos legais à contratação de funcionários ou serviços, as formas de organização jurídica da Administração direta e indireta, além dos dados materiais geridos pela Administração em seu cotidiano, são operações que necessariamente fazem parte do processo de formulação da política pública³²⁵.

Seguidamente, implementa-se a política pública. Nesta fase, devem-se observar princípios e diretrizes constitucionais, prazos e metas elaborados no momento da formulação da política.

Sobrevindo esta fase avaliam-se os resultados obtidos a fim de verificar se o objetivo foi realmente alcançado. A avaliação pode ser feita por vários métodos a fim de examinar o impacto da política, aferir a adequação dos meios aos fins e fornecer elementos para o controle.

Por fim, efetua-se controle interno e externo social e jurisdicional da eficiência, da transparência, da moralidade, etc.

Visualiza-se, mais uma vez, a interligação entre políticas públicas, planejamento e orçamento. Sem planejamento e sem recursos financeiros, a implementação da política pública torna-se inviável. Sufrangando este entendimento, assim se pronuncia José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. 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.³²⁶

Vê-se, portanto, que se houver um planejamento racional, coerente com os princípios constitucionais e que expresse as aspirações da sociedade, e um orçamento

³²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, 249-250.

³²⁶ 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*. 1 ed. 5 tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p.132-133.

elaborado com razoabilidade e proporcionalidade a partir deste planejamento, a concretização das políticas públicas será viável e estará em consonância com o Estado do desenvolvimento para o bem-estar.

Neste ambiente, o componente democrático, a partir da efetiva participação dos cidadãos, é fundamental em todas as etapas das políticas públicas, desde a formação até o controle. É da multiplicidade de opiniões e de interesses da sociedade que será elaborado o planejamento geral dos recursos públicos, direcionando os investimentos para setores priorizados pela própria comunidade. Somente assim, será legítima a escolha para construção de determinada política pública em detrimento de outra no Estado Democrático.

4.3 Alguns desafios do sistema constitucional orçamentário no ordenamento jurídico pátrio

4.3.1 A disciplina jurídica das leis orçamentárias na Constituição Cidadã de 1988: a importância do planejamento para efetivação dos direitos fundamentais sociais

Para compreender os desafios enfrentados pelo orçamento público no ordenamento jurídico pátrio, para se amoldar às exigências formais e materiais da Constituição de 1988, faz-se necessária a descrição, ainda que sumária, do modo de elaborar, aprovar e executar o orçamento no Brasil.

Antes, porém, insta destacar que, desde a promulgação da lei 4.320 de 1964 adotou-se no Brasil a técnica do Orçamento-programa³²⁷, pela qual exige-se o planejamento da ação do governo, através da identificação dos seus programas de trabalho, projetos e

³²⁷ A definição de orçamento adotada no art. 2º da lei 4.320/64 corresponde ao conceito de orçamento-programa, cuja principal característica é a definição do orçamento como programa ou instrumento de planejamento, senão veja-se: “A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”. (BRASIL. Lei n. 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para Elaboração e Controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal). Sobre o tema conferir (SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 2-4).

atividades, além do estabelecimento de objetivos e metas a serem implementados, bem como a previsão dos custos³²⁸.

A técnica do orçamento-programa culminou mais decisivamente com a Constituição Orçamentária de 1988, ao prever três espécies de leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual), com características distintas, mas todas vinculadas a propósitos comuns de planejamento (art. 165, CF/88). O artigo 164, § 4º da *Lex Maxima* revela o critério funcional-programático do orçamento ao determinar que “os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”.

Além de vincular o legislador à autorização de despesas por vários anos, o orçamento-programa possibilita transparência e eficiência no planejamento do governo. Desta maneira, esta técnica viabiliza maior controle da alocação de recursos públicos e realização progressiva dos objetivos fundamentais determinados pelo constituinte.

Um desdobramento do orçamento-programa é, sem dúvida, a lei do plano plurianual, peça fundamental para o planejamento financeiro, pois estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital³²⁹ e outras delas decorrente e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, CF/88).

Todo investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro deve constar no plano plurianual sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, § 1º, CF/88). Observe

³²⁸ James Giacomoni relata que o modelo de orçamento-programa foi extraído “da experiência federal americana obtida com a implantação do Orçamento de Desempenho (*performance budge*), sistema pioneiramente experimentado durante a Segunda Guerra mundial e recomendado pela Primeira (1949) e pela Segunda Comissão Hoover (1955) para adoção por todo o serviço público. No final dos anos 50 e início dos anos 60, a ONU, por meio de seus diversos organismos, inclusive a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), patrocinou intensa programação de reuniões e debates das novas propostas visando a sua assimilação pelas equipes de orçamento dos países-membros”. (GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 154)

³²⁹ Regis Fernandes de Oliveira ensina que “despesas de capital constituem-se nos investimentos, nas inversões financeiras e nas transferências de capital (art. 12 da lei 4.320/64). Os investimentos são as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento de capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro (art. 12, §4º da lei 4.320/64). As inversões financeiras destinam-se à aquisição de imóveis ou de bens de capital já em utilização, à aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital, e à constituição ou aumento de capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros (art. 12, §5º da lei 4.320/64). De outro lado, transferências de capital são as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, constituindo-se em auxílios ou contribuições”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 338).

que a lei do plano plurianual conta com prazo de vigência mais longo (quatro anos), justamente para permitir que haja equilíbrio nos rumos traçados nos programas nacionais, regionais e setoriais do país.

Com efeito, uma das funções do plano plurianual, juntamente com o orçamento fiscal e o orçamento de investimento das estatais, é reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo critério do número da população (art. 165, §7º, CF/88).

Nessa seara, a importância do plano plurianual exsurge em razão da instabilidade econômica conjeturada no orçamento anual, que não consegue suprir inúmeras macro-necessidades públicas da sociedade.

Para Cesar Sabbag, o plano plurianual “é o componente superior da estratégia de planejamento em longo prazo e se destina a formular grandes diretrizes para as finanças públicas do Estado, orientando ações executivas voltadas à promoção do bem-estar social e progresso econômico”³³⁰.

Por seu turno, a lei de diretrizes orçamentárias, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Carta de 1988, prevê metas e prioridades da administração pública federal, incluindo despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Além disso, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento (art. 165, §2º, CF/88).

Sublinhe-se que a lei de responsabilidade fiscal (LC n.101/2000) ampliou o objeto da lei de diretrizes orçamentárias ao determinar no art. 4º que o administrador disponha sobre equilíbrio de receitas e despesas³³¹, critérios e forma de limitação de empenho³³², normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos do orçamento e demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas.

³³⁰ SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium editora, 2006, p. 49.

³³¹ Apesar de a ideia de equilíbrio das finanças públicas ser própria do Estado Liberal, em que a equivalência entre receita e despesa era regra de ouro, a mudança da conjuntura estatal modificou esse cariz. Com a derrocada das idéias de Keynes, que admitia o endividamento desarrazado do Estado em busca do crescimento econômico, deve-se compreender equilíbrio orçamentário como um instrumento a serviço do desenvolvimento nacional. (HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 86). Pode-se afirmar que, equilíbrio financeiro é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com os condicionamentos econômicos, sociais, jurídicos, etc. Bem por isso, pode ser ponderado.

³³² Empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição (art. 58, da lei 4.320/64). Regis Fernandes Oliveira esclarece que “o que se veda, na verdade, não é o pagamento que decorre do empenho, mas a assunção de novas obrigações, não se podendo realizar operações de crédito que ultrapassem o limite do possível, em face das disponibilidades orçamentárias. Os critérios exigidos são para o contingenciamento (congelamento) de dotações”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 341).

Outra exigência da LC n. 101/2000 para a lei de diretrizes orçamentárias é a elaboração de Anexo de Metas fiscais. O anexo estabelecerá as metas anuais relativas a receitas e despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes (art. 4º, §1º)³³³. Apesar de não existir esta regra, parece sensato defender que, além do anexo de metas fiscais, o Poder Executivo elaborasse um demonstrativo das metas sociais, a fim de informar as políticas públicas escolhidas, as áreas de investimento priorizadas. Desta maneira, facilitaria o controle político, social e jurisdicional das políticas públicas e daria maior transparência à gestão dos recursos financeiros.

Finalmente, a lei orçamentária anual materializa a execução do planejamento do Estado para um exercício financeiro. Registre-se que o orçamento anual deve ser compatível com as diretrizes orçamentárias, que devem corresponder às formulações do plano plurianual.

Segundo a Constituição Federal de 1988, a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal (relativo a receitas e despesas) referente aos Poderes da União, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 165, § 5º, I); o de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º, II); e o da seguridade social (art. 165, § 5º, III).

No que concerne ao processo legislativo orçamentário, insta sublinhar que as três leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo de cada ente federado, nas respectivas esferas de governo. A Carta Magna é clara ao conferir poder de iniciativa exclusiva ao Presidente da República (art. 84, XIII), a ele incumbindo “enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento”. Em virtude do princípio do standard federativo, que estabelece a necessidade de o poder decorrente dos Estados guardar simetria com o modelo constitucional Federal, a iniciativa para proposta de apresentação dos projetos de leis orçamentárias do Estado e do Município será do governador e do prefeito, respectivamente.

Seguindo as normas constitucionais, os projetos das leis orçamentárias deverão ser apreciados pelas duas casas do Congresso Nacional, cabendo a uma comissão mista permanente de deputados e senadores examinar e emitir parecer sobre os projetos e sobre as

³³³ “Por resultado primário entende-se a diferença entre receita e despesa, excluídos juros e o principal da dívida, tanto pagos como recebidos. O resultado nominal é a diferença de todas as receitas e despesas. Assim, para obtenção do resultado primário, apura-se o quanto ingressou de receita, a qualquer título, e abatem-se eventuais operações de crédito, restos a pagar, receitas obtidas com aplicações financeiras e despesas empenhadas”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 342).

contas apresentadas, anualmente, pelo Presidente da República, além de examinar e emitir parecer sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais (art. 166, caput e §1º, CF/88).

Após a aprovação dos projetos referentes aos orçamentos, o processo legislativo seguirá o rito comum, sendo remetidos para sanção ou veto do Presidente da República e para posterior promulgação dos mesmos.

Vislumbrados os atos de elaboração e aprovação do orçamento, passa-se, então, para a fase de execução, “em que se dá o implemento dos atos tendentes à operacionalização e ao cumprimento dos programas previstos nas leis orçamentárias, voltados à satisfação das necessidades coletivas, e, em última análise, à consecução dos fins últimos do Estado”³³⁴.

A titularidade da gestão do orçamento também é conferida ao Executivo. Assim, para o orçamento da União, por exemplo, compete ao Presidente da República o cumprimento do planejamento e a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais, através do registro de créditos e das respectivas dotações orçamentárias³³⁵ destinadas ao implemento de políticas públicas.

De igual modo, não será aprofundado neste trabalho o processo de execução orçamentária, mas convém registrar algumas considerações necessárias sobre mecanismos auxiliares de governabilidade, que conferem grande margem de discricionariedade ao Chefe do Executivo, na medida em que, devido a ocorrência de situações não previstas no momento da elaboração do orçamento, permitem que dotações aprovadas pelo Legislativo sejam alteradas.

Note que o delineamento jurídico-constitucional destes mecanismos é de extrema relevância para eficiência e adequação do controle interno e externo da execução do orçamento. Nesse passo, destacam-se três mecanismos que flexibilizam o orçamento público: créditos adicionais, reserva de contingência e contingenciamento.

³³⁴ DALLAVERDE, Alessandra Katia. *A titularidade exercida pelo Poder Executivo sobre a gestão das finanças públicas e o desequilíbrio causado no quadro da separação dos poderes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 91.

³³⁵ A lei orçamentária é organizada na forma de créditos orçamentários, aos quais estão consignadas dotações. Convém ressaltar que as expressões crédito orçamentário e dotação orçamentária não são sinônimas. James Giacomoni é claro ao distingui-las, ao explicar que crédito orçamentário “é constituído pelo conjunto de categorias classificatórias e contas que especificam as ações e operações autorizadas pela lei orçamentária”. Por sua vez, a cada crédito orçamentário corresponde determinada dotação, que representa o volume de recursos financeiros destinados ao programa governamental a que se refere. (GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 264). Somente após o registro dos créditos orçamentário e das respectivas dotações, passa-se à fase de execução dos programas e ações contemplados.

Créditos adicionais constituem o principal instrumento de retificação do programa aprovado pelo Congresso Nacional. Há três modalidades de créditos adicionais³³⁶: créditos destinados para reforçar dotações consideradas insuficientes no curso da execução (créditos suplementares); créditos abertos para o atendimento de despesas sem previsão no orçamento (créditos especiais); e créditos para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (créditos extraordinários³³⁷).

Malgrado representem instrumentos de flexibilidade da lei orçamentária conferidos ao Executivo, a Constituição veda expressamente, por meio do artigo 167, V, a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes³³⁸.

Insta asseverar que a abertura de créditos especiais e suplementares depende da existência de recursos financeiros disponíveis, assim como de justificação prévia³³⁹.

Em contrapartida, créditos extraordinários podem ser abertos por medida provisória (artigos 62, §1º, I, d e 167, §3º, CF/88³⁴⁰) e independem da indicação de recursos disponíveis, na medida em que visam atender situações excepcionais (despesas urgentes e imprevistas), que precisam ser solucionadas com urgência.

É de gizar que tanto a Carta da República quanto a lei 4.320/64 estabeleceram limites formais e materiais para abertura dos créditos adicionais, fato que restringe o poder de conformação do Executivo quando precisa alterar a lei do orçamento. Com efeito, “não basta o cumprimento de formalidades, mas é preciso que a destinação atenda às normas e respeite

³³⁶ O título V da lei 4.320/64 (art. 40 a 46) contém o regramento para os créditos adicionais.

³³⁷ Cf. art. 167, §3º, CF/88.

³³⁸ Advirta-se que a autorização para abertura de créditos suplementares pode estar expressa na lei orçamentária anual, *ex vi*, art. 165, §8º da CF/88 e art. 7º, I, da lei 4.320/64.

³³⁹ O art. 43, da lei 4.320/64, é claro ao determinar: “A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa. § 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, desde que não comprometidos: I - o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior; II - os provenientes de excesso de arrecadação; III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em Lei; IV - o produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao poder executivo realizá-las; § 2º Entende-se por superávit financeiro a diferença positiva entre o ativo financeiro e o passivo financeiro, conjugando-se, ainda, os saldos dos créditos adicionais transferidos e as operações de crédito a eles vinculadas; § 3º Entende-se por excesso de arrecadação, para os fins deste artigo, o saldo positivo das diferenças acumuladas mês a mês entre a arrecadação prevista e a realizada, considerando-se, ainda, a tendência do exercício; § 4º Para o fim de apurar os recursos utilizáveis, provenientes de excesso de arrecadação, deduzir-se-á a importância dos créditos extraordinários abertos no exercício”.

³⁴⁰ Art. 62, § 1º, CF/88- É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I- relativa a: (...) d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; Art.167, § 3º, CF/88 - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

os princípios do Estado Democrático”³⁴¹. Em sentido diverso da gestão de um orçamento privado, que obedece a vontade do titular do negócio, a execução do orçamento público submete-se à Constituição e se norteia pelas aspirações da sociedade.

Infelizmente, na prática, verifica-se uso inadequado destes créditos, segundo a conveniência do executor, em clara afronta ao determinado constitucionalmente. Constatam-se, portanto, patentes inconstitucionalidades quando, por exemplo, abrem-se créditos extraordinários por medida provisória para custeio de ministérios em geral, para realização de transferências de recursos federais da unidade da federação, etc., uma vez que não há urgência e imprevisibilidade destas despesas. Por certo, estas medidas provisórias agridem a Lei Maior do Estado e devem ser passíveis de controle de constitucionalidade, como vem sinalizando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴². Devido a importância do assunto para esta dissertação, será objeto de análise no capítulo referente ao controle jurisdicional do orçamento.

Outro meio que flexibiliza o orçamento é a reserva de contingência, prevista no art. 91 do decreto 200/67:

Art. 91. Sob a denominação de Reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.763, de 1980)

Necessário registrar que a reserva de contingência deve constar na lei orçamentária anual, conforme disposição expressa do art. 5º, III, da lei de responsabilidade fiscal, *in litteris*:

Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

(...)

III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (Vetado)

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

Diante destes regramentos, infere-se que a reserva de contingência pode ser utilizada para abertura de créditos adicionais e para o atendimento de passivos contingentes e outros eventos fiscais imprevistos. Logo, constitui mais um mecanismo conferido ao

³⁴¹ SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium editora, 2006, p. 81.

³⁴² STF, ADI 4.048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

Executivo para contornar instabilidades econômicas ou sociais não previstas na elaboração do orçamento.

Note que são reservas de créditos sem dotações prévias, que só devem ser utilizadas pelo Executivo, excepcionalmente, para conter situações inesperadas e urgentes.

Seguindo o caminho palmilhado, parece não ser desarrazoado defender, por exemplo, que, para atender, em um caso concreto, ordem judicial para elaborar política pública a fim de garantir o mínimo existencial, o Executivo justifique a retirada de recursos da reserva de contingência, caso não haja mais dotação orçamentária para suprir esta necessidade pública. Por certo, trata-se de situação imprevista que precisa ser solucionada para não transgredir o Estado Constitucional Democrático.

Outra forma de mudança do orçamento é o contingenciamento ou limitação de empenho, que permite ao Poder Executivo deixar de realizar certas despesas em virtude da ausência de recursos voltados à sua consecução, decorrente da arrecadação de receitas a menor, de erros de planejamento, de transgressões ao princípio da economicidade, da mudança de prioridades inserida no plano de governo, etc.³⁴³.

Com o intuito de fixar critérios para realizar referida limitação, bem como excluir determinadas despesas do âmbito de incidência do contingenciamento, o §2º do art. 9 da lei de responsabilidade fiscal dispõe:

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, a lei de diretrizes orçamentárias deve fixar os critérios para o contingenciamento. Além disso, devido às imposições constitucionais de moralidade e de transparência fiscal, o Executivo deve informar as causas, os valores e a duração da medida.

Como a lei orçamentária representa, em tese, a vontade popular, alterações substanciais nos destinos dos recursos públicos devem ser feitas com cautela e transparência, sempre com vistas à concretização dos objetivos constitucionais, a fim de não vulnerar a legitimidade do orçamento.

³⁴³ DALLAVERDE, Alessandra Katia. *A titularidade exercida pelo Poder Executivo sobre a gestão das finanças públicas e o desequilíbrio causado no quadro da separação dos poderes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p.109.

Não se defende que o Executivo esteja impossibilitado de adequar a programação do país às contingências da política econômica e financeira. Sustenta-se, contudo, que sua gestão seja conforme a Constituição.

Das colocações aqui efetuadas, vê-se que os mecanismos de flexibilização do orçamento são poderosos instrumentos de realocação de recursos postos à disposição do Executivo, que devem ser utilizados com razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com os princípios e objetivos inseridos na Lei Maior.

Como se pode inferir da disciplina jurídico-constitucional aqui apresentada, o orçamento não pode ser reduzido a necessidades econômicas ou a conveniências políticas. A gestão orçamentária deve estar vinculada ao planejamento estatal, que deve fixar as diretrizes da ação do governo e coordenar, com racionalidade, os gastos públicos.

Por certo, o verdadeiro planejamento deve ir além de parâmetros econômicos para regular a política social, a fim de alcançar os objetivos de bem-estar, de justiça social (art. 170 e 193 da CF/88³⁴⁴), de redução das desigualdades, da pobreza, da marginalização (art. 3º, CF/88), dentre outros.

A propósito, indeclinável sublinhar a relevância que deve ser dispensada ao princípio do planejamento como meio de efetivar direitos fundamentais sociais.

Como asseverado em outra oportunidade, os direitos fundamentais geram custos para o erário. Portanto, se o Estado pretende concretizá-los deve utilizar a política econômica, amparada em normas de planejamento.

O constituinte de 1988 foi claro ao regulamentar no art. 174 que o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado³⁴⁵. Observa-se, pois, a exigência de vinculação do Poder Público ao que é proposto no planejamento.

O planejamento, no escólio de Manoel Jorge e Silva Neto, é o “conjunto de normas que fixam as metas a serem atingidas em termos de política econômica do Estado”. O planejamento estará alicerçado em planos, que, na concepção do autor, designam “etapa

³⁴⁴ Art. 170, CF/88 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Art. 193, CF/88 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

³⁴⁵ Art. 174, CF/88 - 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.

prévia à juridicização dos objetivos, vale dizer, o plano é a peça técnica necessariamente a ser elaborada, antes da aprovação da lei pelo Poder Legislativo”^{346 347}.

Com o planejamento viabiliza-se o alcance de metas que, em última instância, são revertidas em proveito da coletividade (como as prestações sociais de saúde, educação, moradia, segurança, etc.). Resulta daí a relação entre planejamento e concretização dos direitos fundamentais sociais.

O planejamento deve ser compreendido à luz do modelo de ordem econômica delineado pela Constituição. A Carta Magna de 1988 postula um modelo de desenvolvimento para o bem-estar. Seguindo essa linha de compreensão, assevera Eros Roberto Grau que “à busca da realização do bem-estar a Constituição apresenta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas”³⁴⁸.

Se assim o é, não se admite que poderes públicos planejem ações governamentais incoerentes com o modelo econômico adotado, sem observância dos fins e objetivos delineados pelo constituinte, sob pena de afronta à Lei Maior. Para atender ao bem-estar social, por exemplo, necessário implementar progressivamente direitos fundamentais sociais, com alocação hábil e eficiente dos recursos públicos.

Em última análise, seguindo o entendimento de Alessandra Gotti Bontempo, “se o objetivo é dar concretude aos direitos sociais ao longo do tempo, não há como se afastar de um planejamento sério, racional, que priorize a utilização de recursos para esse fim e coordene a execução de políticas públicas eficazes”³⁴⁹.

Demarca-se, destas orientações, a relevância do planejamento para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Ante o exposto, conclui-se que um dos grandes desafios do direito financeiro na atualidade, em que se vislumbra a hegemonia dos direitos fundamentais, é planejar um orçamento coeso e que possibilite a concretização destes direitos.

³⁴⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 46.

³⁴⁷ Em sentido diverso, Eros Roberto Grau conceitua planejamento como “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios coordenadamente impostos”. Refere-se, pois, a elaboração de planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, que deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República. Por seu turno, os planos são, fundamentalmente, “normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 282-283).

³⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 286.

³⁴⁹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social*. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 156.

Finalmente, cumpre registrar que o planejamento orçamentário, que guarde coerência entre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, aprovado pelo Poder Legislativo com sanção do Executivo, é norma constitucional válida, que não pode ser ultrapassada sem justificação razoável e fundamentada³⁵⁰.

4.3.2 *Orçamento participativo e conselhos sociais como instrumentos para concretização de direitos fundamentais*

Grande problema que assola a democracia é a afamada crise política de representatividade. É dizer, a ausência de identificação entre as aspirações sociais, que conformam o interesse público, e as decisões políticas dos parlamentares, pautadas em interesses classistas e privados, devasta o caráter democrático do orçamento e vulnera a Constituição Federal.

Na verdade, a crise da democracia moderna é uma realidade do mundo globalizado, que demanda dos cidadãos uma consciência cívica de que a maior parte é desprovida. Jean-Marie Guéhenno adverte que “servir-se irrefletidamente do princípio democrático – reduzido à técnica da eleição – (...) pode destruir a democracia em vez de consolidá-la, lançando uns contra outros, grupos aos quais a autoridade do sufrágio universal confere perigosa segurança”³⁵¹.

Apesar disso, deve-se tentar contornar a crise a partir dos instrumentos constitucionais existentes e da conscientização dos cidadãos. Certamente, esta crise não pode amesquinhar a materialidade das leis orçamentárias, nem deve ser utilizada como óbice à observância das mesmas. Desta maneira, urge a revalorização do orçamento e a busca de alternativas, através do controle ou da co-gestão da sociedade, a fim de atingir os objetivos definidos pela ordem constitucional.

Consoante asseverado no desenrolar desta dissertação, o orçamento público representa importante meio democrático de política-econômica, de planejamento financeiro e

³⁵⁰ Em congruência com este pensamento afirma Pedro Germano dos Anjos “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.” (ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento – Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no Cumprimento dos Direitos Fundamentais a prestações fáticas*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010).

³⁵¹ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado*. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 12.

de concretização das prestações sociais indispensáveis a viabilizar vida com dignidade. Em face disto, além de estar voltado para o desenvolvimento econômico, deve promover o bem-estar social e ser condizente com a vontade da coletividade.

Exatamente por constatar este panorama, é que a participação direta da comunidade nas decisões políticas locais, por meio da fiscalização e da gestão conjunta com os poderes públicos, assume contornos de importância prática indiscutíveis. A gestão democrática do orçamento revela-se como meio de reduzir as desigualdades, de equilibrar os anseios sociais e de garantir a efetiva vontade política da população.

O processo de formulação e de execução do orçamento é também um processo político, cuja legitimidade, no sentido de escolhas de prioridades e meios de implementação, é diretamente proporcional ao amadurecimento da participação direta dos cidadãos³⁵².

Demais disso, a elaboração e a execução do orçamento, adicionada à ingerência da coletividade, permitem, com maior eficiência, a concretização de direitos fundamentais sociais, por meio da destinação de verbas para políticas públicas regionalizadas, eis que a população conhece as verdadeiras necessidades do local e podem auxiliar nas escolhas das prioridades³⁵³.

Como a gestão pública relaciona-se diretamente com a forma democrática de governo, o Estado deve propiciar a participação popular direta e indireta na determinação do que possa ser entendido como “necessidade pública”³⁵⁴.

Por certo, com fulcro no princípio constitucional da cidadania em sentido amplo, inevitável constatar que o direito de participar das decisões públicas não se resume às precisões de democracia indireta. Deste modo, convém superar a restrita noção de que a democracia, nas atuais sociedades complexas, só pode ser vislumbrada a partir da representação parlamentar. A participação direta da comunidade nas decisões políticas dignifica ainda mais o princípio democrático.

³⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268.

³⁵³ De maneira similar, Maria Goretti Dal Bosco preconiza que “a participação popular pode ser um instrumento de controle da atividade administrativa no que se refere ao correto direcionamento dos recursos, os quais seriam aplicados mais de acordo com as necessidades reais das populações, que são as mais atingidas pelos erros cometidos no momento daquela definição pela Administração. Ademais, é efetivamente a população quem conhece melhor os problemas que afetam a vida das comunidades. Logo, a presença maior dos primeiros interessados naqueles investimentos, por meio de mecanismos acessíveis às representações populares, contribuiria para um maior acerto na definição e na efetivação de políticas públicas, providência que poderia garantir, assim, o respeito aos princípios constitucionais orientadores da administração pública.” (DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá editora, 2008, p. 301).

³⁵⁴ ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 79.

Diante disto, o Estado deve facilitar e viabilizar formas de participação direta, mesmo que ainda não haja consciência coletiva que retrate o interesse efetivo dos cidadãos para participarem. A apatia dos cidadãos em relação à política, resultante do descrédito generalizado nos órgãos representativos, que assumiram práticas clientelistas no período pós-ditadura³⁵⁵, denota uma das grandes dificuldades da participação política no Brasil.

Apesar disso, vislumbra-se uma tendência a maior participação da sociedade nas deliberações políticas. Iniciativas como orçamento participativo, audiências públicas, conselhos sociais, já existem formalmente no âmbito jurídico. Tal fato pode ser confirmado a partir da previsão constitucional e infraconstitucional de formas de participação popular nos processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, através de audiências públicas, conselhos sociais etc.³⁵⁶. Além disso, a determinação do dever de transparência e de publicidade inscrita na lei de responsabilidade fiscal possibilita o acesso e o controle da forma de execução do orçamento.

Como o orçamento é expressão material dos meios pelos quais se alcançam os fins públicos, a participação direta dos cidadãos, tanto na elaboração, como na fiscalização de sua execução é reflexo do regime democrático de governo.

Ressaltando a importância da intervenção direta da comunidade na feitura do orçamento, Sérgio Assoni Filho sublinha:

O orçamento elaborado com a participação popular torna efetivamente pública a atividade financeira estatal não só porque o plano de ação governamental fica explícito nas leis orçamentárias, permitindo a transparência no exercício do poder político, mas, especialmente, porque o advento do paradigma democrático participativo prima pela criação compartilhada de tal programa de implementação de políticas públicas, que se reproduz na figura do orçamento³⁵⁷.

O orçamento participativo expressa relevante mecanismo de participação popular junto às administrações municipais, que objetiva racionalidade, eficiência e fiscalização das decisões alocatícias de recursos públicos no Município³⁵⁸.

³⁵⁵ Refere-se ao período seguinte à ditadura militar que perdurou de 1964 a 1969.

³⁵⁶ A Constituição Federal de 1988 prevê a direito de participação popular direta, nos seguintes dispositivos: art. 194, parágrafo único, VII – participação da comunidade nas decisões sobre seguridade social; art. 198, II – participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; art. 204, II – a participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social; art. 58, § 2º, II – adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de audiências públicas com entidades da sociedade civil. O fundamento infraconstitucional de participação popular encontra-se no art. 39 da lei 8.666/93 e no art. 32 da lei 9.784/99, que tratam da audiência pública.

³⁵⁷ ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 81.

³⁵⁸ No Brasil, as administrações municipais participativas tornaram-se realidade a partir da experiência pioneira realizada em Lages (SC), no final dos anos 70, a qual se seguiram, nos anos 80, as experiências de Boa Esperança (ES), de Diadema (SP) e de Recife (PE). (GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 229). A relação atual de todas as cidades que aderiram ao modelo de democracia participativa, bem como aquelas que estão em processo de adesão, encontra-se no site da rede

O fundamento constitucional do instituto pode ser inferido do art. 29, XII³⁵⁹ que prevê a cooperação das associações representativas no planejamento local. Além disso, o art. 4º, III, f, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2000)³⁶⁰ refere-se à gestão orçamentária participativa que abrange a participação da elaboração e da execução do orçamento do município.

Nesse caminho, o artigo 44 do estatuto da cidade³⁶¹ é claro quando determina que os municípios que aderirem à gestão orçamentária participativa incluirão 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 aprovação dos orçamentos pela Câmara Municipal.

O modelo de decisão participativa apresenta, entre outras, as seguintes características: a) apregoa a descentralização administrativa, com a mudança do foco para os problemas locais; b) permite que o Executivo enfrente com mais propriedade a questão da escassez de recursos e as dificuldades para as escolhas prioritárias em face das demandas sociais³⁶²; c) enseja a instauração de um processo aberto de discussão; d) reforça a gestão pública transparente através da participação do cidadão nas questões do município.

Bem de ver que o orçamento participativo funciona como aperfeiçoamento do processo orçamentário, eis que haverá uma maior rigidez no planejamento dos investimentos e afastará decisão monopolizada do Executivo, através do compartilhamento democrático das escolhas com a comunidade local³⁶³

Com efeito, decisões orçamentárias devem retratar um mínimo de conteúdo de intervenção da comunidade, eis que é quem detém o real conhecimento das necessidades públicas locais. A colaboração dos cidadãos nas tomadas de decisão viabiliza o alcance mais

brasileira de orçamento participativo. Disponível em <http://www.pbh.gov.br/redebrasileiraop/html/op.htm>. Acesso em 30 de abril de 2010.

³⁵⁹ Art. 29, CF/88- O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

³⁶⁰ Art. 4º - Para os fins desta lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) III – planejamento municipal, em especial: (...) f) gestão orçamentária participativa;

³⁶¹ 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.

³⁶² Sérgio Assoni Filho alerta que “a descentralização do Estado-Administração, com vistas à autonomia subnacional, requer o equilíbrio na conjugação das atribuições e meios disponíveis, a fim de que os processos de decisão coletiva existentes em casa uma das diferentes esferas governamentais sejam marcados não só pelo maior potencial participativo e legitimador das escolhas públicas, mas também pela racionalidade alocativa.” (ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 91)

³⁶³ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 236.

efetivo do consenso decisório quanto aos rumos a serem perseguidos pela Administração a bem da coletividade³⁶⁴.

Questão tormentosa, que causa enorme celeuma na doutrina, é avaliar se o chefe do Executivo deve ser compelido a inserir no orçamento aquilo que foi deliberado pela comunidade.

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro, a fase legislativa do orçamento produz, tão somente, tetos autorizativos de gastos (créditos orçamentários e as respectivas dotações), que ficarão adstritos às escolhas do Executivo. Por seu turno, o orçamento participativo detalha o elenco de políticas públicas que devem ser priorizadas, de acordo com recursos previamente autorizados pelo Legislativo. Assim sendo, pode-se afirmar que as decisões do orçamento participativo vinculam o Executivo?

Parece que sim, pois, pensar de maneira diversa implica admitir que o texto normativo referente ao orçamento participativo não teria qualquer eficácia jurídica, funcionando como mera indicação.

A partilha do poder decisório, no que tange à determinação do que seja socialmente relevante, é fundamental para que haja escolhas constitucionalmente adequadas. A adesão do Executivo às propostas comunitárias qualifica a legitimidade de sua gestão e garante o princípio democrático. Pode-se afirmar inclusive que a adesão ao orçamento participativo revela uma autocontenção do Executivo, ao viabilizar a democracia participativa.

Em face disto, não se admite, em regra, que o chefe do Executivo deixe de incluir as propostas da comunidade local, salvo justificativa técnica ou jurídico-constitucional razoável e condizente com a realidade. A negligência dos gestores públicos no momento da execução orçamentária, quanto às preferências fixadas nas instâncias participativas, pode acarretar improbidade administrativa nos moldes do artigo 11 da lei 8.429/92³⁶⁵, caso os

³⁶⁴ Para ratificar esta assertiva, sublinha-se o entendimento de Sandra Regina Martini Vial, no tocante à efetivação do direito à saúde: “Para efetivar uma política de saúde adequada, é necessário que os atores envolvidos nela participem do processo desde sua gestão até sua implementação. É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados”. (VIAL, Sandra Regina Martini. *Saúde: um direito fundado na fraternidade. Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde*. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009).

³⁶⁵ Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar

anseios coletivos sejam preteridos sem justificativas plausíveis, eis que atenta contra os princípios da administração pública³⁶⁶.

Além do orçamento participativo, convém sublinhar a atuação dos conselhos sociais, entes que além do cariz fiscalizatório, detêm prerrogativas de estabelecer estratégias e diretrizes para políticas públicas nos seus âmbitos de atuação e de auxiliar o Poder Executivo na gestão setorializada dos recursos públicos.

A participação popular nos conselhos sociais apresenta-se em âmbito nacional, a exemplo do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA³⁶⁷), na esfera estadual, Conselhos estaduais de educação, e, no campo municipal, Conselhos municipais de saúde, de meio ambiente, etc.

O Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, por exemplo, deve existir em âmbito municipal, estadual e nacional, em face da previsão legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que, dentre as diretrizes da política de atendimento prevê a criação destes conselhos e ainda a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos (art. 88, I, II, IV, da lei 8.069/90³⁶⁸). O fundamento constitucional deste conselho encontra-se nos artigos 227, §7º, e 204³⁶⁹, ao estabelecerem como diretriz para as ações governamentais na área da criança e do adolescente, a descentralização político-administrativa e a participação da população.

Estes organismos de representação da sociedade civil constituem-se em poderosos instrumentos da soberania popular para exercício da democracia participativa e concretização de direitos fundamentais pela via das políticas públicas.

fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

³⁶⁶ Sobre improbidade administrativa conferir SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

³⁶⁷ Criado pela lei n. 8.242/2001. Atualmente é vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, criada pela lei n. 10. 683/2003, com o objetivo de articular e implementar políticas públicas voltadas para a promoção e proteção dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente.

³⁶⁸ Art. 88 da lei 8.069/90 - São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; (...); IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

³⁶⁹ Art. 227, § 7º, CF/88 - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. Art. 204, CF/88. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Efetivamente, os conselhos sociais diagnosticam as necessidades de seu setor, discutem o modo de implementação das políticas sociais e deliberam sobre a forma de efetivação das políticas públicas de cada setor.

A descentralização administrativa é realidade inafastável nos Estados Democráticos. Através dela permite-se que a sociedade civil de cada ente federado identifique as reais necessidades públicas e, assim, haja maior proficiência na aplicação dos recursos oriundos da atividade financeira empreendida pela Administração.

Na trilha deste raciocínio, ao abordar aspectos específicos do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, Tânia da Silva Pereira preconiza:

Para assegurar um suporte financeiro para a formulação das políticas públicas pertinentes à população infanto-juvenil o Conselho de Direitos deve integrar suas diretrizes e propostas, tanto no Plano Plurianual (PPA), como na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e seu Plano de aplicação dos recursos do Fundo na proposta orçamentária a ser enviada ao Poder Legislativo, gerenciando para que os valores sejam aprovados³⁷⁰.

Destaque-se ainda que a esfera de decisão dos Conselhos Sociais, em todos os níveis (nacional, estadual e municipal), possui força normativa, razão pela qual vincula o administrador público a efetivar o desejo materializado por deliberação popular democrática³⁷¹.

Em face do exposto, saltam aos olhos que estas formas de vivência do processo democrático podem acelerar, sobremaneira, a concretização de direitos fundamentais sociais. Ademais, a participação popular revela-se imprescindível para enfrentar o contexto de desigualdade regionalizada e para suprir necessidades públicas de cada localidade.

Apesar disso, na maioria dos estados brasileiros estas instâncias democráticas só existem no aspecto simbólico e formal, fato que precisa ser transformado a fim de que haja um incremento progressivo da cidadania, da democracia substancial e dos direitos fundamentais no Estado brasileiro.

³⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1033.

³⁷¹ A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu 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. A relatora, ministra Eliana Calmon, determinou que fosse incluída verba no próximo orçamento para atender as propostas emanadas pelo Conselho. O acórdão destacou que “a norma da Constituição traça limites à discricionariedade administrativa” (...) “A mera alegação de conveniência e oportunidade não justifica a omissão da Administração, se prova não há de que mobilizou os meios disponíveis e necessários ao cumprimento do comando Fundamental, ou de que existam obstáculos irremovíveis a tal mobilização”. (Resp n. 493.811/SP; 2002/0169619-5. Relatora Min. Eliana Calmon. DJ 01/04/2007).

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JURISDICIONAL DO ORÇAMENTO

5.1 Políticas Públicas e escolhas orçamentárias em juízo

5.1.1 Judicialização da política e ativismo judicial

A crescente importância do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, culturais e econômicas, com escopo de garantir direitos fundamentais e concretizar o Estado Constitucional e Democrático de Direito deu guarida ao fenômeno da judicialização da política.

Judicialização significa que questões de grande repercussão social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo)³⁷².

No Brasil, este fato pode ser observado, com notável clarividência, a partir da Constituição Cidadã de 1988, que, dotada de força normativa vinculante para todos os poderes estatais, materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

Por certo, o fenômeno comporta múltiplas causas, que expressam, muitas vezes, tendência mundial. À guisa de exemplo, e sem proceder a um estudo aprofundado do tema, a percepção de Gunther Teubner sobre direito como sistema autopoietico, serve de paradigma para a compreensão da Judicialização da política³⁷³.

³⁷² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. n.º 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>. Acesso em 14 de maio de 2010.

³⁷³ As bases da teoria de Gunther Teubner, advêm de uma reflexão profunda e crítica do modelo de sistema proposto pelo sociólogo Niklas Luhmann, que vislumbrou o direito como um sistema auto-referencial fechado. Para Gunther Teubner o “Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem *inputs* nem *outputs*”. (TEUBER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2).

Segundo o autor, o direito é um subsistema social autopoietico aberto, que se comunica com outros sistemas (econômicos, religiosos, políticos, etc.), aumentando, cumulativamente, sua relação circular, de forma gradativa, gerando um hiperciclo³⁷⁴.

O ponto fulcral da teoria de Gunther Teubner, para a trilha pretendida, é o fenômeno de “Juridificação” dos processos e a criação de institutos jurídicos. É dizer: o Direito tem capacidade de transformar um elemento externo de outro sistema em um elemento interno, a partir da interação com outros sistemas, ou de produzir institutos a partir do próprio sistema (autonomia jurídica).

O fenômeno da juridificação foi observado por Gunther Teubner na Europa no período do *Welfare State*, em que se notava uma interferência da realidade externa no sistema jurídico. As transformações da sociedade refletiam na evolução do sistema autopoietico do direito³⁷⁵.

Através do processo de juridificação, o Direito amplia seus horizontes incorporando ao sistema elementos externos, em busca da realização social. A partir da comunicação do subsistema jurídico com o sistema político, por exemplo, revela-se possível juridificar institutos como políticas públicas, agregando-os ao Direito.

A concepção sistêmica aberta do Direito, insere-se no panorama pós-positivista e está em consonância com a tipologia da sociedade pós-moderna, marcada pela complexidade das relações sociais plurais sedentas por justiça³⁷⁶.

Voltando os olhares para o ordenamento jurídico pátrio, a redemocratização do país, a força normativa da Constituição seguida da constitucionalização abrangente e a expansão da jurisdição constitucional, através do sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, foram causas seminais para a judicialização.

³⁷⁴ TEUBER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 58.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 71.

³⁷⁶ Nesse quadro, enuncia Boaventura de Souza Santos: “Enquanto as sociedades antigas se organizavam segundo princípios de segmentação ou de hierarquia, as sociedades modernas organizam-se de acordo com um princípio de diferenciação funcional. Em vez de serem estruturadas por um centro ou um sistema funcionalmente dominante, as sociedades modernas são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.), todos eles fechados, autônomos, autocontidos, auto-referenciais e automutantes, cada qual com um modo de funcionamento e um código próprios. A correspondência estrutural entre os subsistemas é essencialmente o resultado aleatório de uma co-evolução cega, enquanto as interligações funcionais resultantes da coexistência desses subsistemas na mesma sociedade ficam reduzidas a formas de ‘acoplamento estrutural’. O direito é um desses subsistemas, um sistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é o ambiente que rodeia os outros subsistemas sociais tal como estes são o meio-ambiente do direito. Mas, sejam quais forem as ‘vibrações’ ou ‘perturbações’ que um dado sistema, em consequência da sua interdependência funcional ou coexistência, possa ‘causar’ noutro sistema, elas serão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reacções autopoieticas. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6 ed. Vol 1. São Paulo: Cortez, 2007, p. 159).

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo do direito nas instituições políticas. Há um eixo procedimentalista, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados³⁷⁷, e um eixo substancialista que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas³⁷⁸.

Em um viés substancialista, o jurista norte-americano Ronald Dworkin propugna a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais. “Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”³⁷⁹.

Conforme lições de Ronald Dworkin, o deslocamento de conflitos políticos para o Judiciário exige que litígios sejam solucionados com fundamentos jurídicos e não políticos. É dizer: os juízes devem ser guiados por argumentos de princípios e não de política³⁸⁰. Nesse sentido, argumenta: “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”³⁸¹.

No entendimento deste jurista, o controle judicial dos atos políticos democratiza a tomada de decisões, devido a existência de minorias que não têm seus direitos garantidos através da atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo. Deste modo, ilustre-se:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadão, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. [...] Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos

³⁷⁷ A corrente procedimentalista é defendida, dentre outros autores, Junger Habermas e LUHMANN, Niklas Luhmann. Cf. HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2. ed.. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³⁷⁸ “De acordo com o eixo procedimentalista, a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece a privatização da cidadania. A democratização social tem como consequência a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a judicialização da mesma. O gigantismo do poder Judiciário gerou um desestímulo a um agir orientado para fins cívicos, tornando o juiz e a lei como as únicas referências para indivíduos socialmente perdidos.[...] Para o eixo substancialista, o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas soam como uma extensão da tradição democrática a setores ainda pouco integrados à sua ordem. Nesse sentido, ele valoriza o ativismo judicial”. (OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. *A Judicialização da Política: um tema em aberto*. Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Brasil, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em <http://politicahoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 13 de maio de 2010).

³⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 27.

³⁸⁰ Ronald Dworkin denomina política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36).

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo para o judiciário.

[...]

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas³⁸².

Por certo, não se pretende defender aplicação integral da corrente substancialista postulada por Ronald Dworkin no Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que há inúmeras diferenças institucionais, jurídicas e sociais entre Estados Unidos e Brasil. Entretanto, de certa maneira, alguns dos ensinamentos proferidos pelo jurista norte-americano, encaixam-se no mosaico jurídico do Brasil, servindo de subsídio para a realização da Constituição Federal de 1988.

Isto é claramente demonstrável quando decisões de controle de constitucionalidade adentram em questões eminentemente políticas para garantir direitos fundamentais ou na intervenção judicial em políticas públicas de saúde, educação, moradia, segurança, etc³⁸³.

Com efeito, a judicialização da política é reflexo de um modelo institucional e intervencionista de Estado, que propende à efetivação de direitos e ao arrefecimento das desigualdades sociais³⁸⁴.

O contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente³⁸⁵, repleta de valores, permite o redimensionamento do papel do Judiciário, com a conseqüente judicialização da política, afeta inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo, em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

³⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31-32.

³⁸³ Em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal observa-se, com clarividência, o fenômeno da judicialização da política. Conferir entre outras decisões: STF, ADI 3998, Rel. Min Gilmar Mendes, DJ 31/03/2008; STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto; STF, ADPF 54-8, Rel. Min. Marco Aurélio;

³⁸⁴ Na trilha deste raciocínio, Luís Roberto Barroso adverte que “a judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela”. (BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf).

³⁸⁵ “Nitidamente, a nossa Constituição Federal é dirigente, já que objetiva uma mudança social, indo além de representar um simples elenco de instrumentos de governos. Percebe-se esta característica, pois ela apresenta inúmeros programas/metastas a serem atingidos pelo Estado e pela sociedade”. (VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1- n. 1 – jul/dez 2008. Edição Especial Temática sobre Direito à saúde. Vol. 2, p. 284-285)

Sob este enfoque, opta-se pela vertente substancialista e se admite a intervenção jurisdicional sempre que o Legislativo ou o Executivo não tenham em vista o cumprimento do desígnio insculpido na *Lex Maxima*, em frontal agressão aos princípios representativo e democrático.

Caso não haja o atendimento das metas constitucionais, tanto por omissão legislativa, como por ausência de implementação de políticas públicas ou má utilização dos recursos públicos pelo Executivo, o Judiciário estará legitimado a intervir, desde que provocado, para efetuar o controle jurídico destes atos e omissões em prol da concretização do texto constitucional.

Cumpre asseverar que, apesar da elevada proximidade, Luis Roberto Barroso sustenta que judicialização e ativismo judicial não são fenômenos similares. Para o autor, enquanto judicialização resulta do modelo institucional adotado no ordenamento jurídico, ativismo judicial é atitude proativa de expansão do sentido e alcance da Constituição por meio da interpretação, normalmente em face da crise de representatividade do Legislativo³⁸⁶.

Ocorre que, no ordenamento Jurídico brasileiro, o entrelaçamento entre judicialização e ativismo resta nítido, pelo fato de o modelo institucional que incorporou a judicialização, ter decorrido, em grande parte, da crise de representatividade do Legislativo e do Executivo. Neste passo, importa propugnar um ativismo baseado na racionalidade das decisões e no diálogo entre os poderes. O Judiciário não pode se furtar ao diálogo e decidir unilateralmente no tocante a direitos fundamentais sociais, que envolvem escolhas orçamentárias democráticas, por exemplo.

Malgrado a importância da judicialização da política para resguardar direitos fundamentais, o fenômeno precisa ser materializado com parâmetros de racionalidade, para que não haja hipertrofia do Judiciário e desequilíbrio entre os poderes.

Observa-se que, não obstante a difusão de procedimentos judiciais em campos de deliberação política, ainda não existe um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com razoabilidade, direitos fundamentais sociais, em detrimento de determinadas políticas governamentais. Tal fato decorre, entre outros motivos, pela insuficiência da capacidade institucional do Judiciário, que nem sempre dispõe de informações técnicas necessárias para avaliar o impacto de suas decisões. Necessário, portanto, criar suportes para efetividade da atuação jurisdicional.

³⁸⁶ 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 14 de maio de 2010.

Em outros termos, não se tenciona um ativismo judicial indiscriminado, mas uma atuação baseada, concomitantemente, na racionalidade das decisões judiciais – com uma análise prévia e ponderada dos impactos de suas deliberações para a sociedade – na afirmação de direitos fundamentais e na ampliação da cidadania.

Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que a judicialização da política, em temas como saúde e educação, por exemplo, faz parte do cenário jurídico brasileiro. Entretanto, é mister racionalizar a judicialização de modo a garantir o princípio democrático.

Deve-se reconhecer que, na solução de questões que envolvem política de Estado ou de Governo, exige-se que decisões sejam fundamentadas com conhecimentos de outras áreas, tais como economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados a particulares, a fim de que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais em jogo³⁸⁷. O fato é que a judicialização da política ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas operadores do Direito, mas também gestores públicos, profissionais de outras áreas do conhecimento e a sociedade civil como um todo.

Para o alcance deste desiderato, a criação de assessorias técnicas nas diversas áreas para balizar as decisões judiciais faz-se necessária³⁸⁸. Ademais, deve-se cobrar dos magistrados a motivação de suas decisões e um exame criterioso dos casos concretos com argumentação racional e persuasiva, a fim de evitar o afamado problema da politização da justiça.

A questão da judicialização da saúde, por exemplo, é alvo de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais. No mês de março de 2009, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou diversos setores da sociedade civil e do Estado para audiência pública, em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito da Presidência do Supremo Tribunal Federal, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de

³⁸⁷ Acerca da comunicação entre as disciplinas e ciências, ensina Edgar Morin: “Intelectualmente, as disciplinas são plenamente justificáveis, desde que preservem um campo de visão que reconheça e conceba a existência das ligações e das solidariedades. E mais: só serão plenamente justificáveis se não ocultarem realidades globais”. (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 112-113).

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.IngoSarlettitulardaPUC.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2010.

saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). O objetivo da audiência pública foi buscar soluções para tais demandas e criar parâmetros para decisões relacionadas à judicialização da saúde.

Naquela ocasião, foram expostas doutrinas, técnicas, e maneiras de atuação política e jurisdicional, por pessoas de distintas áreas de conhecimento, em busca de estratégias a serem utilizadas pelo Poder Judiciário na decisão de conflitos, que envolvessem saúde pública.

Carlos Alberto Menezes Direito, por exemplo, avaliou que uma possível solução, já em prática em alguns estados, é a realização de reuniões periódicas de juízes com as autoridades de saúde do estado de modo a estabelecer um critério razoável de atendimento³⁸⁹.

Em relação a políticas públicas na área de saúde, que atendem a um determinado grupo ou segmento, em detrimento de outros, Luís Roberto Barroso pondera que o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. Para o autor, o Judiciário deve privilegiar ações coletivas, que decidam se todas as pessoas que necessitam de determinado medicamento, por exemplo, merecem ser atendidas. Ou seja, defende-se a criação de políticas públicas para atender a necessidades de interesse geral da sociedade no âmbito da saúde³⁹⁰.

Significa, portanto, a busca da judicialização da política pública de saúde de maneira racional, a partir de debates e táticas para otimizar decisões judiciais e democratizar a interpretação constitucional³⁹¹, em atendimento aos princípios e valores delineados pelo constituinte.

Esta perspectiva precisa ser alargada para alcançar a solução de conflitos judiciais que envolvam outras políticas públicas, como educação, segurança, moradia, etc. Sem dúvidas, a racionalidade na judicialização da política está em concordância com os valores do

³⁸⁹ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.Min.MenezesDireito.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2010.

³⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em 13 de maio de 2010.

³⁹¹ Segundo Peter Harbele a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Desta maneira “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas”. (HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14).

constitucionalismo contemporâneo e é seminal para garantia dos direitos fundamentais, e, consequentemente, do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o enfoque racionalizado da judicialização, além de relacionar-se diretamente ao tema, é essencial para compreender os limites e as possibilidades de intervenção judicial nas escolhas orçamentárias.

5.1.2 *Notas sobre a discricionariedade administrativa e judicial no âmbito das políticas públicas e das escolhas orçamentárias*

5.1.2.1 Discricionariedade administrativa e judicial segundo Karl Engisch

O pensamento jurídico hodierno, entremeado pelo pluralismo e pela complexidade das relações, enfrenta inúmeras perplexidades que carecem de maiores investigações. Uma delas consiste em identificar se a liberdade de escolha conferida à Administração pública, para gerir o Estado em circunstâncias que a lei não define todas as condições necessárias ao exercício do poder, e se as valorações interpretativas efetuadas pelo Judiciário no momento do controle revelam poderes discricionários adequados ao ordenamento jurídico vigente, ou se, ao revés, consubstanciam arbitrariedades inadmissíveis.

A influência axiológica da pós-modernidade, que transfere todas as atenções para a dignidade do ser humano e para concretização dos direitos fundamentais, a reaproximação da ética e da moral ao pensamento jurídico, revelam a importância do delineamento constitucional da discricionariedade do administrador e do Judiciário, para serem consideradas legítimas.

Ao discorrer sobre conceito jurídico indeterminado e poder discricionário, Karl Engisch explica que a aplicação do direito é um ato de conhecimento com “estrutura espiritual *sui generis*”, e que a diversidade dos métodos de interpretação, a pluralidade dos sentidos dos conceitos, são algumas dificuldades enfrentadas pela ciência jurídica no momento de aplicação da norma³⁹².

No que tange a atuação do Judiciário, o professor de Munique esclarece que, no período do iluminismo, a ideia de clareza e segurança jurídica absolutas, através dos textos,

³⁹² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 205.

garantia univocidade, nem sempre justa, nas decisões judiciais. A estrita vinculação do juiz à lei era reflexo do discurso das ciências naturais no pensamento jurídico. Apenas no século XIX, vislumbrou-se a mudança deste quadro, quando as autoridades jurisdicionais ganharam independência e liberdade de decisão, a partir do afrouxamento da vinculação à lei, com o fito de “dominar a vida na pluralidade de suas formas e na sua imprevisibilidade”³⁹³. Atualmente, entretanto, a vinculação à lei não é tão reduzida quanto no século XIX, mas as leis são hoje elaboradas de forma que os seus aplicadores fundamentam suas decisões com base na valoração agindo, em certa medida, de modo semelhante ao legislador³⁹⁴.

Em verdade, o reconhecimento de que a norma é fruto de uma atividade interpretativa, apreendida a partir de uma análise técnico-jurídica, pressupõe uma atuação ativa e comprometida do intérprete aplicador, que ao exercer valorações foge à superada idéia do juiz “boca da lei”.

Nessa trilha, é de se ressaltar que essa aquisição da “autonomia”³⁹⁵ do julgador em face da lei decorre, em parte, das diversas formas de expressão legislativa: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.

Por conceito jurídico indeterminado, predominante na ciência jurídica, Karl Engisch leciona que é “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”³⁹⁶. Neste tipo de conceito jurídico, o autor verifica a existência de um núcleo conceitual (quando se tem a noção clara do conteúdo do conceito) e de um halo conceitual (quando as dúvidas aparecem), que devem ser determinados através da interpretação³⁹⁷.

Sobre os conceitos normativos, o jusfilósofo alemão indica que “se todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe o seu sentido e o seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como "normativo" todo e qualquer conceito jurídico”³⁹⁸. Entretanto, na percepção de Karl Engisch a grande peculiaridade presente nos conceitos jurídicos normativos, e que os distingue dos conceitos meramente descritivos, é a “referência a valores”³⁹⁹. Por conseguinte, enquanto conceitos

³⁹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 207.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 207.

³⁹⁵ Necessário advertir que autonomia não significa discricionariedade judicial, apenas quer ressaltar a necessidade de interpretação com base no fato, valor e norma em cada caso concreto.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 208.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 209 -210.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 211.

³⁹⁹ Karl Engisch vislumbra dois significados para o conceito normativo stricto sensu: Primeiramente, podemos entender por conceitos "normativos" aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. (...). O significado próprio do termo "normativo", que é

meramente descritivos designam objetos reais, perceptíveis pelos sentidos, prescindíveis de valoração os conceitos normativos carecem de preenchimento valorativo subjetivo e objetivo.

Ocorre que essa valoração não pode ser compreendida sob uma óptica pessoal, subjetiva, trata-se, consoante observado pelo autor, de uma aferição axiológica objetiva. Assim, a função dos conceitos normativos é permanecer abertos para mudanças das valorações dos aplicadores, com base na lei moral objetiva ou em juízos de valor mutáveis da sociedade⁴⁰⁰. O enquadramento específico do caso analisado a um conceito normativo deve refletir a valoração conforme o espírito da época, mas sem imiscuir a determinação do conceito. Nesse sentido, os atos de valoração jurídica transformam, em certo sentido, o aplicador do direito, em criador do direito, o legislador do caso concreto.

Na medida em que a solução encontrada corresponde a uma valoração objetivamente apreendida, ou seja, por ser resultado do emprego de técnicas interpretativas que encontram balizas no próprio ordenamento, a decisão restará imunizada, não havendo que se falar em arbitrariedade.

Os conceitos discricionários, por sua vez, “*condicionam e postulam uma particular posição ou atitude do funcionário administrativo ou do juiz*”⁴⁰¹. De acordo com o professor de Munique, quando, numa determinada situação podem-se inferir possibilidades alternativas igualmente conformes ao direito, tem-se um poder discricionário. É dizer: “*mesmo casos de recorte igual podem ser apreciados e decididos de maneira diferente por diferentes funcionários, sem que isto signifique uma violação ao direito*”⁴⁰².

A discricionariedade pressupõe, portanto, múltiplas possibilidades de decisões legítimas de acordo com cada caso concreto. Assim, confere-se, por exemplo, ao administrador um espaço de livre apreciação entre opções distintas válidas, em momentos ou situações diferentes.

simultaneamente o segundo significado do normativo em sentido estrito e aquele que merece a nossa preferência, apenas poderia ser encontrado no facto de que é sempre precisa uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 212-213).

⁴⁰⁰ “O órgão aplicador do Direito tem de “averiguar” quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do material do conhecimento, e não o último critério de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os conjuntos de decisões através da qual estes conceitos objectivo normativos carecidos de preenchimento valorativo são “concretizados” têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a “subsunção””. (Ibid., p. 239-240).

⁴⁰¹ Ibid., p. 216.

⁴⁰² Ibid., p. 216-217.

Evidentemente, a liberdade de escolha não é arbitrária e deve revelar uma possibilidade de fato e de direito. A possibilidade fática deve ser aferida através das singularidades do caso concreto, e a possibilidade jurídica indica que “é o direito, quase sempre a lei, que numa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de fato possíveis”⁴⁰³. Em razão disso, pode ocorrer que, com base nestas possibilidades, o juiz ou o agente administrativo profiram decisões corretas. Dito de outra forma, a discricionariedade é vinculada, eis que o exercício do poder de escolha está circunscrito ao escopo justificador da decisão, “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”⁴⁰⁴.

Registre-se que discricionariedade implica não apenas livre escolha dos fins, mas também livre escolha dos meios, desde que observadas a proporcionalidade, a justiça e a equidade⁴⁰⁵. Em verdade, segundo Karl Engisch, a essência da discricionariedade administrativa consiste em conferir aos órgãos estatais poderes para determinar o fim próximo e imediato de suas ações. Essa livre escolha dos fins e dos meios processa-se segundo as leis da teleológica, pelas quais:

[...] 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. (...). Além disso, as leis da teleológica dominam a escolha dos meios, quando estes não estejam já inequivocamente predeterminados pelo próprio fim⁴⁰⁶.

Seguido este raciocínio, as decisões administrativas e judiciais não são irracionais, haja vista a necessidade de serem axiologicamente e teleologicamente articuladas. No momento de efetuarem escolhas, os aplicadores devem utilizar uma ponderação judiciosa, segundo pontos de vista firmes, que orientem a decisão pessoal.

Note que apesar de o aplicador utilizar valorações nas decisões, tal fato não pode conduzir a arbitrariedade já que há limites legais e supralegais para esta decisão nas regras teleológicas e axiológicas que dão suporte a mesma⁴⁰⁷.

⁴⁰³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 219-220.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 243.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 243-244.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 248-249.

Exatamente neste sentido, esta pesquisa defendeu a existência de parâmetros constitucionais para escolhas orçamentárias pelo administrador. Do mesmo modo, a partir destes ensinamentos serão delineados limites e critérios para intervenção do Judiciário nas referidas escolhas.

Insta sublinhar que todo o raciocínio desenvolvido por Karl Engisch parte do pressuposto de que ao utilizar o poder discricionário “são evitados os excessos e os abusos desse poderes. Neste momento estamos a supor que a decisão pessoal é uma decisão ajustada, proferida com base numa convicção íntima e sincera”⁴⁰⁸.

Certamente, a existência de uma ciência jurídica evoluída, a imparcialidade e incorruptibilidade dos aplicadores e as garantias contra o arbítrio, a exemplo da fundamentação objetiva da decisão a fim de demonstrar a adequação ao padrão de retitude (justiça) e de defensabilidade, são circunstâncias fundamentais para assegurar o não desvirtuamento da discricionariedade⁴⁰⁹.

Mesmo que ainda não se vislumbre esta conjuntura ética e política no ordenamento jurídico brasileiro, a concepção jurídica de discricionariedade segundo os valores do constitucionalismo contemporâneo estão em plena consonância com os ensinamentos do jusfilósofo alemão, razão pela qual deve direcionar a linha de raciocínio deste trabalho.

5.1.2.2 Discricionariedade administrativa no constitucionalismo contemporâneo: a margem de ação do administrador na elaboração e na implementação de políticas públicas

Compreender o alcance da discricionariedade administrativa em um Estado Constitucional e Democrático de Direito revela-se imprescindível para alcançar os limites e as possibilidades de intervenção do Judiciário nas políticas públicas e nas escolhas orçamentárias.

⁴⁰⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 242.

⁴⁰⁹ Na trilha desse raciocínio, Engisch aduz que também nos não é lícito, no plano inferior da aplicação do direito (no mais lato dos sentidos), conceber os funcionários, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito. Eles são antes comissionados para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua "melhor ciência e consciência", sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo. (Ibid., p. 253).

Como é cediço, o princípio da separação dos poderes reveste, na atualidade, em consonância com os valores constitucionais, a distribuição harmônica de funções especializadas entre poderes, voltada sempre à concretização dos objetivos definidos pelo constituinte, com ênfase aos direitos fundamentais.

A esse respeito, destaca Dirley da Cunha Júnior:

[...] o Estado Social moderno exige uma reformulação da clássica divisão funcional dos Poderes, no sentido de uma distribuição de funções que garanta um sistema eficaz e equilibrado de controle recíproco, a fim de que a Constituição, em geral, e os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em especial, sejam observados, respeitados e efetivados, e não permaneçam mais à mercê da livre vontade e disposição do legislativo e do executivo em decidirem se e quando devam ser aplicados. Para tanto, é necessária a superação de certas idéias conservadoras da doutrina constitucional tradicional, ‘que ainda não adaptou suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social’, e o desapego a velhos dogmas do constitucionalismo clássico, indo em rumo à construção de novos paradigmas, onde a Constituição e os direitos fundamentais deixem de ser meras retóricas políticas ou promessas demagógicas, para se tornarem realidades vivas⁴¹⁰.

A Constituição, como diploma ordenador das atuações estatais, impõe vinculação de todos os poderes aos seus princípios e regras, a fim de limitar suas margens de apreciação, e, por conseqüência, inviabilizar o exercício arbitrário e desarmônico dos mesmos.

Contudo, a raiz liberal e antidemocrática de diversos institutos do direito administrativo clássico, a exemplo do exercício arbitrário do poder de polícia, da supremacia absoluta do interesse público sobre o privado, da discricionariedade irrestrita e insindicável, gera inúmeras perplexidades quando contextualizados com o perfil democrático e social do Estado de direitos fundamentais.

Por razões históricas, a Administração Pública sempre se preocupou com a manutenção de posição de privilégio, fato que a distanciou, sobremaneira, da concretização das aspirações sociais. Para ilustrar, a discricionariedade identificava-se à liberdade para emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade, quanto à prática de determinados atos, que, não raras vezes, servia como meio de preenchimento de uma norma em branco para interesses políticos, além de escudo à intervenção judicial.

Ocorre que, em decorrência das transformações no direito constitucional, que incitaram a realização da vontade da Constituição por todos os poderes do Estado, aspectos como necessidade de desburocratização administrativa com maior participação popular nas tomadas de decisão, tendência à maior descentralização, filtragem constitucional dos

⁴¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 364.

instrumentos da Administração pública, controle recíproco entre os poderes em prol dos direitos fundamentais, são indissociáveis ao modelo de Estado Democrático.

Nesta ordem de ideias, mister superar o paradigma do Direito Administrativo patrimonialista e governativo, para conferir, na performance do constitucionalismo contemporâneo, um novo enfoque em prol da realização do direito fundamental à boa administração pública⁴¹¹, refletindo uma administração proba, eficiente, imparcial, transparente, respeitadora das reais necessidades da sociedade, agindo, portanto, em congruência com deveres de proporcionalidade e de razoabilidade.

Tributária de concepções liberais, a ideia de discricionariedade como poder absoluto atribuído ao administrador público para fazer escolhas políticas livres e indiferentes, deve ser transposta por uma compreensão jurídica idônea aos preceitos da Constituição Cidadã de 1988, de perfil nitidamente social.

Para tanto, o ambiente decisório do administrador, máxime no que concerne a implementação de políticas públicas, precisa ser limitado pela aplicação de princípios e regras do Estado Democrático. Seguindo este raciocínio, a discricionariedade administrativa adquire vinculação constitucional, e a margem de apreciação conferida aos administradores precisa se adequar à moldura e às finalidades insculpidas pelo constituinte. Como consequência, o agente do Estado-Administração jamais desfrutará de plena liberdade de escolha, eis que sempre estará adstrito aos objetivos e aos valores delineados na Carta Magna, que indicarão o fim a ser perseguido pelo poder público.

Na senda de Marcello Caetano, pode-se afirmar que só existem atos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados⁴¹². A vinculação característica da discricionariedade reside na finalidade do ato. Na percepção do autor o “fim é um vínculo: corresponde a um requisito de validade cuja falta produz a invalidade do acto administrativo”⁴¹³.

Inevitavelmente, a finalidade do Estado Democrático de Direito, como o Brasil, é garantir o interesse público através do asseguramento dos objetivos constitucionais previstos no art. 3º da Constituição Cidadã. Como o interesse público é um *topos* utilizado como ponto de partida, para o alcance deste desiderato, a Administração Pública deve utilizar o juízo

⁴¹¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros editora, 2009, p. 360.

⁴¹² “Justamente, nos casos em que existe discricionariedade quanto ao objecto ou aos seus pressupostos, convém assegurar, sempre que seja possível, por meio de uma série de formalidades (processo) a ponderação cautelosa e equilibrada de todas as circunstâncias e razões dignas de influir na resolução livre. A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação”. (CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2001, 485).

⁴¹³ *Ibid.*, 486.

ponderativo como forma de argumentação a fim de, em face de cada caso concreto, alcançar o comportamento ótimo.

Desta maneira, o poder discricionário só pode existir como poder estritamente subordinado à Constituição e à lei, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente descrita em lei⁴¹⁴. No momento em que o administrador age fora do que a lei ou a Constituição lhe permitem, atua de maneira arbitrária, excedendo o “mérito” do ato administrativo e agredindo a ordem jurídica. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, ou seja, o agente público não pode agir segundo seu bel-prazer, mas de acordo com o interesse geral.

Indubitavelmente, o ato arbitrário é ilícito e passível de correção judicial. É o que a doutrina denominou de teoria do desvio do poder (ou desvio de finalidade)⁴¹⁵, como causa de invalidade dos atos administrativos e exceção à imunidade de controle jurisdicional dos poderes discricionários⁴¹⁶. Esta teoria representa importante marco para compreensão da discricionariedade enquanto faculdade fundada na Constituição ou na lei, atribuída ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade e proporcionalidade, uma, dentre várias possibilidades de decisão legítimas a fim de cumprir o dever de adotar o comportamento mais adequado à satisfação da finalidade legal.

Com efeito, a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, em que se vislumbra uma evasão do administrador à finalidade pré-estabelecida em lei ou no sistema constitucional delinea limites ao poder discricionário e reflete a tendência de estreitamento da margem de ação do gestor público⁴¹⁷. Trata-se de técnica de redução do poder discricionário, através da qual, vislumbra-se, controle de legalidade em sentido amplo,

⁴¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13.

⁴¹⁵ O desvio de poder constitui, juntamente com o excesso de poder, uma das espécies de abuso de poder. “Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato ultrapassa os limites de suas atribuições (excesso de poder) ou se desvia das finalidades administrativas (desvio de poder)” (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Método, 2002. p. 106-109).

⁴¹⁶ Segundo Miguel Seabra Fagundes é o “que os franceses denominam *détournement de pouvoir*. A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizado e justo, o ato será inválido, por divergir da orientação legal”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87-89).

⁴¹⁷ Dirley da Cunha Júnior pontua que “a atividade discricionária do poder público, modernamente, vem sendo cada vez mais reduzida e delimitada, em decorrência da consagração de importantes princípios constitucionais conformadores da atuação dos poderes, a exemplo dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal formal e substantivo, da razoabilidade e proporcionalidade, da moralidade administrativa, da eficiência, da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, da continuidade do serviço público, da igualdade, da justiça social, da economicidade, entre outros”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 113).

que atinge a liberdade do agente da Administração pública, quando não observar fim específico instituído em lei⁴¹⁸.

Sempre que o administrador buscar fins alheios a qualquer interesse público para dar vazão a intuítos particulares de favoritismo ou perseguição, ou quando valer-se de meios inidôneos para alcançar fim diverso do previsto em lei, ou ainda quando se omitir nas prestações públicas indispensáveis à garantia do mínimo existencial, vislumbra-se desvio de finalidade⁴¹⁹. Em síntese, pode-se afirmar, que este desvio decorre de “um desacordo entre norma abstrata (lei) e a norma individual (ato)”⁴²⁰.

A identificação do desvio de poder remete a fatores como irrazoabilidade da medida, desproporcionalidade entre conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, incoerência entre premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa, etc⁴²¹.

Para ilustrar, se o gestor público não incluir no orçamento verba para executar políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais previstas em lei ou na Constituição, ou se registrar crédito orçamentário com a respectiva dotação na lei orçamentária, mas não implementá-las, haverá desvio de finalidade, passível de controle jurisdicional⁴²².

⁴¹⁸ Neste sentido conferir ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12 ed. Madrid: Civitas, 2005, p.476. O Supremo Tribunal Federal também admitiu o controle de legalidade do poder discricionário no julgamento da ADPF 45/DF (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).

⁴¹⁹ O art. 2º, parágrafo único, letra e, da lei da ação popular (lei 4.717/65) prescreve que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. No mesmo sentido, o art. 11, inciso I da lei de improbidade administrativa (lei 8.429/92) determina que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”.

⁴²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 80.

⁴²² Leia-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro, para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco, se arrasta há anos.

Outro importante instrumento para restringir o poder discricionário do Executivo é a obrigatoriedade de motivação do ato administrativo, que, além de viabilizar o controle da correlação lógica entre o dispositivo normativo e o caso concreto, possibilita a concretização do dever de transparência. Muito embora alguns doutrinadores afirmem a desnecessidade de motivação do ato discricionário⁴²³, após a Constituição de 1988, é extema de dúvidas a obrigatoriedade de motivação de todos os atos administrativos, como aspecto inerente às garantias da cidadania (o povo, como titular do poder público, tem que conhecer os motivos do ato a fim de controlá-lo) e da inafastabilidade de revisão do Poder Judiciário (se o ato não for motivado a análise da razoabilidade e proporcionalidade ficarão prejudicadas).

Portanto, sempre que o gestor público resolver extinguir políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais deve motivar o ato com um grau mínimo de razoabilidade. As escolhas orçamentárias do Executivo, que se relacionem direta ou indiretamente com a concretização de direitos fundamentais sociais, também devem ser motivadas a fim de possibilitar a confrontação pública das mesmas.

É imprescindível reconhecer que podem ocorrer situações excepcionais e imprevistas pelos administradores públicos, de natureza e extensões diversas, como surgimento de epidemias, catástrofes naturais, crises financeiras externas com reflexos na economia interna etc, e o Estado pode fundamentar a exclusão ou não implementação de determinada política pública em face destas situações.

Demais disso, as circunstâncias fáticas de cada caso concreto podem limitar a discricionariedade do administrador, determinando a exclusão de uma ou mais possibilidades do comportamento administrativo abstratamente previsto em lei.

À evidência, quando há colisões entre direitos fundamentais sociais, as circunstâncias fáticas serão determinantes para definir quais direitos deverão preceder em face das condições de cada caso concreto. Neste momento, o administrador precisa fundamentar

Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob constante e permanente lesão. A se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que muitas vezes conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de "mero capacho" do Executivo. (TJ/MG. Voto da Des. Maria Elza, Proc. n. 1.0133.05.027113-8/001. DJ 19.12.2007). Neste caso, a juíza determinou que os réus fizessem constar do orçamento do ano de 2008, dotação necessária à criação e manutenção de abrigo para o atendimento de crianças e adolescentes em situações de risco, implementando, no ano de 2008, a mencionada política pública.

⁴²³ Nesse sentido conferir, MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Método, 2002. p. 149; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010. p. 128.

sua escolha na teoria dos princípios, que, segundo os moldes aqui estabelecidos, relaciona-se diretamente com a regra da proporcionalidade. É dizer, a Administração deve estabelecer uma relação de precedência condicionada na qual o princípio de direito fundamental que tenha maior peso, sob as condições do caso concreto, prevaleça sobre o princípio concorrente, sem eliminá-lo do ordenamento jurídico. Note que a máxima da proporcionalidade funcionará como restrição às restrições dos direitos fundamentais e deve servir de meta-regra que conduza a intelecção do administrador limitando sua margem de apreciação.

Os campos das políticas públicas e das escolhas orçamentárias são ambientes de grandes aberturas para o poder discricionário, e envolvem inúmeras colisões entre princípios de direitos fundamentais sociais.

De fato, ante a plurivocidade de circunstâncias fáticas e jurídicas, é impossível que a lei preveja sempre e com precisão a conduta administrativa que melhor atenda ao interesse público. Exsurge, por conseguinte, a relevância da discricção confiada ao gestor público, como instrumento para atingir a solução ótima.

Ressalte-se que o poder discricionário não é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O objetivo deste poder é viabilizar - nos casos em que a lei não é capaz de fixar, de antemão, o melhor comportamento administrativo para atender a finalidade da norma - que a Administração decida, nos moldes do que lhe foi permitido na lei e na Constituição, de forma mais consentânea com o perfil jurídico, social, político e econômico do Estado⁴²⁴. Nas palavras de Eduardo Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, “*la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: este no puede ser reducido a una pura nomocracia objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas*”⁴²⁵.

Quando a lei confere certa margem de liberdade ao administrador para eleger o melhor ato para cada caso concreto, remanesce implicitamente o dever de balizar a gestão pública com a finalidade normativa.

Desta maneira, no momento em que se atribui ao administrador poder discricionário para elaborar planos de governo e determinar escolhas orçamentárias, exige-se

⁴²⁴ “É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionabilidade e controle jurisdicional*. 2 ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35).

⁴²⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12 ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 463.

que o mesmo adote critérios proporcionais devidamente justificados, para que não imiscua direitos fundamentais, agindo de modo ilegítimo.

Exatamente para evitar decisões arbitrárias, e diante da multiplicidade de interesses conflitantes que envolvem, não raras vezes, direitos fundamentais, a Administração deve utilizar a técnica da ponderação de bens como forma de racionalização dos processos de definição dos interesses públicos prevalecentes. Segundo Gustavo Binbenbojm “a ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico”⁴²⁶.

O juízo ponderativo revela uma das regras parciais da máxima da proporcionalidade. De maneira bem resumida, e sem adentrar em questões mais polêmicas sobre a estrutura da proporcionalidade, pode-se afirmar que a máxima da proporcionalidade exige que o ato estatal limitador de direitos fundamentais seja adequado, necessário e proporcional em sentido estrito (mandamento de ponderação).

Assim, ao utilizar a regra da proporcionalidade, o administrador deve verificar inicialmente se a medida a ser adotada será adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido, ou seja, deve analisar a relação meio-fim entre a medida e o objetivo. Em seguida, deve fazer um exame da necessidade ou exigibilidade da medida. Trata-se do exame comparativo entre todas as medidas existentes para obter o mesmo fim, que deve considerar a eficiência das medidas para realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Virgílio Afonso da Silva pontua que um ato estatal que limite direito fundamental “é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁴²⁷. A última etapa consiste no sopesamento ou ponderação entre os direitos envolvidos, a fim de evitar que medidas estatais, apesar de adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais, além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar⁴²⁸.

A técnica da ponderação refere-se à otimização das possibilidades jurídicas em face dos princípios opostos, que é utilizada nos casos mais complexos quando a regra da proporcionalidade não tiver sido esgotada na análise da adequação ou da necessidade⁴²⁹.

⁴²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109.

⁴²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50, p. 38.

⁴²⁸ Idem. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

⁴²⁹ Idem. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p.23-50.

Através dela atribui-se um peso para cada princípio, de acordo com as circunstâncias de cada caso. Para decidir entre as possibilidades jurídicas será necessário o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada que, pela lei de colisão, dá origem a uma regra (uma razão definitiva para o caso concreto)⁴³⁰. Registre-se que todo este procedimento deverá ser justificado racionalmente pelo intérprete, seja administrador ou juiz.

Ao estudar o tema, Antonio Francisco de Souza sustenta que quando a Administração exerce função orientada à ordenação e ao desenvolvimento de setores sociais concretos, que visem a realização do bem comum, através de “decisões de planificação”⁴³¹, exige-se o dever de justa ponderação dos interesses em conflito, como expressão do princípio do Estado de Direito⁴³². Portanto, quando a administração utiliza o poder discricionário para planejar e executar políticas públicas deve ponderar com justiça os interesses relevantes concorrentes a fim de alcançar o interesse público.

Na percepção de Antonio Francisco de Souza, o processo da ponderação divide-se em três etapas. Inicialmente reúne-se o material digno de ser ponderado, momento em que são feitos o diagnóstico, a delimitação conceitual abstrata e a determinação dos interesses relevantes que precisam ser protegidos pela administração. A segunda fase consiste na valoração ou pesagem dos interesses reunidos, que deve ser feita em função dos objetivos que se pretende alcançar, tendo em consideração os princípios gerais da planificação. Frise-se que o peso dos interesses conflitantes não pode ser determinado teoricamente *in abstracto*, mas apenas diante do caso concreto. É neste momento que se admite, inclusive, a relativização da supremacia do interesse público sobre o privado, eis que diante do caso concreto um interesse privado pode ter peso igual ou superior a um interesse público. A última etapa do procedimento é a ponderação em sentido estrito, que constitui a decisão entre diferentes interesses valorados e consiste em atribuir primazia a certos interesses e deixar outros para segundo plano⁴³³.

Com efeito, a partir da técnica da ponderação a decisão do administrador no tocante às escolhas de políticas públicas, ganha legitimidade e traduz postura mais

⁴³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴³¹ Segundo António Francisco de Sousa as decisões de planificação “caracterizam-se por serem decisões altamente complexas, nas quais se procura chegar a um compromisso entre interesses públicos e privados, positivos e negativos, de diferente valor (peso), interesses passados, presentes e futuros, dados conhecidos e meras expectativas. A decisão planificadora é, assim, por natureza uma decisão criadora que implica realização, iniciativa, decisão própria, autoresponsabilidade”. (SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 131).

⁴³² *Ibid.*, p. 136.

⁴³³ *Ibid.*, p. 142- 145.

transparente e objetiva da Administração, comprometida com a realização dos princípios e valores constitucionais. Desta maneira, a margem de discricionariedade atribuída ao administrador é filtrada pela máxima da proporcionalidade, com ênfase para o raciocínio ponderativo para cada caso concreto, e a melhor escolha acontece em um quadro de fundamentações ou justificativas racionais.

Em arremate, defendem-se três técnicas de redução da discricionariedade, que limitarão a margem de ação do administrador na elaboração e implementação de políticas públicas e nas escolhas orçamentárias: o controle do desvio de poder, a motivação dos atos administrativos e a aplicação da máxima da proporcionalidade.

Evidentemente, tais técnicas são meramente exemplificativas e funcionam como guias heurísticos para a correta compreensão da discricionariedade⁴³⁴, além de serem instrumentos limitadores da margem de liberdade do administrador, tendo como foco a garantia dos direitos fundamentais e o alcance do interesse público em cada caso concreto.

Interpretação e discricionariedade devem caminhar paralelamente. A livre escolha dos agentes públicos da Administração não os isenta de “se valerem de recursos hauridos da hermenêutica para que a solução perseguida não acarrete transbordamento e ultrapassagem da moldura legal”⁴³⁵.

É exatamente este enfoque que deve ser conferido ao poder discricionário no constitucionalismo contemporâneo, ou seja, uma margem de liberdade pautada em limites constitucionais e legais e na técnica de ponderação dos interesses conflitantes a fim de concretizar a finalidade prevista na lei.

Assentadas tais considerações, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica do sistema constitucional, que atos e decisões discricionárias do administrador público, que não observarem os limites fáticos e jurídicos impostos pelo próprio ordenamento jurídico, serão considerados arbitrários e estarão sujeitos ao controle jurisdicional como forma de manutenção do Estado Democrático.

⁴³⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12 ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 474.

⁴³⁵ LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS editora, 2006, p. 83.

5.1.3 A importância da meta-regra da proporcionalidade na intervenção jurisdicional das políticas públicas e das escolhas orçamentárias

Conforme restou consignado ao longo deste estudo, a relação entre direitos fundamentais sociais, políticas públicas e escolhas orçamentárias envolve casos difíceis que, inúmeras vezes, são levados ao Judiciário. Ali, em face da colisão entre princípios, circunstâncias fáticas e jurídicas deverão ser sopesadas a fim de alcançar decisão que não vulnere o núcleo essencial do direito fundamental social.

O sopesamento integra uma das sub-regras da proporcionalidade. Diante da complexidade das relações jurídicas, que abarca conflitos valorativos e interdisciplinares, a meta-regra da proporcionalidade ganha contornos de importância prática indiscutíveis, pois serve de instrumento de controle dos atos do poder público.

A preferência pela expressão “meta-regra” se justifica, por um lado, pelo fato de a proporcionalidade possuir estrutura de regra (já que impõe um dever definitivo em face da colisão entre princípios), e, por outro, por servir como regra de aplicação para outras normas. O prefixo “meta” decorre desta linha de inteligência e tem por escopo conferir maior clareza conceitual⁴³⁶.

Muitos doutrinadores preferem tratar a proporcionalidade como princípio, em face do grau de importância de sua exigência. Entretanto, para manter coerência com o que até aqui se sustentou, o emprego do signo “princípio” não se mostra adequado, uma vez que proporcionalidade não é espécie de norma que se realiza na maior medida possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Ela impõe um dever definitivo.

Em linha próxima com o que aqui se defende, Humberto Ávila sustenta que proporcionalidade é um “postulado normativo aplicativo”, que funciona como norma que fundamenta a aplicação de outra norma. Na perspectiva do autor, proporcionalidade é uma norma de segundo grau ou metanorma⁴³⁷. Sem dúvida, o termo é correto, mas enquadra a proporcionalidade em outra categoria normativa, uma vez que Humberto Ávila não comunga com a distinção estrutural entre princípios e regras aqui adotada. Embora seja compreensível

⁴³⁶ Apesar deste trabalho adotar o termo “meta-regra”, não há inconsistência em utilizar a expressão “regra” como preferiu Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168) ou “máxima” na linha de Robert Alexy. Sublinhe-se que Robert Alexy é claro ao afirmar que as três máximas parciais da proporcionalidade devem ser consideradas como regras. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117, nota de rodapé 84).

⁴³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

o uso da expressão, deve-se ter em mente que este postulado possui, na essência, estrutura de regra⁴³⁸.

A denominação é, todavia, secundária. O decisivo é constatar que proporcionalidade tem estrutura de regra e deve ser empregada sempre que um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou um interesse coletivo, implicar restrição de outros direitos fundamentais⁴³⁹.

Como a exigibilidade de direitos fundamentais sociais depende da execução de políticas públicas e de escolhas orçamentárias, muitas vezes o administrador, o legislador e o juiz se deparam com a necessidade de ponderar circunstâncias que determinam o peso dos princípios no caso concreto, formalizando a relação de precedência de um em relação a outro.

Antes de analisar a meta-regra da proporcionalidade a partir de suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação), mister esclarecer que proporcionalidade e razoabilidade não são termos equivalentes. Apesar de possuírem objetivos semelhantes, eis que tencionam controlar atos do Executivo e do Legislativo que restrinjam direitos fundamentais, não há relação de sinonímia entre as expressões.

Na verdade, malgrado a enorme confusão doutrinária e jurisprudencial⁴⁴⁰ sobre o tema, razoabilidade e proporcionalidade apresentam origens e estruturas diversas.

Na Inglaterra, a ideia de razoabilidade como instrumento de controle, ficou consolidada com o teste da irrazoabilidade, também conhecido como teste *Wednesbury*, proferido em decisão judicial no ano de 1948. Naquela oportunidade, assentou-se entendimento segundo o qual se um ato do poder público for caracterizado como irrazoável ou absurdo pode haver intervenção do Judiciário⁴⁴¹.

Ocorre que para que um ato seja considerado desproporcional não precisa ser, necessariamente, desarrazoado. Dito de outro modo, a exigência de razoabilidade não se confunde com a meta-regra da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade, tal como desenvolvida dogmaticamente na Alemanha, apresenta estrutura racionalmente definida, com sub-regras independentes, utilizadas como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas a direitos fundamentais (proibição de excesso), bem como para o controle da omissão ou

⁴³⁸ Sufragando este entendimento, conferir SILVA. Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169.

⁴³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50, p. 24.

⁴⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido conferir STF, ADI 855-2/PA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 06/03/2008).

⁴⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50, p. 24.

atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção (proibição da proteção insuficiente).

Dieter Grimm explica que o teste de proporcionalidade foi desenvolvido pela primeira vez, por tribunais administrativos alemães no final do século XIX. O teste era utilizado para controle da discricionariedade do poder de polícia dos agentes do Estado que interferiam na liberdade dos indivíduos ou em sua propriedade. Nesse contexto, a regra da proporcionalidade serviu como restrição à atividade policial, que precisava observar a finalidade legal. Portanto, os meios adotados através do poder de polícia em relação ao cidadão tinham que ser adequados para atingir a finalidade da lei. Se houvesse um meio menos invasivo que atingisse a mesma finalidade, este meio deveria ser aplicado, sob pena de o ato ser infirmado. Em determinadas situações, os tribunais faziam um balanceamento entre a restrição empreendida pelos meios utilizados e a importância da finalidade almejada, para aferir se a limitação do direito era proporcional⁴⁴².

Apenas quando o Tribunal Constitucional Alemão foi criado (1951), é que o teste da proporcionalidade foi transferido para o âmbito do direito constitucional, como forma de proteção dos direitos fundamentais. Apesar de ser reiteradamente aplicado na jurisprudência da Suprema Corte, inicialmente não houve qualquer explicação do Tribunal sobre o fundamento jurídico para que a regra fosse aplicada. Em 1965, o Tribunal alemão esclareceu que a regra da proporcionalidade pode ser inferida da própria essência dos direitos fundamentais, que expressam uma pretensão à liberdade dos cidadãos em relação ao Estado, e que, por esse motivo, só podem ser limitados pelo poder público na medida em que for absolutamente necessário, e para proteger interesses públicos⁴⁴³.

⁴⁴² Esclarece Dieter Grim: “The proportionality test is older than the German Constitution. It was first developed by German administrative courts, mainly the Prussian Oberverwaltungsgericht, in the late nineteenth century and applied to police measures that encroached upon an individual’s liberty or property in cases where the law gave discretion to the police or regulated police activities in a rather vague manner. Here the principle of proportionality served as an additional constraint on police action. The action required a lawful purpose. The means adopted by the police vis-a-vis the citizen had to be suitable to reach the purpose of the law. If a less intrusive means to achieve the end of a law was available, this means had to be applied. In some cases, the courts asked, in addition, whether a proper balance had been struck between the intrusiveness of the means and the importance of the goal pursued. A failure to comply with these requirements rendered police actions unlawful.” (GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. Volume 57, Number 2, Spring 2007, pp. 383-397).

⁴⁴³ Exatamente neste sentido, ilustra Dieter Grim: “It took until 1963 for the Court, in a case concerning the right to physical integrity (art. 2(2)), to recognize the applicability of the principle in all cases where fundamental freedoms are infringed. Another two years passed before the Court explained where it finds the textual basis for the principle: ‘it follows from the principle of the rule of law [guaranteed in art. 20], even more from the very essence of fundamental rights, which are an expression of the citizens’ general claim to freedom vis-a-vis the state and which may be limited by public power only insofar as it is absolutely necessary in order to protect public interests’”. (Ibid., pp. 383-397)

Assentadas tais considerações, pode-se afirmar que a aplicação da regra da proporcionalidade, de matriz germânica, no ordenamento jurídico brasileiro também decorre da estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios.

Além da diferença quanto a origem, a regra da proporcionalidade também apresenta conotação jurídica diversa da razoabilidade, quanto ao modo de ser aplicada, já que se subdivide em três sub-regras: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento ou ponderação).

Uma ação do estado que intervenha no âmbito de proteção de determinado direito fundamental ou que implique numa proteção insuficiente⁴⁴⁴, só será legítima se passar pelo teste da proporcionalidade, que consiste na análise das três sub-regras.

A regra da proporcionalidade deve ser aplicada de modo estruturado. Inicialmente, verificam-se as circunstâncias fáticas que restringem direitos fundamentais. Para tanto, deve-se averiguar se a medida restritiva adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido (adequação ou idoneidade). Ultrapassada esta etapa, verifica-se se o meio utilizado foi necessário ou se há outro meio menos gravoso disponível e igualmente eficaz (necessidade)⁴⁴⁵. Entretanto, a medida restritiva pode ser adequada, necessária e ainda assim ser desproporcional, devido à gravidade dos efeitos da medida restritiva. É que, além das circunstâncias fáticas, devem-se verificar as possibilidades jurídicas, ou seja, ponderar o grau de interferência (leve, moderada e séria) e de realização do direito fundamental (pequena, média, alta). Explica-se: deve-se sopesar a intensidade da intervenção do direito fundamental e o benefício proporcionado pela consecução do fim pretendido. A partir desse procedimento, é possível alcançar solução racional para os interesses conflitantes.

Se, no teste da proporcionalidade, ficar demonstrado que a medida restritiva nem sequer fomenta a finalidade legal almejada, a ação deve ser considerada imediatamente desproporcional. Logo, para que um ato do poder público seja considerado desproporcional basta que não atenda a uma das sub-regras da proporcionalidade.

Há quem questione a utilização da ponderação, sob o argumento de que ela é responsável pelos excessos de subjetivismos cometidos em razão da aplicação do teste da proporcionalidade pelos juízes e tribunais. Mesmo que não seja possível aprofundar o debate, em face dos limites deste estudo, é imperioso destacar, com base nos ensinamentos de Chaim

⁴⁴⁴ Dieter Grimm afirma categoricamente: “a law can violate the Constitution not only when it goes too far in limiting a fundamental right (Übermaßverbot) but also when it does too little to protect a fundamental right (Untermaßverbot)”. (GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. Volume 57, Number 2, Spring 2007, pp. 383-397)

⁴⁴⁵ Dieter Grimm assevera que na jurisprudência constitucional alemã um meio é “necessário” para atingir o objetivo da lei, quando meios menos invasivos não estiverem disponíveis. (Ibid., pp. 383-397)

Perelman, que “a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida”⁴⁴⁶. Portanto, o subjetivismo ou o decisionismo dos juízes devem ser sobrepostos pela fundamentação racional, exigida no modelo de sopesamento.

Demais disso, convém registrar que a ponderação ocorre em face do caso concreto e consiste em um procedimento racional que fundamenta o motivo pelo qual, diante de determinadas condições, um princípio precede outro. Admite-se, portanto, que, por meio da argumentação jurídica estabeleçam-se prioridades entre interesses conflitantes.

Robert Alexy afirma que diante do caso concreto são estabelecidas relações de precedências condicionadas que consistem “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária”⁴⁴⁷. Segundo o autor, o conceito de relação de precedência condicionada oferece uma resposta simples: “em face de um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto”⁴⁴⁸.

Dos enunciados de precedências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Frise-se que a fundamentação racional dos enunciados de precedência é imprescindível para evitar o arbítrio jurisdicional no momento da ponderação.

Além da fundamentação adequada é importante determinar, cuidadosamente, o que será sopesado. Para facilitar o processo decisório do intérprete e ordenar a argumentação jurídica no momento da ponderação, parece correto defender um caminho a ser seguido em quatro etapas. Inicialmente, o intérprete deve identificar os enunciados normativos que aparentemente se encontram em tensão. Neste momento, apenas as possibilidades jurídicas devem ser consideradas. Em seguida, o intérprete deve identificar as circunstâncias fáticas relevantes do caso concreto e suas repercussões sobre os enunciados normativos em conflito. Na terceira etapa, o intérprete deve estabelecer, com base nos enunciados normativos e nas circunstâncias fáticas, as relações de precedência condicionada em face do caso concreto. Esses dados permitirão ao exegeta dimensionar o grau de interferência (leve, moderada e séria) e de realização do direito fundamental (pequena, média, alta), para discernir qual

⁴⁴⁶ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 1 ed. 3 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 191.

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 97.

solução atingirá um nível ótimo diante das circunstâncias fáticas. Por fim, chega-se a fase da decisão, que deverá sopesar os diferentes pesos e definir qual deles deve preponderar, ou seja, qual norma dará solução ao caso⁴⁴⁹.

Esta última etapa dependerá de parâmetros desenvolvidos pelos teóricos da argumentação jurídica, a exemplo das regras básicas da não contradição, da pretensão de universalidade da decisão, regras de justificação interna e externa, etc⁴⁵⁰. Não se vai cuidar aqui deste tema, por não ser este o cerne deste estudo.

Em suma, o intuito dessas considerações foi demonstrar que, por meio da argumentação jurídica é possível diminuir os subjetivismos do julgador no momento da ponderação.

É forçoso destacar ainda que não se deve resumir a meta-regra da proporcionalidade à ponderação. Se as três etapas do processo forem claramente definidas e utilizadas corretamente, a máxima da proporcionalidade alcançará o objetivo de controle dos atos dos poderes públicos que restrinjam direitos fundamentais por ação ou por omissão. Deve-se evitar, pois, a confusão das medidas, que pode criar o perigo que elementos entrem em operação de uma forma descontrolada e tornem os resultados mais arbitrários e menos previsíveis⁴⁵¹.

Em sociedades economicamente desiguais, como o Brasil, decisões que envolvem conflitos distributivos precisam levar em consideração as desigualdades econômicas e sociais dos indivíduos envolvidos (necessidade fática), o grau de essencialidade e de excepcionalidade da situação concreta e a proporcionalidade da medida.

Deste modo, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas e nas escolhas orçamentárias para controle da proibição do excesso ou da proibição da proteção insuficiente no que concerne a direitos fundamentais sociais, deve observar as três sub-regras da

⁴⁴⁹ Em linha semelhante, Ana de Paula Barcellos defende que a técnica da ponderação deve passar por três etapas. “Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92).

⁴⁵⁰ Nesse sentido, conferir: (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001). Sobre justificação interna e externa importa registrar o trabalho de Jerzy Wróblewski que descreve o dever-ser do processo interpretativo e a justificação da decisão interpretativa. (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Cívitas, 2001).

⁴⁵¹ GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. Volume 57, Number 2, Spring 2007, pp. 383-397.

proporcionalidade. Frise-se que o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Legislativo ou o Executivo, transformando o que é discricionariedade administrativa em discricionariedade judicial, mas o de dirimir conflitos nos termos da Constituição e da lei⁴⁵².

Na verdade, tanto a escolha do administrador público em relação às políticas públicas a serem implementadas ou às dotações orçamentárias devem ser proporcionais e razoáveis, como a interpretação judicial deve observar a máxima da proporcionalidade para efetivação de direitos fundamentais sociais.

Como já ficou registrado, salvo em relação ao mínimo existencial, que há o direito subjetivo definitivo à prestação, apenas existe direito público subjetivo *prima facie* a direito fundamental social, fato que impõe a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas antes da concretização. Para tanto, o intérprete deve verificar, cuidadosamente, se a medida restritiva foi, de fato, adequada, necessária e equitativa, sob pena de vulnerar o núcleo essencial destes direitos.

Com efeito, o recurso adequado à máxima da proporcionalidade pode evitar arbitrariedades pelas três esferas de poderes e garantir uma coordenação de funções e decisões.

Com lastro nestes argumentos, é inconteste reconhecer a relevância da meta-regra da proporcionalidade como instrumento necessário na intervenção jurisdicional das políticas públicas e das escolhas orçamentárias, quando o objetivo é a realização de direitos fundamentais sociais.

5.2 Controle Jurisdicional do orçamento no espaço democrático

5.2.1 Considerações gerais sobre controle do orçamento

Antes de discorrer sobre os limites e as possibilidades da judicialização de alocações de recursos públicos, através de decisões do Judiciário que visem efetivar direitos

⁴⁵² SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: Fernando Facury Scaff; Roberto Romboli; Miguel Revenga. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 22-53.

sociais, é necessário ter em mente que a Constituição não é omissa quanto ao controle do orçamento.

Diante da natureza formal e material do orçamento público, sempre que ficarem demonstradas situações como inobservância de regras e princípios orçamentários impostos pelo constituinte, desrespeito às vinculações constitucionais explícitas, ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade na sua elaboração ou execução, o orçamento não ficará imune a controle.

A Constituição Federal de 1988 estabelece um sistema dual de controle do orçamento público, ao dispor no art. 70 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder⁴⁵³.

Adicionalmente, quando o constituinte previu a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII), e ainda determinou que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º), admitiu a possibilidade de controle social do orçamento público. Destaque-se também que a Constituição reforça o controle social ao determinar que as contas do Município ficarão, durante sessentas dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação (art.31, §3º).

A viabilidade do controle social do orçamento rompe com o autoritarismo dos Poderes estatais, possibilitando uma abertura democrática em prol da concretização dos objetivos fundamentais da Carta Magna. De fato, este controle promove transparência da gestão fiscal, “pois a atividade financeira da Administração Pública passa a se desenvolver a partir das expectativas populares quanto ao que incumbe ao aparato estatal priorizar na aplicação dos recursos financeiros”⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Art. 74, CF/88. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; 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; III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

⁴⁵⁴ ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 170.

Evidencia-se o potencial democrático deste tipo de controle, que não se enquadra numa mera orientação ideológica, mas no exercício do direito de participação popular no planejamento e na fiscalização da gestão dos gastos públicos.

Como asseverado em outra oportunidade, o controle social, por meio do orçamento participativo, vincula o Executivo e o Legislativo, que só podem preterir as deliberações da sociedade por motivo fundamentado e razoável⁴⁵⁵. Ou seja, os investimentos efetivamente realizados pela Administração devem corresponder ao que foi previamente deliberado pela população.

Na realidade, o controle social do orçamento funciona como instrumento de legitimação das escolhas dos gestores, uma vez que “confiar a determinação das prioridades de investimento à própria população, nesse quadro de escassez de meios materiais, nada mais é do que legitimar a atuação governamental”⁴⁵⁶.

Apesar disso, na prática, o controle social ainda está bem distante de ser concretizado, eis que o Poder Executivo inviabiliza a efetiva participação da sociedade, por não cumprir, dentre outros motivos, com o dever de informação, motivação e publicidade de seus atos. O acesso à informação é fundamental para garantir transparência (art. 48 da lei de responsabilidade fiscal) e controle.

Ocorre que o Poder Executivo concentra as informações de índole financeira que regem o processo orçamentário, uma vez que todas as esferas governamentais possuem um aparato técnico, representado por algum departamento ou secretaria, que seja responsável pelo fornecimento de dados, com a maior precisão possível quanto à efetiva disponibilidade dos recursos, mas não divulga em linguagem acessível à população, dificultando o controle⁴⁵⁷.

Registre-se também a existência de sérios problemas no que concerne ao controle político externo, exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, eis que o quadro institucional brasileiro está pautado em interesses clientelistas de cunho político-eleitoral entre os Poderes Legislativo e Executivo, que inviabilizam um controle legítimo e eficiente.

Apenas a título ilustrativo, por não ser esse o foco deste trabalho, a fim de consubstanciar uma fiscalização mais efetiva pelo Tribunal de Contas necessário extinguir a

⁴⁵⁵ Sérgio Assoni Filho preconiza que “[...] as decisões tomadas em instâncias participativas e que digam respeito à implementação de políticas públicas, como no caso das leis orçamentárias aprovadas com a participação direta da população, não vinculam os Poderes instituídos, mas têm validade jurídica no sentido de que o Poder Público deve prestar contas à coletividade, sempre que as pretensões exprimidas por seus segmentos não forem acatadas.” (ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 160).

⁴⁵⁶ Ibid., p. 170.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 177.

escolha política de seus componentes, verdadeira fonte de ineficiência e subordinação às forças políticas que elegeram, fato que compromete a autonomia decisória do órgão.

O aprofundamento de aspectos e problemas específicos relacionados ao controle social e político do orçamento, foge aos limites deste estudo, circunscrito ao controle jurisdicional. De qualquer maneira, convém sublinhar a importância destes controles como imperativos do Estado democrático.

Além do controle político e social, a Constituição não foi omissa quanto ao controle do Judiciário, haja vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Todas as leis que agredirem regras ou princípios constitucionais deverão se submeter ao controle do Judiciário, cuja função precípua é ser guardião da Constituição. Portanto, se a lei orçamentária for desarrazoada, desproporcional, ou se transgredir limites estabelecidos pelo constituinte será passível de controle de constitucionalidade. Ressalte-se ainda que a execução do orçamento também pode ser objeto de controle.

Portanto, o sistema constitucional de controle orçamentário envolve a participação conjunta e harmônica do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, cada qual dentro dos limites previamente traçados.

5.2.2 Intervenção judicial no orçamento: delineando limites

A intervenção do Judiciário em questões orçamentárias é alvo de enorme cizânia doutrinária e jurisprudencial.

Para compreender essa questão, insta lembrar as bases jurídico-constitucionais do orçamento e o momento histórico que se está a examinar.

Por muitos anos, o orçamento foi visto como lei de meios, ou como ato administrativo ligado à atividade discricionária do poder público, sem qualquer força vinculativa quanto à fixação de despesas e a efetivação de interesses sociais.

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, e, principalmente, a partir das perspectivas do direito constitucional contemporâneo, que estabelecem a necessidade de constitucionalização do direito, a força normativa de princípios, e a máxima efetivação dos direitos fundamentais, o cenário da lei orçamentária sofre drástica metamorfose.

É preciso insistir que de mera peça de ficção jurídica, o orçamento passa a ser instrumento fundamental ao exercício democrático da cidadania e à garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, a natureza da lei orçamentária deve ser considerada tanto no aspecto formal, quanto no material.

Além disso, não precisa grande esforço de argumentação para sustentar que direitos fundamentais representam a base de legitimação do Estado Constitucional Democrático e, por isso, todos os poderes públicos devem agir com vistas a garanti-los. Sobre a vinculação dos poderes públicos aos preceitos constitucionais, Dirley da Cunha Júnior esclarece:

[...] a heterovinculação da Constituição é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que vincula tanto os órgãos do Poder que a Constituição estabelece, como os cidadãos. Assim, tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir⁴⁵⁸.

Não é demais lembrar que, o vínculo entre orçamento e direitos fundamentais sociais é inarredável, na medida em que os custos dos direitos e a escassez de recursos exigem prioridades nas escolhas alocativas para implementação de políticas públicas, em prol do interesse da coletividade.

Por certo, cabem ao Legislativo e ao Executivo, prioritariamente, a deliberação sobre o destino dos recursos orçamentários. Todavia, consoante sublinhado ao longo deste estudo, há limites constitucionais formais e materiais à liberdade de conformação destes poderes, que vinculam determinadas fixações de despesas e cumprimento de metas.

As normas da Constituição sobre direitos fundamentais sociais obrigam o Legislativo a destinar, por meio da lei orçamentária, recursos para políticas públicas voltadas à concretização destes direitos. Bem assim, a Constituição vincula a execução orçamentária, ao menos, no tocante às necessidades públicas primárias.

À luz destas afirmações, a margem de ação discricionária do gestor público, no momento da escolha orçamentária, precisa estar adstrita aos valores e aos objetivos constitucionais, sob pena de afronta direta ou indireta à Carta Magna.

Por seu turno, não se deve descurar que é papel do Poder Judiciário no Estado Democrático proteger e conferir efetividade às normas constitucionais, através da interpretação da Constituição, das leis e dos atos administrativos.

⁴⁵⁸ CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 635.

Quer se dizer com isso que, em caso de inobservância dos preceitos da Constituição, bem como de omissão total ou parcial do Executivo ou do Legislativo, o Poder Judiciário estará legitimado a intervir para preservar a supremacia constitucional.

Nesse caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes. A Constituição Democrática não consagrou em seu texto referido princípio de maneira absoluta, já que admitiu o controle recíproco entre os mesmos (*checks and balances*). Portanto, a intervenção do Judiciário manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos⁴⁵⁹.

Para além disso, a intervenção do Judiciário não deve substituir a competência do Executivo ou do Legislativo, mas apenas controlar a constitucionalidade de suas ações, dirimir conflitos por meio da interpretação e argumentação racional, com vistas a garantir a democracia e proteger direitos fundamentais. Não é outro o entendimento de Luís Roberto Barroso ao apregoar que se as leis e os atos administrativos implementarem a Constituição e forem regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção⁴⁶⁰.

O controle de constitucionalidade da lei orçamentária, por exemplo, decorre da supremacia constitucional, o que não quer significar que “não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”⁴⁶¹.

Mirkine-Guetzévitch, ao tratar da supremacia da Constituição, frisou que a ideia de “superlegalidade dos textos constitucionais” espalhou-se pelo mundo a partir do século dezoito graças à difusão da teoria do controle de constitucionalidade das leis. Para o autor, a instituição do controle de constitucionalidade é um dos fenômenos de racionalização do poder, que expressa de forma concreta o primado do poder constituinte e garante a legalidade superior da Constituição⁴⁶².

⁴⁵⁹DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

⁴⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2010.

⁴⁶¹BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006.

⁴⁶²GUETZÉVITCH, Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 72 - 74.

Como se vê, no altiplano do direito constitucional contemporâneo, indeclinável a possibilidade de controle vertical do orçamento. Alijar a verificação de compatibilidade da lei orçamentária com a Lei Fundante do país, é o mesmo que anuir com a ideia de que o orçamento está acima da Constituição, circunstância impensável em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, o Poder Judiciário também pode ser provocado para controlar a execução do orçamento nos aspectos da legalidade, de legitimidade e de economicidade, fato que será explanado na análise das situações que ensejam controle.

Desde já, anote-se que nem todas as formas de intervenção do Judiciário são contrárias ao orçamento, ou seja, o Judiciário é provocado para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei orçamentária. Há situações em que se vislumbra controle em prol do orçamento⁴⁶³, para exigir, por hipótese, cumprimento de metas para elaboração de políticas públicas. Como a natureza do orçamento é de lei em sentido formal e material, exige-se do poder público motivação racional e fundamentada que justifique o não cumprimento destas metas, uma vez que esta decisão restringirá direitos fundamentais sociais. Em outros termos, o Judiciário pode intervir para controlar omissões na utilização das dotações previstas ou alterações arbitrárias do orçamento pelo gestor público.

A par destes controles, questão bastante controvertida, que tem gerado inúmeras polêmicas do ponto de vista jurídico, político e econômico, relaciona-se à intervenção jurisdicional no orçamento por via indireta, através de decisões judiciais que determinam realocação de recursos para cumprimento de obrigação de fazer no mesmo exercício financeiro, sob o fundamento da aplicabilidade direta e imediata de direitos fundamentais sociais.

Trata-se da distribuição de recursos públicos escassos pelo Judiciário, que repercute diretamente nas “escolhas orçamentárias trágicas” dos gestores. Liminares em ações individuais que determinam a exigibilidade concreta de prestações para garantia de direitos fundamentais sociais, sem considerar as circunstâncias fáticas relacionadas à escassez de

⁴⁶³ Expressão utilizada por Pedro Germano dos Anjos. Segundo o autor, “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”. (ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento – Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no Cumprimento dos Direitos Fundamentais a prestações fáticas*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010).

recursos e a lei orçamentária em vigor⁴⁶⁴; decisões que obrigam o Executivo a construir salas de aula⁴⁶⁵, leitos em hospitais, abrigos para adolescentes infratores, no mesmo exercício financeiro, ainda que não exista dotação orçamentária para tanto; alteração de objetivos traçados em programas de governo para concretizar direitos fundamentais sociais ou exigência de implementação de políticas públicas não incluídas no orçamento para o mesmo exercício financeiro, são algumas situações que precisam ser analisadas pontual e cuidadosamente, a fim de que não haja subversão do princípio democrático. Observe que para estas decisões judiciais não existem rubricas específicas no orçamento⁴⁶⁶, fato que impõe realocação de recursos públicos.

Não se afirma, contudo, que tais intervenções jurisdicionais sejam antidemocráticas, mesmo porque esta percepção depende da análise de cada caso concreto, porém, defende-se, de antemão, a necessidade de observância de limites inferidos teleologicamente do próprio sistema, com o intuito de harmonizar o controle do Poder Judiciário com as funções do Legislativo e do Executivo e com o próprio texto da Constituição Federal.

⁴⁶⁴ “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”. (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).

⁴⁶⁵ “O titular do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia, juiz Maurício Porfírio Rosa, determinou ao Estado de Goiás a construção de 953 salas de aula nos colégios estaduais da capital até o final do exercício de 2008. A ordem judicial foi requerida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público (MP) para que sejam atendidas as exigências estabelecidas pela legislação, no que se refere à quantidade mínima de alunos por salas”. (Notícia disponível em <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=3848>. Acesso em 03 de junho de 2010). Em sentido contrário, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPLEMENTAÇÃO DE 288 VAGAS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO INFANTIL E INCLUSÃO DA DESPESA NO ORÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - OBEDIÊNCIA À LEI ORÇAMENTÁRIA. Não se pode negar a obrigação do Estado com a educação, prescrita no art. 205 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil. A análise de casos como este, deve ser sob o prisma da capacidade financeira do Município, a inesperada criação de 288 vagas em creches e pré-escolas municipais e a inexistência de receita, hipótese que pode causar um gravame aos cofres públicos e um desequilíbrio no orçamento do pequeno Município (Gaspar)”. (Apelação Cível n.º 2006.048011-0, de Gaspar. 1ª Câmara. Dir. Públ. do TJSC, rel. Des. Volnei Carlin, v. u., DJ 167, 19 mar. 2007, p. 201).

⁴⁶⁶ Para cumprimento de decisão judicial há três tipos de despesas previstas no orçamento – precatórios, sentenças de pequeno valor e outras decisões. Para pagamento de precatório e sentença de pequeno valor há expressa previsão constitucional de inclusão no orçamento de dotações para esta finalidade. Entretanto, não há previsão de despesa específica no orçamento para decisão que protege direito social de determinado indivíduo, razão pela qual deve ser incluída em “outras decisões”. Ocorre que, como é impossível prever a quantidade de demandas judiciais pleiteando proteção de determinado direito social haverá necessidade de suplementação de despesa pelo Executivo e de autorização do Legislativo para criação de créditos especiais para atender a decisão judicial.

Observe que os juízes não devem substituir o Executivo nas escolhas orçamentárias para satisfação de direitos fundamentais sociais, mas podem e devem examinar se as medidas eleitas são idôneas e razoáveis à concretização de tais direitos. Se a alocação for visivelmente desarrazoada ou fundamentada em motivos escusos, discriminatórios, de interesse pessoal do gestor, ter-se-á uma situação passível de controle. Corroborando este raciocínio, exemplifica Dirley da Cunha Jr.:

Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um piscinão ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente⁴⁶⁷.

Conforme apregoado neste estudo, a própria Constituição Federal estabelece estreitamentos ou exclusões de alternativas possíveis em relação a direitos fundamentais sociais, que afunilam a margem de conformação do administrador para escolhas orçamentárias, desde o planejamento até a execução. Portanto, em caso de alocações financeiras que transgridam comandos constitucionais e a máxima de proporcionalidade é possível haver controle pelo Judiciário.

Desde já, insta sublinhar que a intervenção jurisdicional não deve focar os meios que a Administração Pública precisa adotar a fim de satisfazer direitos fundamentais sociais (discricionariedade de meios)⁴⁶⁸. Contudo, o Poder Judiciário pode ser provocado para analisar a escolha do gestor a partir de noções de razoabilidade, de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

⁴⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 472-473.

⁴⁶⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. CASSAÇÃO DE LIMINAR. INSTALAÇÃO IMEDIATA DE UMA DELEGACIA DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE. DESCASO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE TEMPO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INVASÃO DA SEARA PRIVATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO. TESES CONTEMPLADAS. RECURSO PROVIDO. 1. A construção de uma Delegacia de Atendimento ao Adolescente, apesar de representar um direito fundamental da criança e do adolescente, insculpido no art. 227 da CF e ratificado nos art. 4º e 5º do ECA, está inserido no poder discricionário do administrador, que deverá analisar a oportunidade e conveniência para a realização da obra. Dessa forma, em conformidade com o princípio da discricionariedade, o Poder Público tem liberdade para escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve existir, com a finalidade de sempre preservar o interesse público. 2. Não cabe ao judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Poder Executivo, para determinar a construção de obra especificada, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, que, constitui cláusula pétrea, estabelecida no artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal. 3. É necessário antes da construção, se fazer uma previsão orçamentária, um estudo prévio, caso contrário, ferindo o inclusive o princípio constitucional como o da obrigatoriedade de procedimento licitatório, realização de concurso público para a nomeação de servidores, gerando graves prejuízos e ônus aos cofres públicos, com poucos resultados práticos para a comunidade. 4. A alegação de desarrazoabilidade do curto tempo fornecido merece prosperar. 5. Recurso conhecido e provido. (TJ/PA, Agravo de Instrumento n.º 2008.3.010128-0, Desembargador Relator: José Maria Teixeira do Rosário, DJ 27/05/2010).

Além da discricionariedade de meios, impõe-se como limite à intervenção judicial nas escolhas orçamentárias a observância de regras e princípios constitucionais que regem os gastos públicos. As vedações expressas no art. 167, CF/88, que proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou mesmo a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, sob pena de constituir crime de responsabilidade (art. 85, VI, CF/88), precisam ser levadas em consideração pelo Judiciário no momento de exigir a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Observe que há uma diferença substancial entre declarar a inconstitucionalidade da lei orçamentária, ou a ilegalidade dos atos de execução do orçamento, e exigir a realocação de recursos previstos a partir de um planejamento coerente com os preceitos constitucionais. Nesta última hipótese, haverá colisão entre normas constitucionais: regras orçamentárias *versus* direitos fundamentais sociais (princípios). Portanto, ao reconhecer as normas constitucionais orçamentárias como limites à atuação do Judiciário, quando houver conflito com direitos fundamentais sociais, o Judiciário deverá, com base no fenômeno da adscrição das regras a princípios⁴⁶⁹, ponderar os princípios colidentes a fim de demonstrar qual deve prevalecer diante das circunstâncias fáticas e jurídicas.

O princípio do planejamento e da segurança jurídica, por exemplo, fundamentam a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários e devem ser ponderados com o direito à exigibilidade de direitos fundamentais sociais no caso concreto.

No mesmo sentido, é o limite decorrente das exigências para geração de despesas prescritas na lei de responsabilidade fiscal⁴⁷⁰. Nada impede, todavia, que diante das circunstâncias do caso concreto, metas sociais prevaleçam sobre metas fiscais.

Por óbvio, como não existem direitos fundamentais absolutos e como os direitos sociais devem ser realizados na máxima medida possível, admite-se que, diante do caso

⁴⁶⁹ A explicação do fenômeno da adscrição das regras aos princípios foi traçada no tópico referente a princípios e regras, no capítulo referente aos conceitos fundamentais (Vide nota de rodapé n. 52).

⁴⁷⁰ Prescreve o art. 16. da lei de responsabilidade fiscal - A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. § 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para: I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

concreto, circunstâncias fáticas e jurídicas sejam levadas em consideração para serem ponderadas pelo aplicador do direito.

Inelutavelmente, o controle jurisdicional de políticas públicas que repercute nas escolhas orçamentárias e na realocação de recursos públicos requer análise mais acurada, razão pela qual se fará referida reflexão em tópico específico.

Após esta tomada de posição, impende discorrer sobre as possibilidades de controle jurisdicional do orçamento, sempre tendo em vista o exame do comportamento dos juízes e tribunais do Brasil.

5.2.3 Possibilidades de controle jurisdicional

Neste momento, cumpre esboçar algumas condutas ou bens que podem ser exigidos pelo Poder Judiciário na elaboração e na execução da peça orçamentária. Obviamente, não se tenciona esgotar todas as situações objeto de controle, mas, tão somente, ilustrar alguns casos em que se evidencia necessidade de intervenção judicial.

Como já asseverado, a lei orçamentária deve ser condizente com a realidade e não mera peça de ficção que promete o que é irrealizável. Logo, de modo geral sustenta-se que se o Executivo fizer um planejamento desproporcional, com dotações orçamentárias desarrazoadas, ou se não utilizar critérios racionais no momento da execução, o Judiciário poderá intervir, quando provocado, para declarar a inconstitucionalidade da lei ou a ilegalidade do ato.

Situação mais específica, ensejadora da inconstitucionalidade do orçamento, é a ausência de compatibilidade do mesmo com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual. Como o orçamento materializa a execução do planejamento do Estado para um exercício financeiro, deve corresponder às metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual, que, por sua vez, devem estar em conformidade com os artigos 3º e 1º da Constituição, a fim de não transgredir a técnica do orçamento-programa e o princípio do planejamento.

Também é passível de controle jurisdicional orçamentos que não observem vinculações constitucionais explícitas. Registre-se aqui que o Judiciário pode ser provocado para se manifestar sobre casos de abusos de poder público dos gestores que não cumprem a exigência do percentual mínimo de receita dirigido à saúde e à educação na execução

orçamentária. Corroborando esta linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser adequado o manejo de Ação Civil Pública para pleitear a condenação do Município a incluir, no orçamento do exercício seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. Confira-se:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. I- Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II – Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (CF., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (CF, art. 127, art. 129, III). III- RE conhecido e provido. (STF, RE 190.938-2, Minas Gerais, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/03/2006).

Impende enfatizar, mais uma vez, que orçamentos elaborados sem razoabilidade ou sem proporcionalidade na distribuição dos recursos, que não observem as prioridades constitucionais e as finalidades determinadas pelo constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, podem ser submetidos a controle. Isto porque o conteúdo orçamentário deve guardar compatibilidade com os valores constitucionais que deve racionalmente atender⁴⁷¹. A liberdade de conformação do Executivo e do Legislativo não significa assinatura de um cheque em branco pelo povo, titular do poder, para o arbítrio. O orçamento deve refletir os valores assegurados constitucionalmente, que transmitem as aspirações da sociedade, sob pena de vulnerar a segurança jurídica⁴⁷².

Ademais, como o orçamento é lei em sentido formal e material, o plano de governo aprovado pelo Legislativo vinculará o Executivo no momento da execução, fato que exigirá do administrador o cumprimento das metas ali estabelecidas, com exceção das hipóteses excepcionais de alteração do orçamento previstas pelo constituinte⁴⁷³.

⁴⁷¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

⁴⁷² Neste sentido, preconiza Harrison Ferreira Leite: “No tocante à elaboração do orçamento público, a segurança jurídica impõe que haja boa-fé dos seus feitores, no sentido de fazer previsões acuradas, evitando uma norma volúvel ou errática na sua antevisão, além de observância dos critérios constitucionais expressos e implícitos quanto ao seu conteúdo. Com esse cuidado evita-se, por exemplo, a superestimação de receita, que permite incorrer em despesas maiores que as realmente suportadas pelo orçamento, ou a previsão de projetos que, pela sua dimensão, nunca serão executados, o que dá margem ao manuseio dessa receita para outra despesa totalmente alheia ao interesse público. Além disso, a boa-fé caminha na contramão de orçamentos que sequer são compatibilizados à realidade do ente a que se refere, e que, durante todo o exercício financeiro, nem ao menos são consultados para respaldar a despesa ou a receita pública ocorrida”. (LEITE, Harrison Ferreira. *Segurança Jurídica e elaboração do orçamento público*. Publicado na RTRIB 86/128. Disponível em www.revistasrtonline.com.br. Acesso em 30 de maio de 2010).

⁴⁷³ Não se pode negligenciar, todavia, que nos casos de criação de créditos adicionais, da utilização da reserva de contingência e de contingenciamento, o administrador deve motivar racionalmente a necessidade de recorrer a estes mecanismos, pois a exorbitância dos mesmos também poderá ensejar controle pelo Judiciário.

Possibilita-se, por exemplo, na trilha de Ana de Paula Barcellos, o controle da fixação de metas e do resultado final esperado das políticas públicas para realização de direitos fundamentais. A fim de clarificar o conceito a autora exemplifica:

Imagine-se que indivíduos têm direito subjetivo ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da tuberculose e ao controle da hipertensão, sobretudo se por eles não possam pagar. Do ponto de vista do Poder Público, portanto, o fornecimento de tais medicamentos constitui uma meta necessária de suas políticas públicas para o setor. Sua não inclusão no orçamento ou no plano de execução orçamentária poderá ensejar controle específico. Em segundo momento, suponha-se que os remédios não são de fato oferecidos à população. O controle do resultado final consistiria na possibilidade de o juiz determinar ao Poder Público o oferecimento obrigatório dos medicamentos referidos.⁴⁷⁴

Na realidade, o controle da fixação de metas, nada mais é que um controle das omissões do poder público na elaboração e execução do orçamento, em relação ao planejamento de políticas públicas que visem concretizar direitos fundamentais. Nessa ordem de idéias, ilustra Manoel Jorge e Silva Neto:

Imagine-se hipótese na qual determinado gestor municipal tenha editado norma de planejamento econômico, cujo conteúdo simplesmente não contemple qualquer política pública destinada à erradicação do trabalho infantil. Sendo certo que compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, CF), e que o art. 24, XV/CF, em cujo seio repousa precisamente a viabilidade quanto ao exercício da competência suplementar, enuncia competir aos entes federativos legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude; sendo certo ainda que o art. 30, VI/CF registra como competência municipal manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental, dúvida não deve subsistir quanto à completa viabilidade a respeito de propositura de medida judicial dirigida ao reestabelecimento do respeito às determinações do sistema da Constituição de 1988⁴⁷⁵.

Adicionalmente, Ana de Paula Barcellos defende o controle da quantidade de recursos a serem investidos na promoção de direitos fundamentais, o controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público para suas políticas públicas e o controle da eficiência mínima na aplicação de recursos⁴⁷⁶.

No que tange ao controle da quantidade de recursos a serem investidos na promoção de direitos fundamentais, a autora cogita a criação de parâmetros que determinem

⁴⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

⁴⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. *Revista eletrônica sobre reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. N. 18, junho-agosto de 2009. Disponível em www.direitodoestado.com. Acesso em 16 de maio de 2010.

⁴⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131- 138.

relações de prioridade exigíveis entre diferentes tipos de gastos do poder público. Segundo Ana de Paula Barcellos é juridicamente consistente sustentar, por hipótese, que gastos com eventos culturais como shows não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média⁴⁷⁷.

Este controle denota a importância da classificação constitucional das necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias, a fim de racionalizar o processo de escolhas orçamentárias e facilitar o controle. Como ficou assentado nesta dissertação, há parâmetros constitucionais para realizar gastos públicos, máxime quando envolvem direitos fundamentais.

Em relação ao controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público para suas políticas públicas, Ana de Paula Barcellos sustenta que o propósito desta espécie de controle é “racionalizar a gestão das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e incrementar o grau de responsabilidade política e social (accountability), de modo a fornecer subsídios mais consistentes para o debate e o controle sociais”⁴⁷⁸. Para tanto, exige-se do administrador a prestação de contas do cumprimento das metas. Em outros termos, controlam-se a transparência⁴⁷⁹ e a publicidade dos atos de execução do orçamento.

Por último, o controle da eficiência mínima na aplicação de recursos, nada mais é que um dos reflexos do controle da economicidade, consubstanciado na minimização de custos e de gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Este controle inspira-se, no escólio de Ricardo Lobo Torres, “no princípio do custo/benefício, subordinado à ideia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos”⁴⁸⁰. Segundo Ana Paula de Barcellos, o objetivo do controle é verificar a existência – ou não- de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico do investimento. Por meio deste controle verifica-se se houve desvio ou utilização desarrazoada dos recursos públicos.

Exemplifique-se:

O controle da eficiência eventualmente poderá exigir o recurso a parâmetros externos, obtidos junto ao mercado, para que seja possível aferir qual o custo real, ainda que aproximado, dos bens e serviços produzidos afinal pelo Poder Público.

⁴⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 135.

⁴⁷⁹ Segundo ensinamentos de Jean-Marie Guehenno na sociedade contemporânea da informação, a exigência de transparência é uma reivindicação democrática essencial, é uma garantia contra a corrupção e uma precaução útil contra o abuso de poder. (GUÉHENO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado*. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003)

⁴⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 279.

Suponha-se que, com R\$ 1.000.000,00 (...), o Município X afirme ter construído a escola Y e incrementado a qualidade de merenda escolar das cinco escolas já existentes na região, atendendo a um total de 800 crianças. Pois bem: quanto deveria custar, em geral, uma edificação do porte da escola Y e, quanto custa, também em média, a melhoria introduzida na merenda escolar? O juiz, por certo, não terá essa informação, mas poderá obtê-la por meio do auxílio de peritos ou *experts*⁴⁸¹.

Se, no momento da adequação meio/fim do gasto público, restar demonstrada desproporcionalidade, o Ministério Público pode provocar o Judiciário quanto ao controle da economicidade e pleitear a responsabilização do gestor por improbidade administrativa⁴⁸².

Afora essas situações, parece incontestado defender que o controle do Judiciário possa recair sobre atos de execução orçamentária, principalmente nos casos de exorbitância do poder discricionário do administrador. Portanto, sempre que ficar constatado desvio de finalidade, ausência de motivação, inexistência de juízo ponderativo do gestor público nas escolhas orçamentárias que envolvem direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário pode ser provocado para controlar a arbitrariedade destes atos, com intuito, inclusive, de responsabilizá-lo administrativa, civil e penalmente.

O recurso a exemplo facilitará a compreensão. Imagine que em um município de pequeno porte que só possua um hospital público sem todas as infraestruturas necessárias para atendimento da população, o administrador público cancele nota de empenho não processada (liquidada)⁴⁸³, relativa a despesa para construção de UTI neonatal, sem motivação, constitucionalmente fundamentada, do ato administrativo. Neste caso, é extrema de dúvidas a possibilidade de controle jurisdicional do ato.

Há também hipóteses de intervenção no orçamento por meio de controle jurisdicional de políticas públicas. Conforme apontado alhures, subsiste grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto à exigibilidade de realocações de recursos públicos pelo Poder Judiciário para atendimento de direitos fundamentais sociais, concretizados por meio de políticas públicas.

⁴⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 136 -137.

⁴⁸² George Sarmiento destaca que por influxo do princípio constitucional-administrativo da eficiência, não é só necessário que os serviços públicos sejam disponibilizados; faz-se imperativo que o sejam de forma adequada, plena, eficaz, sob pena de responsabilizar os administradores por atos de improbidade administrativa. (SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 100)

⁴⁸³ Não se deve negligenciar que o empenho é o primeiro estágio da despesa pública, e corresponde à reserva de uma parcela da dotação orçamentária disponível para a consecução de um determinado gasto público. Após a sua emissão, o empenho pode ser cancelado e revertido à dotação disponível, liquidado ou inscrito em restos a pagar não processados.

De fato, é irrefutável reconhecer a existência de limites à intervenção jurisdicional no orçamento, máxime quando envolve necessidade de realocação de recursos do orçamento em vigor. Em face da importância do assunto para a correta compreensão da linha de raciocínio aqui tracejada, este tema será desenvolvido no tópico relativo às ações individuais e coletivas.

Verifica-se, pois, que tanto pode haver controle jurisdicional contrário ao orçamento (a) orçamento elaborado com dotações orçamentárias manifestamente desarrazoadas ou desproporcionais; b) orçamento incompatível com as metas estabelecidas pela lei de diretrizes orçamentárias e pelo plano plurianual; c) orçamento que não observe as vinculações constitucionais explícitas; d) orçamento omissivo quanto à inclusão de políticas públicas imprescindíveis para concretizar direitos fundamentais sociais mínimos; e) controle dos mecanismos de flexibilização do orçamento; f) controle da discricionariedade administrativa; g) controle da eficiência, transparência e moralidade), como é possível haver intervenção judicial em prol do orçamento, através da vinculação do administrador ao que foi previamente planejado, fato que impede, por exemplo, ausência ou ineficiência de execução de políticas públicas que tenham sido incluídas, através de rubricas específicas, na lei orçamentária.

Tecida esta esquematização, pode-se afirmar, numa análise mais alargada, que a fiscalização da peça orçamentária pelo Poder Judiciário pode recair sobre a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade e a economicidade do orçamento, tanto no momento de sua elaboração, como no de sua execução.

O controle de constitucionalidade, além de ser responsável pela garantia da supremacia da Constituição, revela-se como importante função da jurisdição constitucional eis que visa garantir a compatibilidade vertical do orçamento com a Lei Maior.

O controle de legalidade engloba o exame das leis e dos atos administrativos, a análise dos atos que se encontram submetidos a decretos, regulamentos e portarias, bem como a verificação das prescrições legais, com ênfase na Lei de Responsabilidade Fiscal e nas leis orçamentárias pertinentes ao exercício financeiro. Compreende, pois, o controle da validade formal e material do orçamento. Segundo Ricardo Lobo Torres, o controle da legalidade não se esgota na mera adequação do ato à lei formal, senão tem por finalidade preservar a segurança jurídica e os princípios dela emanados, que compõem o quadro de garantias normativas dos direitos fundamentais⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 279.

O controle da legitimidade, por sua vez, decorre da estrutura constitucional democrática do Brasil, uma vez que abrange a observância dos princípios constitucionais orçamentários e financeiros, além de fiscalizar o atendimento dos direitos fundamentais sociais, através da implementação de políticas públicas. A esse respeito, pontua Ricardo Lobo Torres:

Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa abertura para a política. Entenda-se: não para a política partidária nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica. A democracia e a moderação do papel do Estado atual acarretam a necessidade de decisões políticas, da implementação de políticas e aperfeiçoamento da política do bem-estar (*public policy, public purpose*), seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do controle de sua execução, que não pode deixar de ser político, finalístico, valorativo e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros⁴⁸⁵.

Por último, como frisado alhures, a economicidade diz respeito à obtenção da melhor proposta para efetuação da despesa pública. Verifica-se, pois, se o caminho perseguido pelo administrador foi o melhor e mais amplo para efetuar a despesa e se ela foi feita dentro da equação custo/benefício⁴⁸⁶.

Não se pode negligenciar que os controles de legalidade, de legitimidade e de economicidade são destinados pelo constituinte ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas. Entretanto, tal fato não impede que, vislumbrada lesão ou ameaça a direito, recorra-se ao controle jurisdicional, a exemplo das situações ilustradas.

Cumprе repisar que o controle jurisdicional do orçamento não implica usurpação da competência conferida ao administrador para gerir recursos públicos. *Contrario sensu*, o multicitado controle reflete um imperativo de legitimidade do orçamento. Em verdade, a fiscalização recíproca entre os poderes é característica do Estado Democrático e visa garantir a observância dos valores delineados pelo constituinte.

De fato, é possível inferir das situações supra elencadas, transgressão direta ou indireta à Carta Magna, por vício de legalidade, de legitimidade ou de economicidade.

Indubitavelmente, se o orçamento for elaborado em observância aos objetivos do art. 3º da Constituição Federal, se as escolhas orçamentárias no momento da execução forem proporcionais à quantidade de recursos disponíveis, e se não existir ofensas à legalidade, à

⁴⁸⁵ Ibid., p. 279.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 391.

legitimidade ou à economicidade, vislumbra-se o dever de autocontenção judicial⁴⁸⁷ e a necessidade de cumprir o estabelecido no orçamento.

5.2.2 Modalidades de controle

5.2.2.1 Controle jurisdicional abstrato-concentrado do orçamento: o entendimento do Supremo Tribunal Federal

De maneira sintética, pode-se afirmar que o controle judicial de constitucionalidade brasileiro pode ocorrer *in concreto* ou *in abstracto*. Devido às características específicas destes controles parece mais adequado denominar, na linha de Manoel Jorge e Silva Neto, controle concreto-difuso e abstrato-concentrado⁴⁸⁸.

O controle concreto-difuso de constitucionalidade, de competência de todos os juízes ou tribunais, opera-se no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido, incidentalmente, pela via de exceção ou de defesa, com efeito *inter partes*.

Por outro lado, o controle abstrato-concentrado ou em tese, a questão constitucional relaciona-se ao próprio objeto da demanda, é provocada por via principal, através das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e o controle só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (quando o parâmetro é a Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (quando o parâmetro é a Constituição Estadual). Diferentemente do que se sucede no controle concreto-difuso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via direta é *erga omnes*.

Neste momento, o foco será o exame da possibilidade de utilizar o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade de lei orçamentária.

Numa análise preliminar, soa óbvio que, elaborado um orçamento conspurcador dos limites formais ou materiais impostos pela Constituição Federal, cabível a provocação do controle abstrato de constitucionalidade.

⁴⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2010.

⁴⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Lumen Juris, 2009.

Como exemplo, pode-se citar um orçamento de um Estado hipotético ‘x’ que, devidamente aprovado pelo Legislativo, destine dois milhões de reais para publicidade institucional e, em contrapartida, fixe uma despesa de trezentos mil reais direcionada à implementação do direito à moradia.

Neste caso específico, iniludível a ausência de razoabilidade do planejamento orçamentário. Trata-se de necessidades públicas de hierarquias distintas, terciária e primária, respectivamente, circunstância que ensejaria, por pressuposto lógico, maior dotação orçamentária para moradia. Vislumbra-se, portanto, uma inconstitucionalidade material da lei orçamentária do Estado hipotético ‘x’, que poderia ser provocada por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Outrossim, em caso de omissão inconstitucional quanto à dotação de recursos para necessidades públicas primárias, que estão relacionadas aos direitos mínimos para uma existência com dignidade, seria viável o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴⁸⁹.

O problema que surgiu em torno do controle de constitucionalidade em tese do orçamento é que, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, a lei orçamentária tem natureza de lei formal de efeito concreto. Em razão disso, restou prejudicado o controle de constitucionalidade do orçamento, uma vez que, segundo o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal, lei de efeito concreto não poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, em razão da ausência de densidade normativa⁴⁹⁰.

Desde logo, cumpre registrar que, na linha desenvolvida neste trabalho, confere-se à lei orçamentária natureza formal e material. De mais a mais, orçamento é norma como outra qualquer, que estabelece prioridades quanto à aplicação dos recursos arrecadados e exige cumprimento de cada uma delas. A entender assim, restaria incólume a viabilidade do controle abstrato em caso de ofensa ativa ou omissiva à Constituição.

Ocorre que, a maioria da doutrina entende que lei orçamentária tem apenas natureza de lei formal, destituída de abstração e generalidade.

Ainda assim, a partir da leitura do art. 102 da Constituição Federal, observa-se que, em sede de controle abstrato, o legislador constituinte se referiu, apenas, à normatividade

⁴⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁹⁰ “Os atos estatais de efeitos concretos — porque, despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata — não são passíveis de fiscalização, em tese, ou seja, em controle por ADI e ADC, quanto à sua legitimidade constitucional”. ADIn 283, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 12/03/1990.

de atos do poder público, nada mencionando a respeito das leis (se de efeito concreto ou abstrato). Destarte, não haveria justificativa para inviabilizar o controle.

Com arrimo neste argumento, Gilmar Ferreira Mendes defende que “não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade de leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido a controle”⁴⁹¹.

De fato, seguindo o escólio de Dirley da Cunha Jr. ao examinar esta questão, “não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador (e constituinte!) não distinguiu e tampouco autorizou a distinção”⁴⁹².

Em face destas considerações, defende-se que todo texto normativo, sob forma de lei, pode desafiar controle abstrato de constitucionalidade.

Note que a linha de compreensão delineada pelo Supremo Tribunal Federal isentou “um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle”⁴⁹³.

Realmente, apenas com a lei 9.882/99, que instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), é que a ‘lacuna axiológica’⁴⁹⁴ construída pelo Supremo foi, teoricamente, colmatada, uma vez que se admite ADPF em face de ato concreto do poder público.

O problema é que, não obstante sua importância enquanto mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ainda não conquistou espaço no Egrégio Tribunal. Tal afirmação decorre da verificação do enorme número de arguições que são extintas sem resolução do mérito. Apesar disso, defende-se a utilização da ADPF para controle de lei orçamentária, independentemente da viabilidade da ação direta de inconstitucionalidade.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163.

⁴⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 184.

⁴⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163.

⁴⁹⁴ Lacuna axiológica, ou lacuna de valor, denota tanto a presença de norma injusta no ordenamento, como a ausência de norma justa. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001).

Sem dúvidas, a exigência de esgotamento de todos os meios para saneamento do ato lesivo a preceito fundamental⁴⁹⁵ é flagrantemente inconstitucional, eis que esvazia, por completo, o instituto da ADPF, meio de defesa autônomo da supremacia da Constituição.

Para contornar este problema, Dirley da Cunha Jr. sugere uma interpretação conforme a Constituição de maneira que a regra de subsidiariedade tenha incidência restrita, alcançando, tão somente, a modalidade de arguição incidental⁴⁹⁶ (salvo se a questão constitucional for de interesse geral, hipótese em que a subsidiariedade também fica afastada)⁴⁹⁷.

Entretanto, não é este o entendimento do Colendo Tribunal Federal, que, reiteradamente, vem acolhendo a regra da subsidiariedade, e deixa de conhecer diversas arguições, sob o fundamento de existência de outros meios eficazes para defesa da Constituição Federal⁴⁹⁸. *Data venia*, parece óbvio que a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal desvaloriza uma ação constitucional tão importante para a garantia do Estado Democrático.

Calha destacar ainda, no que atine ao controle abstrato do orçamento, que o Supremo Tribunal Federal admite o manejo de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar lei orçamentária quando restar demonstrado um coeficiente mínimo de abstração e generalidade do ato impugnado, a exemplo do que foi decidido na ADI 2.925, que discutiu o caráter abstrato da norma que tratava da “suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ É o alegado caráter de subsidiariedade da ADPF expresso no art. 4º, § 1º, da lei 9.882/99, *in litteris*: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

⁴⁹⁶ Insta acentuar que a lei 9.882/99, ao regular o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, contemplou dois tipos de defesa de preceitos fundamentais perante o Supremo Tribunal Federal, através de ADPF: a) fiscalização *in abstracto*, destinada à defesa objetiva de preceitos constitucionais, ameaçados ou lesados por ato do poder público (Arguição direta ou autônoma prevista no art. 1º, caput da lei em comento); b) fiscalização *in concreto*, denominada pela doutrina de arguição incidental, que visa uma decisão antecipada do STF sobre controvérsia constitucional relevante de um caso concreto, suscitada em qualquer juízo ou tribunal, que só chegariam no STF através de recurso extraordinário.

⁴⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 304-312.

⁴⁹⁸ Cf. ADPF 03/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 18.05.2000, DJU de 2000; ADPF 12/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 20.03.2001, DJU 26.03.2001; ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 20.09.2001, DJU 28.09.2001, dentre outras.

⁴⁹⁹ PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo

Malgrado toda esta divergência na doutrina e na jurisprudência, destaque-se que há indício de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no tocante à admissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei orçamentária.

Decisões em sede de cautelar (ADI 4.048-1/DF⁵⁰⁰ e ADI 4.049-9) indicam revisão de entendimento dos ministros da Egrégia Corte, no que concerne à admissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas de efeito concreto, editados sob a forma de lei.

Essa mudança de perspectiva veio a lume no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 4.048-1/DF, relator ministro Gilmar Mendes, em que o Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) questionou a constitucionalidade da medida provisória n. 405, de 18.12.2007, convertida na lei 11.658/2008, que abriu crédito extraordinário, em favor de Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor de R\$ 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil e seiscentos e sessenta reais), em nítida violação ao art. 167, §3º, da Constituição Federal, que exige a observância dos requisitos constitucionais de urgência e imprevisibilidade para a abertura do aludido crédito.

Não obstante a aparente indeterminabilidade do conteúdo do que se considere ‘urgente’ ou ‘imprevisível’, a própria Constituição Federal no artigo 167, § 3º exemplifica situações que atenderiam a esses requisitos constitucionais e, conseqüentemente, possibilitariam abertura de crédito extraordinário, *ex vi* do teor do art 167, § 3º, CF/88, “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (...)”.

Diante da leitura deste dispositivo, o partido da social democracia brasileira asseverou que, numa análise comparativa entre o parâmetro constitucional para categorizar uma situação como urgente e imprevisível e a abertura de crédito extraordinário para, por exemplo, custeio, ordinário ou de ressarcimento, ao gestor do fundo nacional de desestatização, há notória incompatibilidade com a vontade do constituinte originário.

Apesar da importância do exame meritório deste pedido, o estudo pormenorizado da ADI 4.048-1/DF, centrar-se-á na verificação de admissibilidade da ação direta.

177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo. (ADI 2925, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00112 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 52-96)

⁵⁰⁰ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

É que, devido ao fato de a medida provisória possuir nítido caráter orçamentário, o ponto fulcral da questão girou em torno da admissibilidade da ADI 4.048-1/DF, já que havia entendimento consolidado de não submissão de norma orçamentária à ação direta de inconstitucionalidade. Naquela oportunidade, o partido requerente pediu revisão de jurisprudência, sob a alegação de que “não admitir ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inadequação de tais despesas como créditos extraordinários – que, certamente, não são – é criar espaço de ilegitimidade (de inconstitucionalidade) não passível de controle jurisdicional”.

Ao decidir o caso, o relator, ministro Gilmar Mendes, registrou seu entendimento, enquanto doutrinador, acerca da possibilidade de lei formal de efeito concreto desafiar controle abstrato de constitucionalidade. Segundo o ministro, no artigo 102, I, CF/88, que trata do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte não distinguiu lei dotada de generalidade e abstração das leis de efeito concreto. “Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite esta garantia”⁵⁰¹.

Seguindo o voto proferido por Gilmar Mendes, a ministra Cármen Lúcia advertiu que pensar em sentido contrário “seria criar um cavalo de Tróia no sistema de controle de constitucionalidade”⁵⁰².

Certamente, não se deve admitir que uma lei permaneça no sistema em patente desarmonia com a Lei Maior.

Na linha desse raciocínio, o ministro Carlos Ayres Britto afirmou que a lei não precisa ter densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Especificamente em torno do orçamento, Carlos Ayres Britto constatou que abaixo da Constituição não há lei mais importante que a lei orçamentária, porque é a que mais influencia no destino da coletividade⁵⁰³.

À luz destes argumentos, o Egrégio Tribunal decidiu que deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter

⁵⁰¹ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 64.

⁵⁰² ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 90.

⁵⁰³ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 92.

geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Por conseguinte, permitiu que normas orçamentárias passassem pelo crivo do controle abstrato de constitucionalidade⁵⁰⁴.

Necessário repisar que, a linha desenvolvida neste trabalho, tem como premissa a natureza formal e material da lei orçamentária, razão que afastaria toda esta celeuma em torno da possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade do orçamento. Bem de ver, conforme preconizou o Ministro Carlos Ayres Britto, a lei orçamentária é um ato de efeito concreto apenas na aparência, já que para ser executada reclama a edição de inúmeros atos⁵⁰⁵. Entretanto, não é este o entendimento da Suprema Corte.

Para além disso, impende destacar que a análise meritória da ADI 4048-1 demonstra a importância do controle abstrato da norma orçamentária. No caso em exame, vislumbrou-se flagrante inconstitucionalidade da medida provisória que abriu crédito extraordinário sem observar os requisitos constitucionais de urgência e imprevisibilidade.

Observe que o desvirtuamento de leis orçamentárias gera repercussões imediatas na efetivação de direitos sociais e na consolidação da democracia. Afinal, o controle da omissão quanto à criação de políticas públicas e à realização de direitos fundamentais sociais passa, inexoravelmente, pelo orçamento.

Não se pode admitir a inobservância dos limites constitucionais na elaboração e execução orçamentárias. Ao passar os olhos pela ADI 4048-1, percebe-se um evidente abuso do poder de legislar excepcional do chefe do Executivo, em clara agressão aos limites materiais impostos na Constituição Federal.

Em face disto, ao interpretar o art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu que além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita, apenas, para atender a despesas imprevisíveis e urgentes.⁵⁰⁶

Segundo a compreensão da maioria dos ministros⁵⁰⁷, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição, uma vez que os conteúdos semânticos das expressões 'guerra', 'comoção interna' e 'calamidade pública' constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea 'd', da Constituição. Por óbvio, 'guerra', 'comoção interna' e 'calamidade pública' são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de

⁵⁰⁴Vencido, no ponto, o Min. Cezar Peluso que não conhecia da ação, por reputar não se tratar no caso de uma lei, sequer no aspecto formal.

⁵⁰⁵ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 111.

⁵⁰⁶ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

⁵⁰⁷ Nesse sentido conferir os votos dos ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmén Lúcia.

extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que, dessa forma, requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. Ao revés, a leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência.⁵⁰⁸

Portanto, a edição da MP n° 405/2007 configurou patente transgressão dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários.

Com fulcro nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar, e suspendeu a vigência da Lei n. 11.658/2008.

Registre-se também que, em caso similar, mais especificamente no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 4.049-9, relator Min. Carlos Britto⁵⁰⁹, o Egrégio Tribunal ratificou o posicionamento firmado na ADI 4.048 MC, para deferir a suspensão cautelar de medida provisória n. 402, de 23 de novembro de 2007, convertida na lei 11.656/2008, que abriu crédito extraordinário em favor de vários órgãos do Executivo, sem observar os requisitos de urgência e imprevisibilidade estabelecidos na Constituição da República.

Sem sombra de dúvidas, tais indicativos de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, para permitir o controle abstrato de lei orçamentária, são de suma importância para fiscalização da moralidade e eficiência dos gastos públicos, e, conseqüentemente, para garantia do Estado Democrático.

Nesse sentido, emblemáticas as palavras do Ministro Carlos Ayres Britto ao defender que deixar a lei orçamentária a salvo do controle de constitucionalidade seria o mesmo que dar as costas ao reconhecimento de sua importância. “Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda sociedade civil”⁵¹⁰.

Impedir o controle de constitucionalidade de lei orçamentária em muito recrudesceria o desrespeito aos direitos fundamentais e ao princípio democrático. No *leading case* examinado, reluz o abuso do poder de legislar do chefe do Executivo e a agressão aos requisitos constitucionais para abertura de crédito extraordinário.

⁵⁰⁸ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

⁵⁰⁹ ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008.

⁵¹⁰ ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008, p. 193.

Note que a abertura do crédito extraordinário desequilibra completamente as finanças da União, uma vez que tem caráter excepcional e terá vigência no exercício financeiro em que for autorizado, *ex vi* do art. 167, § 2º, da Constituição, *in litteris*: “Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente”.

Por conseguinte, não é desarrazoado afirmar que, a abertura de créditos extraordinários para situações previsíveis ou adiáveis, como as retratadas nas medidas provisórias convertidas em lei, é um dos fatores impeditivos à concretização de direitos sociais, já que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Daí a relevância da Jurisdição Constitucional como instrumento de proteção e realização destes direitos.

5.2.2.2 Controle jurisdicional concreto-difuso do orçamento

Uma vez ultrapassada a legitimidade do Judiciário para verificar a compatibilidade das leis orçamentárias com a Constituição Federal, resta incontestemente a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade do orçamento, caso haja transgressão a algum direito constitucionalmente consagrado.

O ato de afastar, no caso concreto, lei ou ato normativo violador de diretrizes constitucionais protege os direitos das partes envolvidas na lide e, desta maneira, preserva os valores traçados pelo constituinte originário. Reconhece-se, inclusive, natureza de direito público subjetivo ao controle, por ser “direito de cada sujeito integrante da sociedade civil titular da prerrogativa de adquirir e exercer direitos e de cumprir deveres jurídicos, apenas, que estejam conforme a Constituição”⁵¹¹. Na senda de Edvaldo Brito, “o controle difuso, no sistema brasileiro, é uma das garantias fundamentais com a qual o indivíduo preserva seu direito fundamental de cidadania”⁵¹².

⁵¹¹ BRITO, Edvaldo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 03, 2003.

⁵¹² O controle difuso no Brasil foi implantado no bojo de uma ruptura institucional que provocou manifestação do poder constituinte, de que o povo é titular, e este, na institucionalização que criou, inseriu esse controle como instrumento que assegura o princípio federativo que (...) permite a descentralização do poder. (BRITO, Edvaldo. Aspectos Inconstitucionais da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In

Tamanha relevância do multicitado controle, que a Constituição de 1988, prevê ações constitucionais de garantia (ação popular, mandado de segurança, ação civil pública e o mandado de injunção⁵¹³) como mecanismos de controle, para alegar incidentalmente a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Não se deve negligenciar, porém, que tais ações não podem visar diretamente a inconstitucionalidade do ato, limitando-se a se referirem ao ato inconstitucional como fundamento ou causa de pedir, não como o próprio pedido⁵¹⁴.

O controle concreto-difuso do orçamento adquire enorme importância na proteção de direitos fundamentais sociais. Como o orçamento demonstra viabilidade material de atendimento destes direitos, para que essa possibilidade se torne realmente efetiva, é necessário, dentre outros fatores, que as dotações orçamentárias sejam proporcionais e almejem o bem-estar social. Por dedução lógica, a concretização de direitos sociais está imbricada com um planejamento orçamentário que respeite os objetivos traçados pelo constituinte de 1988 e que vise a otimização destes direitos.

Como já exposto, há situações em que a inconstitucionalidade de dotações orçamentárias é manifesta, fato que impede, por exemplo, que o Estado alegue exaustão orçamentária (reserva do possível) como barreira para efetivar direitos fundamentais sociais, pois a escassez de recursos não será real.

Imagine que determinado Município consigne crédito orçamentário destinado à política pública de moradia para os desabrigados pelas enchentes, dotação extremamente inferior à destinada para publicidade institucional. Tamanha desproporcionalidade pode ser questionada, incidentalmente, em processo individual ou coletivo, se o poder público alegar insuficiência de recursos para abrigar pessoas que perderam suas casas em enchentes, por exemplo⁵¹⁵.

MARTINS, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47).

⁵¹³ Destaque-se o grande valor do mandado de injunção, como instrumento supridor das omissões inconstitucionais no caso concreto. Dentre as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso-incidental por meio do Mandado de Injunção frise-se o julgamento do MI 721/DF que supriu a lacuna normativa do art. 40, § 4º da Constituição Federal, aplicando temporariamente a lei geral da previdência social neste caso concreto até que seja editada a Lei Complementar. E, ainda no julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA: ante a omissão legislativa acerca do direito de greve dos servidores públicos deve-se aplicar provisoriamente o regime da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício e limites do direito de greve na iniciativa privada.

⁵¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 103.

⁵¹⁵ A prefeitura de São Paulo, por exemplo, no ano de 2009 gastou mais com publicidade do que com prevenção a enchentes. Só para propaganda da gestão Kassab estavam previstos R\$ 32,2 milhões para o ano. Já foram gastos e pagos, entre janeiro e 15 de março de 2009, R\$ 19,3 milhões, 59,96% do total. Em contrapartida, no mesmo período foram gastos para prevenção de enchentes R\$ 17 milhões. Ou seja, a Prefeitura empenhou 35,51% do total previsto para obras de combate a enchentes e 93,67% do total empenhado para publicidade.

Questões que envolvem controle jurisdicional de políticas públicas e proteção de direitos fundamentais sociais, por meio dos remédios constitucionais, também podem incitar, como exceção ou defesa, inconstitucionalidade por ação ou omissão do orçamento. Consoante supra afirmado, reconhece-se a possibilidade de controle concreto-difuso em sede de ação popular, ação civil pública⁵¹⁶, mandado de segurança e mandado de injunção.

É viável, por exemplo, que o Ministério Público ou a Defensoria Pública, ao ingressarem com ação civil pública com intuito de obter moradia para os desabrigados por uma enchente, questionem, incidentalmente, a constitucionalidade do orçamento, cujas dotações são nitidamente desproporcionais, tendo em vista os objetivos traçados pelo constituinte.

Outro caso que pode ser levado ao Judiciário refere-se, por exemplo, à inexistência de dotação orçamentária para política pública voltada à alimentação de necessitados. Tal omissão, por restringir direito fundamental social, precisa ser fundamentada pelo gestor público sob pena de incidir em inconstitucionalidade. Neste caso, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública podem provocar o Judiciário, através de ação civil pública, com o intuito de exigir implementação de política social para esta finalidade, utilizando como causa de pedir, no momento da fundamentação, inconstitucionalidade por omissão do orçamento.

Observe que, *in casu*, a intervenção do Judiciário para requerer a inclusão de dotação orçamentária para implementar política pública imprescindível à efetivação do direito social à alimentação (art. 6º, caput, CF/88), é legítima, a fim de não tornar o texto constitucional mero discurso simbólico de manipulação das massas. Na trilha deste raciocínio, Dirley da Cunha Jr. pontua que “as políticas públicas determinadas constitucionalmente não se inserem no âmbito da discricionariedade do poder público quanto ao ‘se’ da atuação, mas tão somente quanto ao ‘como’ de sua realização⁵¹⁷”.

(SPINELLI, Evandro. *Kassab gastou mais em publicidade que em obra antienchente*. Disponível em www.folhaonline.com.br. Acesso em 16 de junho de 2010).

⁵¹⁶ Por muitos anos subsistiu grande controvérsia quanto ao cabimento da ação civil pública para provocar controle incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, para proteção de interesses ou direitos difusos ou coletivos, uma vez que, nessas hipóteses, a decisão a ser prolatada teria efeito *erga omnes*. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que em face do efeito *erga omnes* da ação civil pública haveria usurpação da competência concentrada da Suprema Corte. Entretanto, o Supremo mudou seu entendimento para afirmar a viabilidade de ação civil pública para controle de constitucionalidade se a declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* constituir a causa de pedir e não o próprio pedido. Neste sentido conferir Rcl 2.224-2/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 26/10/2005).

⁵¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 113.

Demais disso, nas hipóteses de elaboração do orçamento com dotações manifestamente desproporcionais, que não observem os objetivos determinados pelo constituinte, ou que afrontem ao procedimento formal da lei orçamentária, sustenta-se, inclusive, controle concreto-difuso preventivo de constitucionalidade, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas.

Caberia apelo ao Judiciário já em momento de tramitação legislativa do projeto de lei orçamentária? Entendemos que sim, dependendo da situação concreta específica. Evidente está que não cabe ao juiz interferir nas inúmeras ponderações político-administrativas que devem ser efetuadas pelo administrador na decisão de alocação de recursos. No entanto, diante de determinada hipótese e tendo em vista os princípios constitucionais e demonstrada, à sociedade, que estará agredindo o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais, caberá intervenção e não será desarrazoada⁵¹⁸.

Nestes casos, deve-se requerer pedido de liminar, tendo em vista a rapidez do trâmite legislativo do orçamento. Caso contrário, quando a questão vier a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal já não mais haverá interesse processual, haja vista a perda do objeto⁵¹⁹.

Sinteticamente, pretende-se demonstrar a viabilidade de controle concreto-difuso, fato que ainda será objeto de análise no tópico seguinte, que tratará das ações individuais e coletivas que intervêm no orçamento.

5.2.2.3 Ações individuais e coletivas: entre a justiça comutativa e a justiça distributiva

Tecidas as considerações acerca do controle de constitucionalidade da lei orçamentária, cumpre discorrer sobre outras formas de controle ou intervenção judicial no orçamento.

Como o foco deste estudo centra-se nos direitos fundamentais sociais, a esfera das demais formas de controle (controle de legalidade, de legitimidade e de economicidade) ficará adstrita às intervenções do Judiciário na formulação e na execução de políticas públicas, necessárias à realização destes direitos.

⁵¹⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

⁵¹⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 242.

No entanto, cumpre destacar que existem inúmeras controvérsias quanto às modalidades de controle e no concernente à intervenção legítima do Judiciário em demandas que envolvem direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos escassos⁵²⁰. É irrecusável reconhecer que a exigibilidade de direitos fundamentais sociais, através da criação e da execução de políticas públicas, está diretamente relacionada com a previsão de despesas no orçamento para esta finalidade.

Uma vez ultrapassada a perspectiva utópica da inesgotabilidade de recursos públicos, decorrente da doutrina keynesiana, que advogava a expansão dos gastos ainda que à custa do déficit do Estado, tem-se que o fenômeno da escassez provoca necessidade de escolhas orçamentárias⁵²¹. De fato, a questão da escassez se aplica a todas as pretensões positivas extraídas dos direitos fundamentais, e desconsiderá-la parece insustentável. No que atine aos direitos fundamentais sociais a lógica não é diferente.

Como toda opção por determinada política pública resulta em frustração de outras expectativas da sociedade, exige-se observância de parâmetros constitucionais para escolhas orçamentárias, fato que pode acarretar, conforme já asseverado, controle de constitucionalidade do orçamento, se as dotações forem desarrazoadas.

Todavia, ainda que o orçamento seja constitucional, podem existir casos de desvio de legalidade, de legitimidade e de economicidade. Quando estas situações abrangem demandas sociais têm-se, na maioria das vezes, casos difíceis, que envolvem entraves técnicos (insuficiência de aparelhamento do Poder Judiciário para analisar critérios técnicos da distribuição de recursos), jurídicos (observância de regras e princípios constitucionais orçamentários, reserva do possível) e filosóficos (justiça distributiva, direito à fraternidade e isonomia), que impõem um exame criterioso pelo Judiciário para o alcance da solução mais equitativa.

Numa análise mais alargada, constata-se a existência de situações em que a exigibilidade de direitos fundamentais sociais, por meio de ações individuais ou coletivas, implica intervenção no orçamento através da necessidade de realocação de recursos, fato que

⁵²⁰ Paulo Bonavides defende o controle de constitucionalidade dos planos de governo, por imperativo de legitimidade. Segundo o constitucionalista a formulação e a execução dos planos de governos não podem permanecer adstritas tão-somente ao arbítrio de quem governa, mas devem estar atadas para suas completas e legítimas concretizações, ao controle judicial do sistema democrático-participativo de governo, aquele estatuído, em sede de Direito Constitucional positivo, pela conjunção do parágrafo único do art. 1 com o art. 14 da Constituição Federal. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341)

⁵²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.136.

também deve ser analisado com cautela pelo juiz, observados os limites impostos pelo constituinte, eis que a intervenção no campo orçamentário não pode ser atécnica.

Contudo, não parece escorreito recorrer a tais entraves para inviabilizar o controle jurisdicional de políticas públicas, sem antes analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Apesar de se admitir o multicitado controle, como garantia de legitimidade do poder público, é mister verificar a razoabilidade e a proporcionalidade dos impactos das decisões judiciais sobre o orçamento. Em decorrência disto, far-se-á o exame da forma mais adequada com o sistema jurídico-constitucional de controle de legalidade, de legitimidade, de eficiência do orçamento e dos modos de intervenção do Judiciário nas escolhas orçamentárias, com intuito de otimizar direitos fundamentais sociais e resguardar o Estado Democrático.

Inicialmente, convém sobressaltar a importância das ações coletivas como modalidades de controle e instrumentos aptos a garantia de direitos fundamentais sociais e do princípio da fraternidade.

Com efeito, o acesso coletivo à justiça é resultado, entre outros fatores, da mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, que incorporou novos valores no ordenamento jurídico, dentre os quais, valores voltados à garantia da igualdade substancial, à proteção das minorias, à realização da justiça social e da fraternidade⁵²². Invariavelmente, a Constituição Cidadã de 1988 reflete esta realidade nos princípios e regras de direitos fundamentais, com ênfase na regra da inafastabilidade do controle jurisdicional⁵²³.

Verifica-se, portanto, necessidade de transformação do processo do plano individual para o social, de maneira a procedimentalizar os meios de acesso coletivo à justiça⁵²⁴. À luz dos ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça

⁵²² Na linha de Ricardo Castilho “pode-se dizer que a justiça social, bem como os direitos sociais a ela condizentes, determina a necessária outorga a toda e qualquer indivíduo de um conjunto mínimo de bens, indispensável à digna existência, cuja integridade não pode ser violada em prol da sociedade ou de alguns de seus membros”. (CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56).

⁵²³ É interessante perceber a evolução do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional quando se compara a redação da Constituição de 1967 com a Constituição de 1988. O artigo 150, §4º da Constituição Brasileira de 1967 dispunha “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. Da leitura do dispositivo saltam aos olhos a adoção do modelo típico de Estado Liberal, construído em pilares voltado à garantia das liberdades individuais e da igualdade meramente formal. A esfera de proteção era o indivíduo e não a sociedade, daí a divisão estanque entre direito público e privado. Já a Constituição Federal de 1988, de caráter social democrático, traz uma nítida abertura para a tutela jurisdicional dos interesses da coletividade ao retirar o termo “direito individual” do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Reza o art. 5º, XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.132.

além de ser disponível a todos, “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁵²⁵.

Para o alcance deste desiderato, faz-se mister adequar ao contexto do Estado Social, os mecanismos processuais tradicionais surgidos sob o influxo do liberalismo. Deste modo, a proteção de direitos sociais, de cunho eminentemente coletivo, exige a criação de técnicas processuais eficazes para satisfação dos mesmos.

Acentue-se que o processo foi elaborado para questões relacionadas a conflitos de justiça comutativa, em que necessariamente um ganha e outro perde, e não para questões ligadas à justiça distributiva, em que se lida com a distribuição de bens comuns para a coletividade. Certamente, os direitos fundamentais sociais devem ser realizados sob o manto da justiça distributiva, razão pela qual urge adequar os ritos processuais e a mentalidade do Judiciário para a efetivação dos mesmos⁵²⁶.

As ações coletivas, a exemplo da ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, etc., representam legítimos instrumentos de garantia de acesso coletivo à justiça, consagradores da democracia formal e material, através do controle dos poderes públicos e da concretização de direitos fundamentais.

Tendo em vista estas breves considerações, parece evidente que o exame do controle de legalidade, de legitimidade e de eficiência do orçamento extrapola o âmbito dos interesses individuais, para atingir toda coletividade (interesses transindividuais). Em razão disso, as ações coletivas são os meios mais adequados para esta discussão.

A ação civil pública se presta à tutela de interesses transindividuais, ou seja, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁵²⁷. Registre-se que o objeto da ação civil pública dependerá de cada caso concreto. No que tange, especificamente, ao controle jurisdicional do orçamento tem-se, a título ilustrativo, possibilidade de ingressar com ação civil pública como meio de controle da legalidade da omissão do Executivo e do Legislativo, ante a ausência de destinação de verbas para atender a lei que criou a “renda básica da

⁵²⁵ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8.

⁵²⁶ A necessidade de criar procedimentos específicos para conflitos de caráter coletivo enquadra-se, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na terceira onda da efetivação do acesso à justiça. (Ibid. p. 67-73).

⁵²⁷ Em estudo específico sobre o tema Manoel Jorge e Silva Neto define interesses difusos como interesses transindividuais “de natureza indivisível, (...) de que sejam titulares pessoas indeterminadas (...) e ligadas por circunstâncias de fato”. Por seu turno, interesses coletivos são interesses transindividuais “de natureza indivisível, (...) de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, (...) ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. E os interesses individuais homogêneos “são interesses transindividuais vinculados a uma situação fática, porém divisíveis, isto é, torna-se viável a quem foi atingido pelo ato lesivo recorrer ao Poder Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação”. (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001, p. 31- 40).

cidadania” (lei 10.835 de 08/01/2004)⁵²⁸. *In casu*, o objeto da ação civil pública será a proteção de interesse difuso, utilizando o controle da legalidade do orçamento como fundamento jurídico (causa de pedir)⁵²⁹.

Dito de outro modo, sempre que o administrador se negar a incluir no orçamento dotação para política social prevista em lei e o Legislativo não emendar o projeto de lei para o alcance desta finalidade, ambos estarão praticando atos ilegais passíveis de controle⁵³⁰. Neste plano, a intervenção do Judiciário é legítima, pois controla o exercício arbitrário destes poderes.

Malgrado a decisão em matéria orçamentária quanto à alocação de recursos para políticas públicas competir ao Executivo e ao Legislativo, políticas públicas previstas em lei, cujo escopo é implementar progressivamente direitos sociais, não se encontram na margem de liberdade conferida a estes poderes, fato que justifica o controle jurisdicional. Leis que conferem o direito a fornecimento de medicamentos a pacientes com doença específica, que criam programas de habitação para desabrigados, etc., devem ter suas despesas previstas no orçamento sob pena de ilegalidade⁵³¹. A discricionariedade existe tão somente em relação ao modo de cumprimento do ditame legal, não cabendo à Administração Pública invocá-la para furtar-se a um dever legalmente imposto.

Desta maneira, uma vez provocado por meio de ação coletiva, o Judiciário deve suprir a omissão governamental determinando que conste na lei orçamentária do exercício subsequente dotação específica para execução do programa. Exatamente neste sentido, foi a decisão da Min. Rel. Eliana Calmon ao julgar recurso especial interposto pelo Ministério

⁵²⁸ Prescreve a lei: Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. § 1º A abrangência mencionada no caput deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população. § 2º O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias. § 3º O pagamento deste benefício poderá ser feito em parcelas iguais e mensais. § 4º O benefício monetário previsto no caput deste artigo será considerado como renda não-tributável para fins de incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas. Art. 2º Caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício, em estrita observância ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. Art. 3º O Poder Executivo consignará, no Orçamento-Geral da União para o exercício financeiro de 2005, dotação orçamentária suficiente para implementar a primeira etapa do projeto, observado o disposto no art. 2º desta Lei. Art. 4º A partir do exercício financeiro de 2005, os projetos de lei relativos aos planos plurianuais e às diretrizes orçamentárias deverão especificar os cancelamentos e as transferências de despesas, bem como outras medidas julgadas necessárias à execução do Programa.

⁵²⁹ Ressalte-se a possibilidade de entrar com ação civil pública para defender interesse individual homogêneo.

⁵³⁰ No mesmo sentido, conferir APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 171.

⁵³¹ MAURICIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 15, p. 1-38, 2007.

Público do Estado de São Paulo, que objetivava compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes, previsto na resolução normativa 4/97 do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente. Confira-se:

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 provido⁵³².

Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça merece ser destacada, pelo fato de ter controlado a legalidade do orçamento sem gerar impactos financeiros para os demais programas sociais, que deveriam ser implementados no mesmo exercício, eis que determinou a inclusão de verba a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas, para o exercício subsequente⁵³³.

É óbvio que se a ausência da política pública atingir direito ao mínimo existencial, aferido no caso concreto pelo Judiciário, o provimento jurisdicional deve consistir na execução imediata da política pública, fato que implicaria, numa análise superficial, necessidade de alteração da lei orçamentária no mesmo exercício financeiro. Entretanto, com o intuito de evitar mudanças no orçamento e diminuir os impactos financeiros e alocações das decisões judiciais, parece razoável defender que o Juiz alegue, na fundamentação da decisão, e não no dispositivo da sentença, a viabilidade de utilizar verbas destinadas à reserva de contingência ou de fazer contingenciamento de despesas para garantia de direitos sociais fundamentais mínimos. Em linha semelhante, adverte Eduardo Appio:

Mesmo nos casos em que não existam valores específicos previstos em orçamento, a ordem judicial determinará a utilização de recursos públicos, previstos em rubrica especial, destinadas a fazer frente às despesas de natureza emergencial, consoante determina a lei de responsabilidade fiscal. Os valores deverão sair da chamada ‘reserva de contingência’, que deverá estar prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não havendo necessidade de alteração da lei orçamentária anual no ano de cumprimento da decisão. O crédito a ser previsto na lei orçamentária anual, todavia, não pode ter um valor ilimitado, razão pela qual o Poder Público terá limites mesmo em sede de despesas contingenciais (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 5º, §4º), do que pode resultar necessidade de uma suplementação orçamentária

⁵³² STJ, Resp. n 493.811-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

⁵³³ Na mesma linha registre-se decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que determinou a inclusão, no orçamento do exercício financeiro de 2010, de verba suficiente à inserção de famílias, que ocupavam irregularmente áreas do Município de Recife, em programas habitacionais ou custeio das despesas com aluguel de moradias provisórias. (TJ/PE, AI 0191.310-4, Relator Luiz Carlos Figueiredo, DJ 15/12/2009).

específica para atender a novas despesas decorrentes de decisões judiciais. Caso a decisão projete despesas de caráter continuado para os anos subsequentes, a lei orçamentária anual ulterior deverá prever estas despesas, sob pena de responsabilidade direta e pessoal do chefe do Poder Executivo⁵³⁴.

Muito embora a nítida aproximação com o pensamento aqui delineado, diverge-se do autor quanto à judicialização excessiva do Poder Judiciário ao impor, através de comando judicial, a utilização de recursos da reserva de contingência. Na realidade, compete ao Executivo decidir a melhor forma de concretização do direito fundamental social. O Judiciário deve apenas indicar, no fundamento da decisão, a possibilidade de retirar verbas da reserva de contingência, de criar créditos adicionais, de fazer contingenciamento de necessidades terciárias etc., fato que obstará alegação de insuficiência de recursos para furtar-se ao cumprimento da decisão⁵³⁵. Sufragando esta linha de raciocínio, adverte Ricardo Lobo Torres:

Se por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária a garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários⁵³⁶.

Seguindo o mesmo raciocínio, não parece legítima a determinação do Judiciário do bloqueio ou seqüestro de recursos públicos para garantir direito fundamental social, salvo em caso de descumprimento de sentença judicial que envolva proteção ao mínimo existencial, como meio coercitivo.

Com lastro nestes argumentos, vê-se que a superação da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários conferidos ao Executivo, com prévia autorização do Legislativo, e não à margem das regras e princípios constitucionais que regulam o orçamento⁵³⁷.

⁵³⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 170.

⁵³⁵ Não se deve descurar de que a proteção do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível. “Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade e na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-408).

⁵³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96.

⁵³⁷ Em sentido diverso do que é defendido nesta dissertação, convém registrar a seguinte decisão: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA NO SETOR DE NAVEGAÇÃO AEROPORTUÁRIA. CONSTRUÇÃO DE ATERRO OU USINA DE LIXO. NECESSIDADE. ABERTURA DE CRÉDITO SUPLEMENTAR. DOTAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SUBORDINAÇÃO. PRAZO E MULTA JUDICIAIS. Com o aparecimento dos “lixões” em torno de aeroportuárias, torna-se premente a construção de aterro sanitário ou usina de compostagem de lixo, questão em que se encontra

Situação distinta ocorre quando não há execução das políticas públicas incluídas no orçamento. Como existe dotação orçamentária para implementação da política, o Executivo não deveria, em tese, alegar inexistência de recursos para satisfazer direitos fundamentais sociais abrangidos pela política. Dessa maneira, tendo em vista que o orçamento é lei em sentido formal e material, a ausência de execução de política pública com dotação orçamentária específica pode ser controlada pelo Judiciário, através de requerimento em ação coletiva⁵³⁸. Todavia, como existe, apenas, direito subjetivo *prima facie* aos direitos fundamentais sociais que excedam o mínimo existencial, o Executivo pode justificar a não implementação da política em razão da frustração da expectativa da receita, de calamidades públicas, pelo exercício do poder discricionário no contingenciamento de recursos, desde que fundamentado constitucionalmente, entre outros.

De antemão, necessário afastar a possibilidade de contingenciamento de despesas previstas para conferir efetividade a direito fundamental social. Nesse particular, o art. 9º, §2º da lei de responsabilidade fiscal é claro ao dispor que “não serão objeto de limitação de despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”, fato que reduz ainda mais o poder discricionário da Administração no concernente a direitos fundamentais. Observe que, além dos recursos vinculados, que não podem ser remanejados, a lei de

envolvida a segurança aeroportuária. A dotação orçamentária para esse fim é a providência de abertura de crédito suplementar por parte da autoridade municipal que, em se tratando de ação civil pública e caso não queira adotar essa providência, decorrido o prazo de trinta dias, se subordinará à multa judicial. Agravo parcialmente provido. (TRF 5ª região. Ag 980506588-0. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001). Segundo a linha de raciocínio aqui perseguida, a imposição de abertura de crédito suplementar pelo Judiciário afronta regras constitucionais orçamentárias e atinge a margem de apreciação conferida ao Executivo e Legislativo.

⁵³⁸ Sobre situações de afronta a direitos fundamentais sociais por omissão inconstitucional ante a inexecução de políticas públicas decidiu o Supremo Tribunal Federal: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE *PROTEÇÃO INTEGRAL* À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. *PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE*. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA *RESERVA DO POSSÍVEL* SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA *O MÍNIMO EXISTENCIAL* (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- 1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO (RE 482.611 Santa Catarina. Rel. Min Celso de Mello, DJe 06/04/2010).

responsabilidade fiscal não admite contingenciamento das obrigações constitucionais do ente. Diante disto, se a Administração não observar esta regra, o Judiciário pode intervir na escolha do administrador e determinar a aplicação da verba autorizada no orçamento para implementação da política pública, sob o manto do controle da legalidade do ato⁵³⁹.

De qualquer maneira, a limitação de empenho (contingenciamento de despesas) pelo Executivo deve ser justificada com base em critérios razoáveis, já que a discricionariedade legítima deve estar pautada na razoabilidade, sob pena de se transformar em arbítrio. Por certo, o orçamento é lei em sentido formal e material que vincula o Executivo, salvo hipóteses excepcionais constitucionalmente previstas, que precisam ser motivadas para garantia do equilíbrio entre os poderes.

Por seu turno, a frustração da expectativa de receitas⁵⁴⁰ ou a ocorrência de calamidades públicas podem gerar problemas para implementação de prestações sociais. Uma vez demonstrada a ausência inequívoca de ingressos previstos para a lei orçamentária, o Judiciário não poderá compelir a Administração a executar a política pública no mesmo exercício financeiro, salvo para garantir o mínimo existencial, quando o administrador deverá realocar recursos, através de suplementação da dotação orçamentária ou por outro meio, para cumprimento de decisão judicial. Calamidades públicas também podem servir de justificativa para a inobservância de dotação orçamentária constitucional. Nesta trilha, Gustavo Amaral defende que “um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era”⁵⁴¹.

Em verdade, a alegação de qualquer circunstância que restrinja a fruição de direito fundamental social deve ser detalhadamente demonstrada pelo Executivo. Obsta-se, portanto,

⁵³⁹ MAURICIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 15, p. 1-38, 2007.

⁵⁴⁰ Exemplo de frustração da expectativa de receitas ocorre quando a União diminui alíquota de impostos no mesmo exercício financeiro. A redução da alíquota do imposto de Produto Industrializado (IPI), por exemplo diminuiu o ingresso de receita nos entes federativos. Diversamente do que se possa imaginar, uma vez que, teoricamente, o IPI é imposto extrafiscal, que visa regular a atividade econômica do Estado, ele exerce, no escólio de Hugo de Brito Machado ‘um papel de maior relevância no orçamento, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’, pois, ‘foi até pouco tempo o tributo de maior expressão como fonte de receita’. (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2006. p. 340-341). Apesar de ser um imposto de competência da União, 48% (quarenta e oito por cento) da arrecadação do IPI é destinada ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e ao Fundo de Participação dos Estados (FPE). Desta forma, eventual redução da alíquota do IPI perpetrada pela União no mesmo exercício financeiro, causará uma redução das receitas orçamentárias dos Municípios, Estados e do Distrito Federal.

⁵⁴¹ 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. 214.

o recurso a argumentos genéricos acerca da indisponibilidade financeira para o adimplemento de prestações positivas destinadas à concretização destes direitos⁵⁴².

Neste exato sentido, foi o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa será transcrita, integralmente, em face de sua conexão com o que aqui se pretende defender:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS -DIREITO SUBJETIVO -RESERVA DO POSSÍVEL -TEORIZAÇÃO E CABIMENTO -IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA -ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS -CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL -ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

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

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as

⁵⁴² Na decisão monocrática proferida na ADPF 45/DF, o ministro Celso de Mello asseverou: Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).

condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

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

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1185474 SC 2010/0048628-4, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 20/04/2010).

Não se deve negligenciar que se a motivação do Executivo for razoável, a omissão não será infundada e o direito fundamental social poderá ser restringido em face das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. No julgamento da suspensão de tutela antecipada 175- AgR/CE⁵⁴³, o ministro Celso de Mello afirmou em seu voto:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a legação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

⁵⁴³ STF, STA 175- AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/03/2010, Informativo/STF n. 579/2010.

De qualquer sorte, ao examinar situações que envolvam direitos fundamentais sociais e escolhas orçamentárias, o Judiciário deve pautar sua decisão na meta-regra da proporcionalidade, eis que haverá colisão de interesses no momento da aplicação.

Releva advertir ainda que, tanto no caso de lacuna orçamentária para formulação de política pública, quanto em face da ausência de execução da mesma, o Poder Judiciário deve respeitar a discricionariedade de meios da Administração, em relação à forma de garantir o direito social transgredido, através do orçamento. Isto posto, o juiz ou o tribunal deve, tão somente, indicar na fundamentação a possibilidade de remanejamento de verbas destinadas à publicidade ou ao turismo ou de criação de créditos especiais, com o intuito de demonstrar viabilidade de cumprimento da ordem judicial, e não impor a realocação de recursos de uma rubrica para outra⁵⁴⁴, que denota traços de judicialização excessiva⁵⁴⁵.

O Judiciário não deve se tornar alocador de recursos públicos. A difícil tarefa de efetuar escolhas trágicas, quanto à distribuição de recursos escassos para garantia de direitos fundamentais sociais, e a possibilidade de alteração do orçamento compete ao Executivo, que possui aparato técnico e institucional para verificar as reais necessidades da população e a melhor forma de remanejamento de recursos, a fim de não inviabilizar outros programas sociais e não convulsionar o orçamento público.

Seguindo tal ordem de ideias, também o ensinamento da lavra de Nagibe de Melo Jorge Neto ao afirmar que “dada a discricionariedade de meios, é o poder público que deve

⁵⁴⁴ “A transferência de recursos (no caso, da propaganda institucional do governo para a saúde) resolveria dois problemas: (a) primeiro, o problema de dinheiro, na medida em que informaria de onde sairiam os recursos para o cumprimento da liminar; (b) segundo, aumentaria a força retórica da decisão, já que ninguém questiona que a saúde e a vida são mais importantes do que as propagandas institucionais do Governo, especialmente aqui no Ceará, onde era nítido que a propaganda estava sendo utilizada para auto-promoção dos governantes. Uma crítica que pode ser feita a esse ponto da decisão foi não ter sido dada uma maior liberdade para o administrador na escolha da rubrica orçamentária de onde sairiam as verbas para o cumprimento da liminar. O melhor teria sido apenas determinar que o administrador deveria retirar a verba de alguma rubrica, indicando apenas como opção a propaganda institucional do governo”. (LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. 2005).

⁵⁴⁵ Em sentido diverso ao defendido nesta dissertação, cite-se trecho da decisão prolatada nos autos do recurso de apelação contra sentença de procedência do pedido formulado em ação civil pública, que condenou o Estado do Rio Grande do Norte, no pagamento de diárias, para despesas com alimentação e pernoite, aos cidadãos necessitados do TFD - Tratamento Fora do Domicílio, do SUS - Sistema Único de Saúde e seus acompanhantes, tendo como valores mínimos os previstos na tabela de referência da Portaria nº 55/99, do Ministério da Saúde. Confira-se: “Diversamente do alegado, os valores envolvidos não têm o condão de colocar em risco o orçamento do Estado (a diária é orçada, na tabela de referência do SUS, em R\$30,00). Ainda que ele não tivesse o importe à disposição sob essa rubrica, a garantia da preservação da saúde dos cidadãos autoriza determinação judicial para que os recursos, inicialmente previstos para fins publicitários, sejam direcionados ao TFD, tudo em função do sopeso dos bens jurídicos a resguardar”. (TRF 5, APELAÇÃO CÍVEL Nº 425249 RN (2006.84.00.005522-4), Rel. Juiz Francisco Cavalcanti - Primeira Turma, DJe 08/11/2007).

decidir como restabelecerá os direitos fundamentais ofendidos (...) a decisão será sempre uma decisão do poder público responsável por implementar a política pública”⁵⁴⁶.

Outra questão relacionada ao controle jurisdicional de políticas públicas, que merece ser analisada, refere-se à viabilidade de intervenção do Judiciário na atividade material da Administração. Ou seja, a possibilidade de interpor ação coletiva para requerer a construção de obras públicas, como aumento do número de leitos em hospitais, de salas de aula, de presídios, etc. À evidência, pedir o implemento de determinada política pública e exigir a obrigação material específica são situações bastante diferentes, que também guardam liame com a discricionariedade de meios do administrador.

Como afirmado alhures, admite-se o ingresso de ação coletiva para exigir execução de política pública prevista em lei orçamentária, porém, os meios utilizados pelo administrador para o alcance desta finalidade não podem sofrer ingerência do Judiciário⁵⁴⁷.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido. (STJ, REsp 169876 / SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 21/09/1998).

⁵⁴⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 152.

⁵⁴⁷ Para esse exato sentido apontam as lições de Regis Fernandes de Oliveira: “Na partilha das competências, remanesce à Administração Pública a definição de suas atribuições, de seus objetivos, de seus vetores, consolidando tudo nas leis orçamentárias. A definição de prioridades e de objetivos políticos a serem alcançados integra a intimidade da gestão administrativa, descabendo a outro poder interferência sobre as atividades executivas. O controle restringe-se aos atos jurídicos produzidos pela Administração, e não pela sua executoriedade no mundo empírico. Distingue-se a atividade jurídica da Administração de sua atividade física, denominada atividade material. (...) o controle do Judiciário incide sobre comportamentos e atos administrativos jurídicos da Administração. Não se lhe pode impor a prática de atos físicos, salvo se constantes de manifestação jurídica”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 413).

O juiz não pode se transformar em administrador das finanças e das obras públicas⁵⁴⁸. Não se deve olvidar que, além dos princípios e regras orçamentários, que limitam a interferência jurisdicional, há, salvo taxativas exceções, para a Administração Pública o dever constitucional de licitar (art. 37, XXI, CF/88⁵⁴⁹), que impede a contratação de obras e serviços, sem prévio processo licitatório⁵⁵⁰. A forma pela qual o Estado deve garantir direitos fundamentais sociais, através de políticas públicas, está condicionada ao planejamento orçamentário e o Judiciário só deve intervir em caso de inconstitucionalidade, de ilegalidade, de ausência de economicidade ou de ilegitimidade do orçamento, sob pena de imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo⁵⁵¹. Por conseguinte, a intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas deve ser residual.

Contudo, não é incomum vislumbrar decisões que invadem a discricionariedade do administrador e as regras e princípios orçamentários, ordenando a construção de salas de aula, de delegacias⁵⁵², a duplicação de rodovias⁵⁵³, a aquisição de bens determinados⁵⁵⁴, etc.

⁵⁴⁸ Nesse particular, destaque-se decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, ao julgar recurso de apelação, confirmou a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público em ação civil pública para construção de cadeia pública. (TJ/SC, Apelação Cível (Processo 2003.014066-2), Rel. Des. Luiz César Medeiros, DJ 22/08/2006).

⁵⁴⁹ Art. 37, XXI, CF/88 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵⁵⁰ “É necessário antes da construção, se fazer uma previsão orçamentária, um estudo prévio, caso contrário, ferindo inclusive o princípio constitucional como o da obrigatoriedade de procedimento licitatório, realização de concurso público para a nomeação de servidores, gerando graves prejuízos e ônus aos cofres públicos, com poucos resultados práticos para a comunidade” (TJ/PA, Agravo de Instrumento n.º 2008.3.010128-0, Desembargador Relator: José Maria Teixeira do Rosário, DJ 27/05/2010).

⁵⁵¹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A INSTALAÇÃO PROVISÓRIA DE POSTO DE FISCALIZAÇÃO EM MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. ÓBICE ORÇAMENTÁRIO. EFEITO MULTIPLICADOR DE AÇÕES DESTA NATUREZA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJRN - Agravo de Instrumento com Suspensividade: AI 95539 RN 2008.009553-9, Relator Des. Vivaldo Pinheiro, DJ 03/03/2009)

⁵⁵² Registre-se que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Paraná que determinou a inadmissibilidade de ordem judicial direcionada à administração direta, para contratação de pessoal, realização de obras e aquisição de material, em determinado prazo, impondo-lhe penalidade diária, em detrimento de seu planejamento administrativo e orçamentário. (STF, RE 367432, Ministro Eros Grau, DJ 28/09/2009)

⁵⁵³ Em crítica ao ativismo judicial desarrazoado, assevera Saulo José Casali Bahia: “Sinceramente, não vejo como determinar um juiz a duplicação de uma rodovia em certo local do país, quando os recursos orçamentários são limitados e foram alocados para a construção de outra, talvez no extremo norte, capaz de, na apreciação do legislador e do executivo, salvar mais vidas e ser mais útil à comunidade como um todo. (...) Preocupa-me a consideração do que seja suportável para o poder público, por parte de quem desconhece a complexidade do emprego de recursos públicos, e da afetação que isto pode gerar para a boa governança e para administração, nesta interação indevida com agentes, estes sim, que foram eleitos para atuar com a discricionariedade possível, diante de recursos limitados e necessidades ilimitadas”. (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 11 de junho de 2010).

Inevitavelmente, decisões deste viés vulneram o equilíbrio entre os poderes e desestabilizam o sistema financeiro e orçamentário, razão pela qual devem ser afastadas.

Parece consentâneo sustentar também, em face da necessidade de cooperação entre os poderes para atendimento dos direitos fundamentais sociais, que, antes de provocar o Judiciário, o Ministério Público ou a Defensoria Pública tentem fazer acordos extrajudiciais com a Administração para cumprimento destas obrigações. Desta forma, viabiliza-se o diálogo entre os poderes e a mensuração do impacto financeiro do pedido, além de verificar, adrede, a possibilidade orçamentária. É obvio que, uma vez firmado acordo ou termo de ajustamento de conduta, tem-se um título extrajudicial que pode ser executado em caso de descumprimento.

A par destas considerações, o controle do atingimento de metas fixadas pelo poder público e o controle da eficiência mínima das políticas públicas também podem ser objetos de ação coletiva, já que importam na proteção de direitos transindividuais.

No momento em que o administrador maximiza custos para execução de políticas públicas, em nítida desatenção à técnica custo/benefício, vislumbra-se exorbitância de seu poder discricionário, configuradora de desvio de finalidade que atingirá toda a coletividade. Nestes casos, o controle de economicidade pode ser feito por meio de ação civil pública, ou por meio de ação popular (art. 5º, LXXIII), em face da agressão à moralidade administrativa e ao patrimônio público⁵⁵⁵.

Sem dúvidas, a ação popular é um poderoso mecanismo processual do Estado Democrático, que confere ao cidadão legitimidade para ir ao Judiciário com o intuito de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Ainda no que refere ao controle do orçamento, Ana Paula Barcellos assevera que o controle da quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas deve ser feito por

⁵⁵⁴ É oportuno sublinhar decisão proferida nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do Município da Barra dos Coqueiros/SE, que condenou o município, liminarmente e no prazo máximo de 90 dias, a adotar as providências físicas e estruturais necessárias ao regular, efetivo e eficaz funcionamento do Conselho Tutelar. Na sentença, a magistrada destacou que o Município tinha cumprido apenas parcialmente as determinações constantes na liminar, motivo pelo qual determinou a intimação do Conselho Tutelar visando a juntada aos autos de orçamento atualizado dos bens ainda não adquiridos pelo demandado. (Processo 200990000278, Juíza Isabela Sampaio Alves, DJ 22/08/2009). Este é um nítido exemplo de ativismo judicial excessivo, que não valoriza os princípios e regras orçamentários, além de invadir a margem de ação do administrador.

⁵⁵⁵ Ressalte-se que nestes casos, o Ministério Público também pode ingressar com ação de improbidade administrativa em face do gestor público.

meio de ação coletiva, por se tratar de proteção a interesse difuso⁵⁵⁶. Neste caso, o Ministério Público ou a Defensoria Pública podem ajuizar ação civil pública com o objetivo de controlar a legitimidade do orçamento, com base nos parâmetros delineados como guias para as escolhas do administrador.

Outro fato que pode ser objeto de controle jurisdicional relaciona-se à proposta de ação coletiva com o fito de vincular o Executivo às deliberações acerca de inclusão de determinada política pública no orçamento através de instâncias da democracia participativa.

Assentadas as bases para o controle jurisdicional do orçamento através de ações coletivas, convém examinar os limites e as possibilidades da prestação material individual de direitos fundamentais sociais.

Em primeiro lugar, não há como perder de vista que a proteção a direitos fundamentais sociais envolve demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde). Em derredor da ideias de José Reinaldo Lima Lopes tem-se que:

Esta diferença consiste exatamente no fato de os conflitos distributivos serem jogos *de soma não zero*, ao passo que os conflitos comutativos são jogos *de soma zero*. Os jogos de soma não zero, esclarece-nos a ciência política, são aqueles em que todas as partes perdem ou ganham proporcionalmente alguma coisa. E justamente por causa disto a autoridade chamada arbitrar um conflito assim (...) vê-se impelida ou mesmo constringida a servir de mediador ou conciliador⁵⁵⁷.

O caráter plurilateral do conflito distributivo reflete o dever e o direito à fraternidade, erigida a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art.3º, I, CF/88). Aqui, é oportuno destacar, na trilha de Carlos Augusto Alcântara Machado, que a dimensão fraternal do direito não se reduz a ações distributivistas, que se situam no plano dos gastos públicos⁵⁵⁸. De fato, compreender a fraternidade como categoria jurídico-constitucional do Estado Democrático, é essencial para o alcance da solução mais equitativa em conflitos de natureza distributiva, como os que envolvem direitos fundamentais sociais.

⁵⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 145.

⁵⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 168.

⁵⁵⁸ Preconiza o autor: “Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, *liberdade, igualdade e fraternidade*, instituem categorias constitucionais. (...) Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988.” MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*. Belo Horizonte. Ano 7. N. 26. Jul/set. 2009, p. 33-54).

Por certo, a visão utilitarista dos direitos fundamentais sociais deve ser afastada para alcançar a dimensão fraternal dos mesmos. Pensar em sentido diverso pode dificultar a realização da justiça social, que indica, entre outros aspectos, a necessidade de elaboração e de execução de políticas públicas voltadas à inclusão social e à concretização de direitos fundamentais⁵⁵⁹.

A discussão clássica sobre justiça comutativa (corretiva) e distributiva remonta os ensinamentos de Aristóteles acerca das formas de visualização da justiça. Segundo o filósofo de Estagira, a justiça geral deve ser identificada com a virtude completa⁵⁶⁰, que condiz com todo e qualquer mandamento legal (o que caracteriza o justo e o injusto na justiça geral é a conformação ou não conformação à lei)⁵⁶¹, e a justiça particular qualificada como uma parte da virtude que caracteriza o justo segundo a igualdade, “o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas)”⁵⁶².

Das lições de Aristóteles, infere-se que a justiça distributiva e a justiça comutativa são subtipos da justiça particular. Enuncia Aristóteles:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos⁵⁶³.

No que atine à justiça distributiva, Aristóteles afirma que o justo é uma espécie de termo proporcional e o injusto é o que viola a proporção, “porque o que é proporcional é intermediário, e o justo é o proporcional”⁵⁶⁴. Diversamente, a justiça comutativa ou corretiva “será o intermediário entre a perda e o ganho”⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ “Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos. Este problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais”. (VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006, p. 131).

⁵⁶⁰ ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 122.

⁵⁶¹ Ricardo Castilho pondera que “no âmbito da justiça geral podem ser tachadas de justas quaisquer ações ou omissões que colaborem para o alcance do Bem Comum, independentemente de sua natureza”. (CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18).

⁵⁶² ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 125.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 125.

⁵⁶⁵ Para Aristóteles no concernente a justiça comutativa “o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é (...) o igual,

As especificidades destes conceitos guardam pertinência com o estudo dos direitos fundamentais sociais e devem servir de alicerce para a solução de conflitos relacionados a estes direitos. Em face das peculiaridades dos conflitos distributivos, não se pode admitir que os mecanismos processuais clássicos para solução de conflitos comutativos sejam utilizados, indistintamente, na solução daqueles. Nesses termos, adverte José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] o uso dos mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente, ou o uso de categorias e lógica apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça comutativa (...) leva em geral à proteção judicial de carona. Nestes termos, o direito invocado individualmente costuma estar associado ao privilégio ou à imunidade de certas imposições gerais cujo objetivo é distribuir os custos de um bem comum que de outra forma seria inalcançável ou ineficaz⁵⁶⁶.

Entretanto, a inadequação dos meios não significa impossibilidade de judicialização dos direitos sociais, mas exige que se criem limites e instrumentos processuais aptos a concretizá-los⁵⁶⁷. Na verdade, deve-se evitar a individualização de conflitos coletivos e incutir na mentalidade do Judiciário a necessidade de ampliar o olhar para coletivizar demandas de caráter individual.

Na resolução de conflitos individuais de caráter coletivo, como os que envolvem direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos públicos escassos, os juízes não podem desconsiderar o caráter distributivo destes direitos, nem circunstâncias externas (reserva orçamentária, igualdade substancial, técnicas para alocação de recursos etc.), que exercem influência imediata nas suas decisões.

No campo dos direitos sociais, questões centrais como orçamento público, existência de políticas públicas e as reais possibilidades de alocação de recursos escassos devem fazer parte da análise jurisdicional para solução do conflito distributivo. Evitar esta abordagem pode acarretar resultados irracionais em alguns casos.

É o caso típico de ações individuais que pleiteiam direito fundamental à saúde, à educação, etc. Em razão do caráter coletivo e distributivo supracitado, tais direitos devem ser afirmados por políticas públicas e não por decisões judiciais centradas em situações individuais e específicas. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos, e das possibilidades orçamentárias é essencial

que dizemos ser justo". (ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 126).

⁵⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 168.

⁵⁶⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (comps). *Derechos sociales – instrucciones de uso*. México: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 75.

para definir políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, porém nem sempre é acessível ao Judiciário. Decisão judicial sobre a exigibilidade destes direitos, que ignora estas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas e nem sempre garante o princípio da fraternidade.

A canalização de recursos em situações individualizadas, sem observar circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, afronta, por exemplo, o espírito do art. 196, da Carta Magna, que tem por escopo viabilizar a garantia do direito fundamental à saúde de forma universal e igualitária. Não parece correto admitir que o Judiciário intervenha nas escolhas orçamentárias sem observar critérios mínimos que direcionem sua decisão e reduzam os impactos da mesma sobre o orçamento. A essencialidade da prestação e a necessidade do indivíduo⁵⁶⁸, por exemplo, devem servir de guias para a tomada de decisão.

Pelo fato de incumbir ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir recursos orçamentários para suprir necessidades sociais de determinada comunidade, não parece razoável, se não ficar constatado desvio de constitucionalidade, de legalidade, de economicidade ou de legitimidade do orçamento, da política pública ou do ato do gestor, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento de verbas para garantir, de forma privilegiada e absoluta, direito social para determinado indivíduo, sem considerar as circunstâncias fáticas do caso⁵⁶⁹. Note que há diferença substancial entre pleitear no Judiciário a execução de política pública prevista em lei ou na

⁵⁶⁸ É inelutável reconhecer que as políticas sociais devem levar em consideração as pessoas, tradicionalmente, mais vulneráveis. Daí a importância de se verificar a necessidade do indivíduo em cada caso concreto.

⁵⁶⁹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL DA CRIANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL AFASTADO. CRECHE. VAGAS LIMITADAS. MATRÍCULA NEGADA. AUSÊNCIA DE PROVA DA DESÍDIA DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069, de 1990, contemplou a viabilidade de ações públicas e privadas de responsabilidade por ofensa a direitos individuais ou coletivos da criança e do adolescente (art. 208 combinado com o parágrafo único), legitimando, dentre outros, o Ministério Público (art. 210, I). 2. A possibilidade jurídica do pedido consiste na existência, em abstrato, dentro da ordem jurídica, de tutela jurisdicional para a pretensão deduzida. 3. É juridicamente possível a impetração, pelo Ministério Público, de mandado de segurança com o objetivo de obrigar a direção de creche Municipal a matricular menor. 4. O direito à educação é garantia constitucional da criança e do adolescente, sendo dever do Estado disponibilizar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. 5. **A insuficiência de vagas para atendimento da demanda relativamente a creches municipais, em princípio, fere lesão a direito líquido e certo à educação. Todavia, comprovado nos autos o empenho do Município em aumentar o número de vagas, resta afastada a desídia da Administração Pública e, conseqüentemente, a lesão alegada.** 6. Apelação cível conhecida e provida para cassar a sentença e, no mérito, denegar a segurança. (sem o grifo no original). (TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.365694-5/001, Relator DES. CAETANO LEVI LOPES, DJ 18/03/2008).

Constituição e requerer a proteção de direito fundamental social de forma individual⁵⁷⁰. Quando o Judiciário determina o implemento de políticas públicas atende à coletividade, sem escolher o destinatário do recurso.

Decisões individuais muitas vezes estão fora de um contexto previamente estabelecido e planejado pelos agentes públicos em acordo com a sociedade. Isto decorre do fato de o orçamento ser elaborado para políticas públicas sociais e não para casos individuais específicos.

Não se quer com isso afastar a possibilidade de acesso à justiça de maneira individualizada quando há lesão a direito fundamental social, mas sim ressaltar a necessidade de o Judiciário ter uma visão global de todas as circunstâncias adjacentes ao caso a fim de não transgredir a justiça distributiva.

Nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais, o Judiciário precisa ter por escopo garantir uma macrojustiça, ou seja, “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia”⁵⁷¹. Assim, assegurar o direito de tratamento médico, no exterior, a determinada pessoa, independentemente dos custos, da essencialidade da prestação e da necessidade do indivíduo, revela uma intervenção jurisdicional nas escolhas orçamentárias, nitidamente, inconseqüente, salvo se ficar demonstrada a necessidade de proteção do direito ao mínimo existencial⁵⁷².

Para clarificar esta assertiva, convém mencionar um caso citado por George Marmelstein Lima (dados extraídos do Mandado de Segurança 2000.80.006986-8, que tramitou na Justiça Federal do Estado de Alagoas), que evidencia a necessidade de observância de critérios pelo Judiciário ao decidir conflitos que envolvam direitos

⁵⁷⁰ Registre-se que, ambos os pedidos podem ser feitos ao Poder Judiciário, em face da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, o que não implica, necessariamente, garantia irrestrita do direito pleiteado.

⁵⁷¹ 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. 39.

⁵⁷² ADMINISTRATIVO. SUS. DOENÇA RARA NÃO DIAGNOSTICADA. FINANCIAMENTO DE VIAGEM AO EXTERIOR PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Consabido que o Estado brasileiro dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais. 2. A saúde, apesar de ser um direito assegurado a toda coletividade, submete-se à chamada reserva do possível. 3. As carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos. 4. Considerando-se que a doença que aflige a autora, além de ainda não ter sido diagnosticada, é apontada como sendo enfermidade extremamente rara, não sendo certa a possibilidade de sucesso em seu diagnóstico ou tratamento, que certamente teria caráter experimental, deve ser denegado o custeio pretendido, ante a duvidosa possibilidade de êxito. (TRF 4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.025872-9/PR, RELATORA: Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 17/07/2007).

fundamentais sociais, sob pena de vulnerar a essência coletiva e distributiva dos direitos fundamentais sociais:

O caso, em síntese, era o seguinte: um sujeito precisava de um transplante de pâncreas e, após ter sido negado seu direito administrativamente, impetrou um mandado de segurança na Justiça Federal contra o Secretário da Saúde do Estado, que, na ocasião, era o responsável pelo SUS em Alagoas. O objetivo da ação era obrigar que o Poder Público custeasse as despesas com o tratamento. Até aí, nada demais. (...) Ocorre que os fatos não paravam por aí. Somente depois fiquei sabendo dos seguintes detalhes que mudaram completamente o enfoque da questão: (a) em primeiro lugar, o impetrante era um advogado de prestígio, que morava em um prédio de luxo localizado em um bairro nobre da cidade; (b) em segundo lugar, o impetrante tinha plano de saúde, que cobriria boa parte dos custos, caso ele não tivesse acionado o SUS; (c) por fim, o impetrante não pretendia apenas que o Estado realizasse a cirurgia e pronto, mas que a cirurgia fosse realizada no melhor hospital do país (Hospital Albert Einstein, em São Paulo) e que fossem cobertos os custos com passagens aéreas e hospedagens, inclusive para acompanhantes. Vale ressaltar que o SUS de Alagoas tinha convênios com ótimos hospitais com condições técnicas de realizar a operação a menor custo. Apesar de todas essas questões, a Justiça Federal de primeira instância concedeu a liminar integralmente. Os custos para cumprir a decisão equivaliam ao dobro do valor desembolsado no mês anterior para gastos com tratamentos fora de domicílio de pacientes atendidos pelo SUS no estado de Alagoas, num total de 127 pessoas beneficiadas, a maioria vítima de câncer⁵⁷³.

Esta atuação do Judiciário sinaliza o que José Reinaldo Lima Lopes denominou de “voluntarismo irracional”, que pode ser compreendido pela ausência de limites e critérios para que o Judiciário aja globalmente, no tocante aos direitos fundamentais sociais, de modo a promover a fraternidade e a justiça distributiva⁵⁷⁴. Além disso, esta alocação de recursos escassos pelo Judiciário não foi abalizada por parâmetros como essencialidade, excepcionalidade e necessidade da medida, sendo nitidamente desproporcional.

A ideia de que a intervenção do Judiciário em demandas individuais, para garantir direitos sociais coletivos, é uma forma de reduzir a exclusão social e efetivar a justiça distributiva e social deve ser desmitificada. Em estudo empírico de decisões judiciais que garantiram medicamentos para indivíduos de determinado Município, independentemente da política pública existente, por um ano, restou demonstrado que a atividade jurisdicional gerou distorção na política de medicamentos, uma vez que a maioria dos beneficiados pelas decisões judiciais eram de classe média/alta e tiveram acesso ao judiciário por meio de advogados particulares⁵⁷⁵.

⁵⁷³ LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2005.

⁵⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. in José Eduardo Faria (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1 ed. 5 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142.

⁵⁷⁵ A pesquisa centrou-se em 170 ações impetradas contra o poder público municipal de São Paulo no ano de 2005 requerendo o fornecimento de medicamentos. Desses processos, 78% (N=133) tiveram o formulário de coleta de dados preenchido totalmente. O gasto total com medicamentos dessas ações foi de R\$876 mil. Embora a pesquisa seja bastante ampla, é possível resumir os resultados mais importantes, como os seguintes: 40,8% dos

Virgílio Afonso da Silva sublinha que “o acesso efetivo ao sistema judicial no Brasil é, quase exclusivamente, reservado aos litigantes que possuem recursos financeiros substanciais. Tribunais são realmente uma voz institucional para os ricos”⁵⁷⁶. A preocupação com assistência judiciária gratuita (isenção de custas aos economicamente frágeis e assistência técnica especializada acessível a todos) foi indicada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como a primeira onda reformatória no sentido de concretizar o acesso à justiça⁵⁷⁷. Apesar dos avanços, no Brasil ainda há grandes deficiências estruturais e procedimentais tanto no Judiciário como nos setores de informação, educação, etc. que dificultam o acesso à justiça aos mais carentes⁵⁷⁸.

Na verdade, garantir o direito à saúde não implica direito a atendimento terapêutico e farmacêutico ilimitado. Se assim fosse, teria que haver adesão à teoria keynesiana da inesgotabilidade de recursos públicos, eis que implementar um direito à assistência à saúde ilimitado é realidade utópica ante o fenômeno da escassez⁵⁷⁹.

Não é esse entendimento, entretanto, que deve prevalecer. No julgamento do pedido de suspensão de tutela antecipada n. 277, ajuizado pelo Estado de Alagoas, contra decisão do Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, que deferiu a

pedidos foram baseados em prescrições médicas emitidas por médicos privados - ou seja, não pertencentes ao sistema público de saúde; 54% das reivindicações foram propostas por advogados privados. Esta discreta diferença sugere que provavelmente estas pessoas tenham condições financeiras suficientes para custear os honorários do profissional; 63% (N= 73) dos demandantes vivem nas zonas com menor grau de exclusão social da cidade. (VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*. Rev Saúde Pública 2007; 41(2):214-22).

⁵⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em <http://www.enelsyn.gr>. Acesso em 13 de junho de 2010. (tradução nossa)

⁵⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁵⁷⁸ Sufragando este entendimento adverte Luís Roberto Barroso: “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”. (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2010).

⁵⁷⁹ Com fulcro nesse argumento, aceito por grande parte da doutrina e da Jurisprudência, grande quantidade de ações vêm sendo acolhidas contra o Estado para obrigar o SUS a cobrir tratamentos e medicamentos não contemplados pela política de saúde estabelecida pelas respectivas Secretarias de Saúde ou Ministérios de Saúde. A ideia centra-se no seguinte trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal em um caso que se tornou paradigmático: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art.5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (STF, RE 271.286 AgR-RS, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12/09/2000). Esclareça-se que essa decisão não ficou restrita à garantia ao mínimo existencial, mas ao direito à saúde de maneira genérica.

antecipação de tutela mandamental postulada na inicial, para determinar ao Estado de Alagoas o fornecimento do medicamento excepcional denominado REBIF 44Mg (Betainterferona 1ª Recombinante) em favor de indivíduo determinado, destacou o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

[...] não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...) Dessa forma, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde⁵⁸⁰.

Ainda nesta decisão, a fim de demonstrar as dificuldades existentes para solução de conflitos distributivos, sublinhou o ministro:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc⁵⁸¹.

Com efeito, diante da complexidade de fatores relacionados a situações que envolvem políticas públicas e direito subjetivo individual *prima facie* ao direito social, mister reforçar a necessidade de criar mecanismos jurisdicionais para solução de conflitos individuais de caráter coletivo e distributivo⁵⁸². Tais demandas não podem ser solucionadas

⁵⁸⁰ STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

⁵⁸¹ STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

⁵⁸² No anteprojeto do novo código de processo civil há procedimento específico para coletivizar demandas individuais, fato que demonstra a necessidade de ampliar o olhar do Judiciário para determinadas pretensões individuais que têm repercussões na coletividade. Logo, existe previsão no art. 895 a 906 do novo código de incidente de resolução de demandas repetitivas. (Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010). Certamente, este incidente viabilizará o tratamento isonômico das pretensões individuais de direitos fundamentais sociais. Ressalte-se, contudo, que no que concerne ao mínimo existencial cada caso concreto deve ser analisado em suas especificidades e não se vislumbra, *a priori*, possibilidade de coletivização, salvo se restar demonstrado que a ausência de prestação estatal atingirá a dignidade de uma coletividade. Para aprofundar os aspectos processuais do incidente confira-se CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa as ações coletivas. *RePro* 147. São Paulo: Ed. RT, maio 2007; THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Jose Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *RePro* 177/9. São Paulo: Ed. RT, nov. 2009.

pelo mesmo procedimento utilizado para conflitos de direitos fundamentais individuais, pois podem acarretar desvios na efetivação dos direitos sociais.

A fim de mudar a perspectiva do Judiciário de garantidor de “microjustiça” para garantidor de “macrojustiça”, no que tange a direitos fundamentais sociais, é necessário ter um olhar coletivo sobre o pleito individual. Não ter acesso ao melhor tratamento médico ou a um medicamento específico, que não consta na lista do sistema único de saúde (SUS), não significa anulação de direito fundamental à saúde, mas reflete, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, uma restrição legítima a este direito. Como já assentado nesta dissertação, direitos fundamentais sociais não são absolutos, mas devem ser realizados na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas. Assim, a análise do impacto das decisões judiciais, em face das circunstâncias externas existentes, e a ênfase ao caráter coletivo destes direitos devem estar presentes no momento da ponderação dos interesses conflitantes.

A esse respeito, preconiza Virgílio Afonso da Silva:

Se, pelas razões expostas, os juízes não devem distribuir medicamentos ou benefícios similares diretamente aos indivíduos, eles devem ser capazes de canalizar as reivindicações individuais e, numa espécie de processo de diálogo constitucional, procurar dar explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos, mediante as políticas governamentais, de maneira que o Judiciário possa discutir e questionar as alocações de recursos dessas políticas, investido de um poder político necessário para adequar esses programas ao interesse público⁵⁸³.

Não se deve negligenciar que não é tarefa típica do Judiciário garantir tratamento e medicamento para determinados indivíduos, em detrimento de outros, salvo em situações excepcionais e de extrema necessidade para proteger o mínimo existencial. Em regra, a função do Judiciário é garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais através do controle de políticas públicas e do orçamento. Exatamente neste sentido, apontam mais uma vez as lições de Virgílio Afonso da Silva:

Como controlador da execução de políticas já existentes -, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais⁵⁸⁴.

⁵⁸³ “If, for the reasons discussed, judges should not distribute medicine or similar benefits to individuals, they should be able to channel individual claims and, in a kind of constitutional dialogue process, demand objective and transparent explanations about the allocation of public resources through public policies, so that they can discuss and challenge such allocations with the political power whenever necessary” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em <http://www.enelsyn.gr>. Acesso em 13 de junho de 2010). (tradução nossa)

⁵⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

Portanto, seguindo tais ensinamentos pode-se afirmar que, com exceção dos casos que envolvam direitos fundamentais sociais mínimos, o Judiciário não deve determinar em demanda individual, sem considerar as circunstâncias fáticas do caso, que os entes estatais suportem os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante políticas públicas⁵⁸⁵. O direito subjetivo definitivo do indivíduo refere-se à política pública e não à saúde, que revela um direito *prima facie*⁵⁸⁶. Ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, os juízes não têm em mente a dimensão global das políticas públicas de saúde⁵⁸⁷. Entretanto, como já assentado ao longo desta dissertação, é possível haver controle de legalidade de política pública prevista em lei, mas não incluída no orçamento. Assim, medicamentos de alto custo que constem na lista de medicamentos devem ter dotação orçamentária específica para serem concretizados, sob pena de ilegalidade.

Por outro lado, entende-se legítima a intervenção do Judiciário quando provocado por ação coletiva para, após análise técnica, política e social da necessidade de determinado medicamento que ainda não conste na lista do SUS, determinar a inclusão do mesmo para o próximo exercício financeiro, uma vez que a perspectiva sairá do âmbito individual para o coletivo. Desse modo, o Judiciário garantirá o direito à saúde a partir de uma macrojustiça.

Malgrado a necessidade de ponderação entre princípios que fundamentam as normas constitucionais orçamentárias e os direitos fundamentais sociais em conflito, já que não existe hierarquia entre ambos, na prática, observa-se clara tendência a tornar absoluto

⁵⁸⁵ CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DISTRIBUTIVIDADE E DA SELETIVIDADE - DENEGACÃO DA SEGURANÇA. - Para a concretização do direito à saúde, o poder público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais prementes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos. (TJ/MG, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.456301-6/000, Relator do acórdão Des. Dídimo Inocêncio de Paula, DJ 29/02/2008).

⁵⁸⁶ Nesta linha de raciocínio, Antonio Moreira Maués afirma que “a judicialização do direito à saúde deve transcender as causas individuais e permitir que o judiciário colabore com a distribuição mais equitativa dos bens relacionados à saúde, cumprindo com sua função de garantir os direitos fundamentais. Isso não significa que o judiciário deixe de atender demandas individuais por prestação de saúde, as quais, no entanto, sujeitam-se aos princípios da universalidade e da integralidade acima expostos, o que exclui pedidos de tratamento não previstos oficialmente e que ofereçam poucas possibilidades de sobrevivência”. (MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da Judicialização do direito à saúde no Brasil. In: Fernando Facury Scaff; Roberto Romboli; Miguel Revenga. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais* - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p.258-273).

⁵⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

direitos fundamentais sociais e afastar a aplicação das normas orçamentárias, em clara agressão ao sistema constitucional⁵⁸⁸.

Sublinhe-se, mais uma vez, a necessidade de aplicar a máxima da proporcionalidade nas três etapas, a fim de verificar qual direito deve prevalecer em face das circunstâncias do caso concreto.

Ainda assim, deve-se lembrar que, constatada lesão ao mínimo existencial no caso concreto, circunstâncias fáticas como ausência de recursos não devem obstar a exigibilidade do direito. Ocorre que o mínimo existencial não é definido *a priori*, mas é resultado de uma ponderação, fato que também ensejará o sopesamento de circunstâncias fáticas e jurídicas, a exemplo da efetiva necessidade da parte, de princípios de solidariedade, etc., para concessão do direito⁵⁸⁹.

Importa sublinhar que a decisão do Min. Gilmar Mendes no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 277 sinaliza a necessidade de fixação de parâmetros para conflitos individuais de caráter coletivo, que deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perplexidades que a questão dos direitos sociais envolve. Nas palavras do ministro “juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – ENFERMIDADE "ARTRITE REUMATÓIDE" – MEDICAMENTO "ETANERCEPT" – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO ACOLHIMENTO – MÉRITO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – REQUISITOS PREENCHIDOS – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL DEMONSTRADOS – LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA E IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA – EMBATE DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS – INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIMITABILIDADE – PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO SOBRE AS DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO – PROTEÇÃO DOS DIREITOS À SAÚDE E À VIDA – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – *ASTREINTES* – FUNÇÃO GARANTIDORA DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO – CABIMENTO – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DO *DECISUM* – RAZOABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. Com respeito ao direito à saúde, importância especial lhe deve ser garantida, pois, por se tratar do bem maior ao indivíduo, não é prudente a sua relativização em face de direitos constitucionais inerentes à governança estatal, correlatos a bens menores. A fixação de multa importa em garantia de que a decisão combatida não será desrespeitada, causando gravame indevido à parte adversa. (Agravado de Instrumento n. 2010.019452-8, Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento, DJ 22/06/2010).

⁵⁸⁹ Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que “o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera e que não se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e para sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais como educação, moradia, etc) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. Atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 347)

⁵⁹⁰ STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

Com o intuito de criar tais parâmetros, o ministro do Egrégio Tribunal assevera que o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Segundo seu entendimento:

[...] ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente⁵⁹¹.

Outro aspecto importante, ilustrado pelo ministro é que apesar de ser a ponderação dos princípios em conflito que dará a resposta ao caso concreto, faz-se mister que critérios de justiça comutativa, que orientam a decisão judicial, sejam compatibilizados com critérios de justiça distributiva e social, que determinam a elaboração de políticas públicas.

Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público⁵⁹².

Após analisar todas estas considerações, conclui que o fornecimento de medicamento que deva constar na lista do SUS não acarretará lesão à ordem pública⁵⁹³, ao passo que a ausência do mesmo poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente, razão pela qual deve ser fornecido pelo Estado.

Malgrado a tentativa de criar parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, parece sensato concluir que as demandas individuais ainda estão sendo tratadas na perspectiva de justiça comutativa (conflito bilateral entre o indivíduo e o poder público) e não sob a perspectiva da justiça distributiva⁵⁹⁴. Na realidade, a garantia a

⁵⁹¹ STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

⁵⁹² STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

⁵⁹³ “Não vislumbro na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública, uma vez considerados os seguintes dados fáticos: - segundo informado na inicial da defensoria pública do Estado de Alagoas (fl. 23) e relatado na decisão impugnada (fl. 20), a paciente é portadora de Esclerose Múltipla (CID G35) e necessita fazer uso de 156 ampolas ao longo de 1 ano do medicamento REBIF 44mg; - a requerente declarou que não possui condições de arcar com o custo mensal do tratamento, orçado em R\$ 9.584,19 (fl. 23-24); e - o medicamento consta da lista de fármacos fornecidos pelo SUS (Portaria nº 1869/GM)”. (STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008).

⁵⁹⁴ Após a audiência pública da saúde, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado em outras oportunidade para se manifestar sobre tais parâmetros, mas ainda não os fixou. Confira-se: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, STA 175- AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/03/2010, Informativo/STF n. 579/2010).

determinado indivíduo da prestação material do Estado não resolverá o problema da efetivação do direito fundamental social, uma vez que o bem jurídico em lide, salvo se for direito ao mínimo existencial, não apresenta possibilidade de realização de microjustiça. Mas, nos casos de lesão a tais direitos urge a fixação de parâmetros a fim de evitar a ditadura do Judiciário.

Apenas a título ilustrativo, e à guisa de conclusão, podem-se estabelecer três parâmetros para a intervenção jurisdicional no orçamento, em casos de demandas individuais relacionadas a direitos fundamentais sociais.

O primeiro é a verificação, no caso concreto, se a exigibilidade é de direito fundamental social mínimo. Se restar demonstrado que a prestação material do Estado é necessária à realização do mínimo existencial, o Judiciário deve determinar a obrigação de fazer do Estado em prazo determinado, independentemente de dotação orçamentária específica⁵⁹⁵. Evidentemente, a fim de evitar grande impacto no orçamento, o Poder Executivo pode justificar a retirada de verba da reserva de contingência ou utilizar outro método de flexibilização da lei orçamentária, a exemplo do contingenciamento de áreas de interesse público secundário ou terciário. Deste modo, evitar-se-ia a retirada de dotações destinadas para programas específicos relacionados a outros direitos fundamentais sociais.

Constatado que a ausência de concretização do direito fundamental social não resulta na proteção ao mínimo existencial, o Judiciário pode guiar sua decisão com base nos outros parâmetros, que devem ser cumulados.

Sustenta-se como segundo parâmetro para concessão da prestação social em demanda individual, a presença de dois critérios distributivos: a necessidade (hipossuficiência) da parte em relação ao pedido e a essencialidade da prestação estatal. É

⁵⁹⁵ CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA UNIÃO, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. OPÇÃO POLÍTICA JURIDICIZADA. I -Em razão da previsão constitucional da participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde -SUS (art. 198, parágrafo único, da CR/88), reconhece-se a responsabilidade solidária dos referidos entes para assegurar os meios de preservação à saúde. Precedentes do STJ. II -Em que pese inexistir consenso na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza da norma do art. 196 da Constituição, considerando alguns julgados a sua natureza programática e outros defendendo que dela se poderiam extrair direitos subjetivos aptos a gerar exigências de prestações positivas do Poder Público, **a melhor doutrina orienta que, em se tratando de direito à saúde, apenas as prestações que compõem o assim denominado "mínimo existencial" e aquelas que configurem opções políticas juridicizadas dos poderes constituídos poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado.** III -Não apenas a "lei", em seu sentido estrito, mas também os atos normativos a ela inferiores, desde que dotados de impessoalidade, generalidade e abstração, que revelem expressa e inequivocamente a vontade do Poder Público e a sua possibilidade concreta de atender a uma necessidade coletiva na área da saúde, configuram "opção política juridicizada". (TRF2; APELAÇÃO CIVEL 200751010236793 RJ 2007.51.01.023679-3, Relator(a): Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA, DJ 23/03/2010). (grifo nosso)

dizer: na análise do direito subjetivo *prima facie* às prestações sociais, o Juiz deve levar em consideração a hipossuficiência da parte e a essencialidade da prestação fática pleiteada.

Além disso, as razões do Estado para a não efetivação do direito devem ser analisadas no momento da decisão. Ressalte-se que é dever do Estado provar os motivos que conduziram a negação da prestação. Se ficar demonstrada a inexistência de fundamentação constitucionalmente adequada, o Judiciário deve determinar a concretização do direito fundamental social. Este terceiro parâmetro está contido na máxima da proporcionalidade, que prescreve o dever de observância da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, da restrição a direito fundamental pelo Estado.

Observados o segundo e o terceiro parâmetros cumulativamente, defende-se que o Judiciário determine a inclusão de dotação orçamentária no exercício financeiro subsequente, para o implemento do direito fundamental social, a fim de diminuir os impactos decorrentes de suas decisões e viabilizar o diálogo entre os poderes.

Note que, não obstante a análise ter ficado circunscrita a um aspecto do direito fundamental social à saúde (fornecimento de medicamentos), tais considerações servem de alicerce para conflitos relacionados a todos os direitos sociais.

Como se pode perceber, a ênfase ao processo coletivo em relação ao individual é imprescindível para o alcance da justiça distributiva e o respeito ao planejamento orçamentário. No entanto, insta ressaltar que na solução de demandas individuais, critérios ou parâmetros racionais devem conduzir a interpretação do exegeta para o alcance da solução mais equitativa.

5.3 O diálogo entre os poderes como forma de solução de conflitos de direitos fundamentais sociais de natureza distributiva

Ao longo desta dissertação foram delineados, com fulcro no constitucionalismo contemporâneo e nos valores introduzidos pela pós-modernidade, alguns critérios para a intervenção do Judiciário nas escolhas orçamentárias, sempre com o objetivo de realizar, na maior medida possível, direitos fundamentais sociais e garantir o Estado Democrático.

Malgrado a importância do Poder Judiciário na solução de litígios que envolvem direitos fundamentais sociais, não se deve negligenciar que tais direitos se realizam através de políticas públicas e não por meio de decisões judiciais.

Na realidade, o contexto em que se analisa o conflito entre direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos orçamentários escassos, não reclama, necessariamente, intervenção jurisdicional, mas exige, por outro lado, harmonia entre os poderes públicos para o alcance de decisões que realizem a justiça distributiva.

Na trilha desse raciocínio, parece correto defender que soluções extrajudiciais baseadas no diálogo entre os poderes sejam mais céleres e, muitas vezes, mais eficazes que as intervenções jurisdicionais.

Por certo, em diversas situações a melhor alternativa é a articulação das partes com vistas a estabelecer um compromisso ou efetuar uma transação, especialmente na definição de políticas públicas que se prolongam no tempo e que demandam grande quantidade de recursos orçamentários. Note que, decisões deste porte podem reclamar, inclusive, planejamento no plano plurianual, fato que impede, salvo para controle de constitucionalidade, de legalidade, de legitimidade ou de economicidade, a intervenção direta do Judiciário nesta esfera.

Sufragando esta linha de raciocínio José Reinaldo de Lima Lopes esclarece: “as soluções de compromisso, a elaboração de propostas a serem cumpridas ao longo de certo prazo, não são ‘a segunda opção’, não são apenas a solução ‘na falta de solução melhor’: quero dizer que em vários casos são exatamente a solução própria”⁵⁹⁶.

Ainda que haja necessidade de controle jurisdicional, deve-se ter em mente, como bastante asseverado ao longo deste estudo, que o papel do Judiciário não é substituir o Legislativo ou o Executivo, mas procurar imprimir nestes poderes o dever de realização progressiva dos direitos fundamentais sociais.

Exatamente por isso, defende-se que o Judiciário não intervenha diretamente na realocação de recursos, mas fundamente as possibilidades de alteração orçamentária ou vincule o Legislativo e o Executivo na feitura do orçamento seguinte, por meio do reconhecimento do caráter fundamental de determinadas prestações relacionadas a direitos sociais.

Desta forma, a decisão judicial tem um caráter progressivo, que garante o direito fundamental social aos requerentes e ajusta a conduta do Estado ao pedido. Outra atitude dialógica do Judiciário é estabelecer um prazo para que o Legislativo e o Executivo ajustem suas políticas públicas, fixando metas factíveis em face das aspirações sociais e das possibilidades econômicas existentes.

⁵⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

Saindo da esfera jurisdicional, deve-se ressaltar a atuação do Ministério Público na solução dos conflitos sociais através de termos de ajustamento de conduta. Em relação ao direito fundamental à saúde, por exemplo, em pesquisa efetuada na promotoria pública do Estado de Sergipe, ficou constatado que a grande maioria dos casos foram resolvidos de maneira consensual⁵⁹⁷.

Com efeito, a intervenção do Ministério Público para efetivar direitos sociais, através de políticas públicas deve observar, prioritariamente, os mecanismos extrajudiciais, introduzidos pela Constituição Federal a exemplo do inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta.

Como defensor da sociedade civil e garantidor dos direitos sociais, a atividade do Ministério Público, além de ser pró-ativa, deve ter por escopo a cooperação entre os poderes. Dentro da esfera extrajudicial compete ao Ministério Público, conhecendo a ausência ou a ineficiência dos serviços públicos necessários à implementação dos direitos fundamentais sociais, instaurar procedimento que oportunize ao administrador apresentar seus argumentos e adequar sua conduta em termo próprio, sempre com escopo de concretizar as metas constitucionais.

Somente quando inviabilizado o diálogo com os gestores ou diante do inadimplemento do ajuste, seja o mesmo oriundo de uma pretensão individual homogênea ou coletiva, frente a resistência peremptória e injustificada destes em adequar-se à construção finalística dos textos constitucional e legal, deverá o Ministério Público transferir para o Judiciário a resolução do conflito, executando termo de ajustamento de conduta ou promovendo Ação Civil Pública para obrigar a Administração a realizar os preceitos estabelecidos pelo constituinte.

Observe que desta forma há maior possibilidade de adequação dos recursos orçamentários com as exigências de prestações fáticas para o implemento dos direitos fundamentais sociais.

Além da relevante atuação extrajudicial do Ministério Público, convém destacar o papel da Defensoria Pública para a solução de conflitos relacionados a direitos fundamentais sociais. Defende-se aqui o fomento de acordos institucionais entre as defensorias e as secretarias do Estado e do Município a fim de reduzir as demandas judiciais.

⁵⁹⁷ Pesquisa efetuada com base nos arquivos do núcleo de saúde do Ministério Público do Estado de Sergipe referente ao período de 2007 a 2009. Neste lapso temporal, 65% (sessenta e cinco) por cento dos procedimentos instaurados pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, relacionados a direito à saúde, foram resolvidos por termo de ajustamento de conduta e 35% resultaram em ação judicial.

Evidentemente, todas estas tentativas de diálogo interinstitucional dependem da cooperação dos poderes. O dever de transparência e de informação⁵⁹⁸ do Executivo, por exemplo, são importantes mecanismos para que a sociedade e os demais poderes monitorem a implementação progressiva dos direitos fundamentais sociais, bem como diagnostiquem e combatam o retrocesso social.

Imperioso ressaltar que há sinalização de busca de diálogo entre os poderes para implementação de políticas públicas e realização dos direitos fundamentais sociais. Em abril de 2009, os três poderes firmaram o II Pacto Republicano com escopo de desenvolver relações institucionais entre os órgãos públicos, e estabelecer diretrizes para a realização célere e progressiva dos direitos fundamentais.

Todas estas medidas denotam uma tendência de cooperação entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, que podem servir de alicerce para a real concretização do Estado Social Democrático de Direito.

⁵⁹⁸ Sobre a importância do dever de informação, Sandra Regina Martini Vial ressalta “Só poderemos falar em respeito aos direitos fundamentais se a população tiver conhecimento, estiver empoderada de suas condições de vida e de seu direito a ter direitos”. (VIAL, Sandra Regina Martini. *Saúde: um direito fundado na fraternidade. Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde*. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009).

6 CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demarcar limites e possibilidades da intervenção jurisdicional nas políticas públicas e nas escolhas orçamentárias, a partir do reconhecimento da força normativa do orçamento público e da necessidade de otimização dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, a aplicação da regra da proporcionalidade foi basilar para reduzir a discricionariedade administrativa e judicial, e, conseqüentemente, garantir a harmonia e independência dos poderes no Estado Democrático.

No trabalho, restou nítida a importância do orçamento para a implementação de políticas sociais, fato que impulsionou a necessidade de levar a sério a questão econômica dos custos dos direitos e a forma mais adequada de alocar recursos públicos escassos, sempre tendo em mente a realização dos objetivos traçados pelo constituinte.

Apontou-se também que o diálogo constitucional entre os poderes, no que concerne ao conflito entre políticas públicas, direitos fundamentais sociais e escolhas orçamentárias revela-se imprescindível para o alcance da justiça social e fraterna.

Para melhor entendimento do que foi exposto, convém extrair as seguintes conclusões:

1. A força normativa da Constituição impõe limites formais e materiais às atividades do Legislativo, Executivo e Judiciário e determina deveres de atuação para os mesmos. A independência e harmonia entre os poderes, chanceladas no pacto federativo, funciona a partir do constante controle recíproco com vistas à efetivação da Lei Fundante do País;

2. É neste cenário que se faz premente a necessidade de uma filtragem constitucional do orçamento, antes concebido como mera peça de ficção jurídica (uma lei que não era cumprida). Ou seja, todo processo de planejamento, elaboração e execução orçamentários devem observar os valores e objetivos delineados na Lei Maior, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais;

3. Considera-se princípio a norma que garante direitos e deveres *prima facie* através de um mandamento de otimização e regra como norma que garante direitos e deveres definitivos;

4. Do ponto de vista funcional, não há mais sentido em identificar direitos sociais com direitos prestacionais, porque existem direitos sociais de defesa (direito de greve, liberdade sindical), que não dependem de prestações materiais do Estado. Da mesma forma,

deve-se superar a dicotomia - direitos positivos vs. negativos - uma vez que todos os direitos fundamentais - não apenas os de caráter positivo - geram custos;

5. Em face da escassez de recursos públicos, em contraponto às infinitas necessidades sociais, convém admitir possibilidade de relativização do conceito tradicional de direito subjetivo para incluir o fator externo, mas indispensável, dos custos;

6. Não existe um conteúdo jurídico determinado previamente dos direitos fundamentais sociais mínimos. Diante do caso concreto e das realidades fáticas circundantes, e após o processo ponderativo, qualquer direito concernente a uma parcela mínima, sem a qual o homem não sobreviva com dignidade, pode agregar este rol protetivo;

7. O mínimo existencial assume o caráter de regra e, por via de consequência, não está sujeito a ponderação. Assim, em relação ao mínimo vital, não se vislumbra possibilidade de restrição com base na escassez de recursos;

8. Em sua maior parte, os direitos sociais preconizam regulamentação através de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras da União, Estado, Distrito Federal ou Município para serem implementadas;

9. Do conflito entre necessidades sociais ilimitadas e escassez de recursos a sociedade é chamada a enfrentar alocações de escolhas trágicas, que devem estar descritas no orçamento público;

10. A apreciação da escassez de recursos públicos não é, necessariamente, condição de possibilidade para reconhecimento do direito, porém é elemento exterior, que pode comprometer sua efetividade. Dito de outro modo, a cláusula da reserva do possível não é um limite imanente (limite oriundo da própria estrutura e natureza do direito), determinado em abstrato e aprioristicamente. Apenas diante do caso concreto deve-se ponderar a realidade econômico-financeira para, assim, verificar a possibilidade de limitação da efetividade do direito fundamental social;

11. A lei orçamentária serve de instrumento para afirmação da igualdade e liberdade, para garantia dos direitos fundamentais e para consecução da justiça;

12. O tratamento constitucional confiado ao orçamento denota, com clareza, sua natureza formal e material, eis que determina o procedimento de elaboração do mesmo e direciona o conteúdo jurídico que deve estar presente na lei orçamentária;

13. No contexto de um Estado Democrático voltado à proteção dos direitos fundamentais está, sem dúvida, ultrapassada qualquer consideração do orçamento que não espelhe as necessidades públicas da sociedade. Assim, não se pode mais admitir a redução do orçamento ao aspecto político-instrumental de elemento de cunho financeiro, que contém

previsão de receitas e autorização de despesas para determinado período, sem atender aos interesses efetivos da população;

14. É possível qualificar, didaticamente, as necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias, de acordo com o grau de essencialidade das mesmas. A importância da classificação consiste na hierarquização das necessidades, no sentido de racionalizar as escolhas orçamentárias e facilitar, posteriormente, o controle judicial do Orçamento;

15. As políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado devem estar direcionadas à garantia do interesse público, sob pena de agredirem frontalmente as bases do Estado Social Democrático de Direito e os valores constitucionais;

16. Se houver um planejamento racional, coerente com os princípios constitucionais e que expresse as aspirações da sociedade, e um orçamento elaborado com razoabilidade e proporcionalidade a partir deste planejamento, a concretização das políticas públicas será viável e estará em consonância com o Estado do desenvolvimento para o bem-estar;

17. Como a lei orçamentária representa, em tese, a vontade popular, alterações substanciais nos destinos dos recursos públicos devem ser feitas com cautela e transparência, sempre com vistas à concretização dos objetivos constitucionais, a fim de não vulnerar a legitimidade do orçamento;

18. O planejamento orçamentário, que guarde coerência entre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, aprovado pelo Poder Legislativo com sanção do Executivo, é norma constitucional válida, que não pode ser ultrapassada, sem justificção razoável e fundamentada;

19. O processo de formulação e execução do orçamento é também um processo político, cuja legitimidade, no sentido de escolhas de prioridades e meios de implementação, é diretamente proporcional ao amadurecimento da participação direta dos cidadãos;

20. O orçamento participativo expressa relevante mecanismo de participação popular. Decisões orçamentárias devem retratar um mínimo de conteúdo de intervenção da comunidade, eis que é quem detém o real conhecimento das necessidades públicas locais. A colaboração dos cidadãos nas tomadas de decisão viabiliza o alcance mais efetivo do consenso decisório quanto aos rumos a serem perseguidos pela Administração a bem da coletividade;

21. A adesão do Executivo às propostas comunitárias qualifica a legitimidade das escolhas orçamentárias e garante o princípio democrático;

22. O contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente, repleta de valores, permite o redimensionamento do papel do Judiciário, com a conseqüente judicialização da política;

23. Defendem-se três técnicas de redução da discricionariedade, que limitarão a margem de ação do administrador na elaboração e execução de políticas públicas e nas escolhas orçamentárias: o controle do desvio de poder, a motivação dos atos administrativos e a aplicação da máxima da proporcionalidade;

24. Uma ação do estado que intervenha no âmbito de proteção de determinado direito fundamental ou que implique numa proteção insuficiente, só será legítima se passar pelo teste da proporcionalidade;

25. Em sociedades economicamente desiguais, como o Brasil, decisões que envolvem conflitos distributivos precisam levar em consideração as desigualdades econômicas e sociais dos indivíduos envolvidos (necessidade fática), o grau de essencialidade e de excepcionalidade da situação concreta e a proporcionalidade da medida;

26. Diante da natureza formal e material do orçamento público, sempre que ficarem demonstradas situações como inobservância de regras e princípios orçamentários impostos pelo constituinte, desrespeito às vinculações constitucionais explícitas, ausência de razoabilidade e proporcionalidade na sua elaboração ou execução, o orçamento não ficará imune a controle;

27. O sistema constitucional de controle orçamentário envolve a participação conjunta e harmônica do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, cada qual dentro dos limites previamente traçados;

28. A fiscalização da peça orçamentária pelo Poder Judiciário pode recair sobre a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade e a economicidade do orçamento, tanto no momento de sua elaboração como no de sua execução;

29. O controle jurisdicional do orçamento não implica usurpação da competência conferida ao administrador para gerir recursos públicos e reflete um imperativo de legitimidade do orçamento;

30. O exame do controle de legalidade, de legitimidade e de eficiência do orçamento extrapola o âmbito dos interesses individuais, para atingir toda coletividade (interesses transindividuais). Em razão disso, as ações coletivas são os meios mais adequados para esta discussão;

31. Uma vez provocado por meio de ação coletiva, o Judiciário deve suprir a omissão governamental infundada determinando que conste, na lei orçamentária do exercício subsequente, dotação específica para execução do programa;

32. Se a ausência da política pública atingir direito ao mínimo existencial, aferido no caso concreto pelo Judiciário, o provimento jurisdicional deve consistir na execução imediata da política pública;

33. Com o intuito de evitar mudanças do orçamento e diminuir os impactos financeiros e alocatórios das decisões judiciais, parece razoável defender que o Juiz alegue, na fundamentação da decisão, a viabilidade de utilizar verbas destinadas à reserva de contingência ou de fazer contingenciamento de despesas para garantia de direitos sociais fundamentais mínimos;

34. Ao examinar situações que envolvem direitos fundamentais sociais e escolhas orçamentárias, o Judiciário deve pautar sua decisão na meta-regra da proporcionalidade, eis que haverá colisão de interesses no momento da aplicação;

35. Na resolução de conflitos individuais com repercussão em âmbito coletivo, como os que envolvem direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos públicos escassos, os juízes não podem desconsiderar o caráter distributivo destes direitos, nem circunstâncias externas (reserva orçamentária, igualdade substancial, técnicas para alocação de recursos etc.), que exercem influência imediata nas suas decisões;

36. Não parece correto admitir que o Judiciário intervenha nas escolhas orçamentárias sem observar critérios mínimos que direcionem sua decisão e reduzam os impactos da mesma sobre o orçamento. A essencialidade da prestação e a necessidade do indivíduo, por exemplo, devem servir de guias para a tomada de decisão;

37. Decisões individuais muitas vezes estão fora de um contexto previamente estabelecido e planejado pelos agentes públicos. Isto decorre do fato de o orçamento ser elaborado para políticas públicas sociais e não para casos individuais específicos. Não se quer com isso afastar a possibilidade de acesso à justiça de maneira individualizada quando há lesão a direito fundamental social, mas sim ressaltar a necessidade de o Judiciário ter uma visão global de todas as circunstâncias adjacentes ao caso a fim de não transgredir a justiça distributiva;

38. A garantia a determinado indivíduo da prestação material do direito social não resolverá o problema da efetivação do direito fundamental social, uma vez que o bem jurídico em lide, salvo se for direito ao mínimo existencial, não apresenta possibilidade de realização

de microjustiça. Mas, nos casos de lesão a tais direitos urge a fixação de parâmetros a fim de evitar a ditadura do Judiciário;

39. O primeiro parâmetro é a verificação, no caso concreto, se a exigibilidade é de direito fundamental social mínimo. Se restar demonstrado que a prestação material do Estado é necessária à realização do mínimo existencial, o Judiciário deve determinar a obrigação de fazer do Estado em prazo determinado, independentemente de dotação orçamentária específica;

40. O segundo parâmetro para concessão da prestação social em demanda individual pressupõe a observância de dois critérios: a necessidade (hipossuficiência) da parte em relação ao pedido e a essencialidade da prestação estatal;

41. O terceiro parâmetro está contido na máxima da proporcionalidade, que prescreve o dever de observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, da restrição a direito fundamental pelo Estado;

42. O contexto em que se analisa o conflito entre direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos orçamentários escassos, não reclama, necessariamente, intervenção jurisdicional, mas exige, por outro lado, harmonia entre os poderes públicos para o alcance de decisões que realizem a justiça distributiva. Na trilha desse raciocínio, parece correto defender que soluções extrajudiciais, baseadas no diálogo entre os poderes, sejam mais céleres e, muitas vezes, mais eficazes que as intervenções jurisdicionais;

Com todas estas considerações, espera-se que o trabalho possa contribuir para re (descobrir) o orçamento enquanto instrumento jurídico democrático, afastar intervenção jurisdicional inconstitucional e, ao mesmo tempo, realizar direitos fundamentais sociais na máxima medida possível, sempre tendo em vista os valores e diretrizes insculpidos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (comps). *Derechos sociales – instrucciones de uso*. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção aos direitos humanos. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Revista Doxa* nº 5, 1988.

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.

_____. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008*.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento – Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no Cumprimento dos Direitos Fundamentais a prestações fáticas*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1951.

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 11 de junho de 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.*

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas –limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2010.

_____. 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 14 de maio de 2010.

_____. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barr_oso.pdf. Acesso em 13 de maio de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos editor, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEREJO, Álvaro Rodriguez. Apresentação. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais em júzo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social*. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizador: Alexandre de Moraes. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. *Lei n. 4.320 de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para Elaboração e Controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

BRASIL. *Lei 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

BRASIL. *Lei Complementar de 04 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 8.429 de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

BRASIL, TJ/MG, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.456301-6/000, Relator do acórdão Des. Dídimo Inocêncio de Paula, DJ 29/02/2008.

BRASIL, TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.365694-5/001, Relator DES. Caetano Levi Lopes, DJ 18/03/2008.

BRASIL, TJ/MG. Voto da Des. Maria Elza, Proc. n. 1.0133.05.027113-8/001, DJ 19/12/2007.

BRASIL, TJ/SC, Apelação Cível (Processo 2003.014066-2), Rel. Des. Luiz César Medeiros, DJ 22/08/2006.

BRASIL, TJ/SC, Apelação Cível n.º 2006.048011-0, rel. Des. Volnei Carlin, v. u., DJ 167, 19/03/2007.

BRASIL, TJ/PE, AI 0191.310-4, Relator Luiz Carlos Figueiredo, DJ 15/12/2009.

BRASIL, TJ/RN - Agravo de Instrumento com Suspensividade: AI 95539 RN 2008.009553-9, Relator Des. Vivaldo Pinheiro, DJ 03/03/2009.

BRASIL, TJ/PA, Agravo de Instrumento n.º 2008.3.010128-0, Desembargador Relator: José Maria Teixeira do Rosário, DJ 27/05/2010.

BRASIL, TRF 4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.025872-9/PR, RELATORA : Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 17/07/2007.

BRASIL, TRF 5, APELAÇÃO CÍVEL Nº 425249 RN (2006.84.00.005522-4), Rel. Juiz Francisco Cavalcanti - Primeira Turma, DJe 08/11/2007.

BRASIL, TRF 5ª região. Ag 980506588-0. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001.

BRASIL, STJ, Resp. n 493.811-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

BRASIL, STJ, Resp n. 493.811/SP; 2002/0169619-5. Relatora Min. Eliana Calmon. DJ 01/04/2007.

BRASIL, STJ, REsp 1185474 SC 2010/0048628-4, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 20/04/2010.

BRASIL, STF, ADI 1.716, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/03/1998.

BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 26/05/2008.

BRASIL, STF, ADI 3998. Rel. Min Gilmar Mendes, DJ 31/03/2008.

BRASIL, STF, ADI 4.048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

BRASIL, STF, ADI 69-1, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 15/09/1989.

BRASIL, STF, ADI 855-2/PA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 06/03/2008.

BRASIL, STF, ADI n.2.777-8, Rel. Min Cezar Peluso, DJ 26/11/2003.

BRASIL, STF, ADI-MC 2.484-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/11/2003.

BRASIL, STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004.

BRASIL, STF, ADPF 54-8, Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL, STF, AGRADI 748/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/01/1994.

BRASIL, STF, AI 468961, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05/05/2004.

BRASIL, STF, HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20/06/1996.

BRASIL, STF, HC 93250/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10/06/2008.

BRASIL, STF, HC 99.449, Relatora Ministra Ellen Gracie. DJU 01/03/2010.

BRASIL, STF, RE 190.938-2, Minas Gerais, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/03/2006.

BRASIL, STF, RE 271.286 AgR-RS, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12/09/2000.

BRASIL, STF, RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 03/12/2008.

BRASIL, STF, RE 482.611 Santa Catarina. Rel. Min Celso de Mello, DJe 06/04/2010.

BRASIL, STF, STA 175- AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/03/2010, Informativo/STF n. 579/2010.

BRASIL, STF, Suspensão de Tutela Antecipada 277, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 01/12/2008.

BRASIL, STF, RE 482611/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/03/2010.

BRASIL, STF, Repercussão Geral por questão de ordem em RE 572.921-4 RN, relator ministro Ricardo Lewandowski, DJ 13/11/2008.

BRASIL, STF, Rcl 2.224-2/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 26/10/2005.

BRASIL, STF, HC n.º 95464/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2009.

BRASIL, STF, ADI 2.925/DF, relator Min. Marco Aurélio DJ 04/03/2005.

BRASIL, STF, ADI 2925, Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 04/03/2005.

BRASIL, STF, ADI 4048 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

BRASIL, STF, ADI 4049 MC, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 05/11/2008.

BRASIL, STF, ADI nº 3.487, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17/05/2005.

BRASIL, STF, ADI nº 3.709, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 15/05/2006.

BRASIL, STF, ADI-MC nº 2.057, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 31/03/2000.

BRASIL, STF, ADIn 283, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 12/03/1990.

BRASIL, STF, ADI-QO nº 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 03/04/1998.

BRITO, Edvaldo. Aspectos Inconstitucionais da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In MARTINS, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 03, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- BVerfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972. In: SCHWABE, Jurgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa as ações coletivas. *RePro* 147. São Paulo: Ed. RT, maio 2007.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phip. *Scelte Tragiche*. Milano: Giuffrè editore, 2006.
- CAMPOS, Djalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2003.
- _____. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. *Revista do Programa de pós-graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan./dez. 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.
- CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. *Jurisdição no Estado do bem-estar e do desenvolvimento*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.
- CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de coconstitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 737, p. 11-22, março de 1997.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 7ed. Boston: Little, Brown and Company, 1927.

COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009.

_____. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: *Constitucional: Leituras Complementares*, org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá editora, 2008.

DALLAVERDE, Alessandra Katia. *A titularidade exercida pelo Poder Executivo sobre a gestão das finanças públicas e o desequilíbrio causado no quadro da separação dos poderes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12 ed. Madrid: Civitas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. IN: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (comps). *Derechos sociales – instrucciones de uso*. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros editora, 2009.

_____. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans- Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisas*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. Volume 57, Number 2, Spring 2007, pp. 383-397.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001.

GUERRA, Sydney; EMERIQUE, Lilian Márcia Baltman. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 9. Dezembro, 2006.

GUÉHENO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado*. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

GUETZÉVITCH, Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Tributário e Financeiro*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução com introdução e nota de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: *Os pensadores*. Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Trad. Clemente Forte. Milano: Giufrè, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997.

LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica e elaboração do orçamento público. Publicado na RTRIB 86/128. Disponível em www.revistasrtonline.com.br. Acesso em 30 de maio de 2010.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS editora, 2006.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2005.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.*

LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. 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*. 1 ed. 5 tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.*

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*. Belo Horizonte. Ano 7. N. 26. Jul/set. 2009, p. 33-54.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da Judicialização do direito à saúde no Brasil. In: Fernando Facury Scaff; Roberto Romboli; Miguel Revenga. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p.258-273.

MAURICIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 15, p. 1-38, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Método, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.2, p. 53-63, outubro/2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Menezrs_Direito.pdf. Acesso em 13 de maio de 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. *A Judicialização da Política: um tema em aberto*. Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Brasil, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em <http://politica hoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 13 de maio de 2010.

OTO, Ecio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 1 ed. 3 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p.67-80, outubro/2009.

POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 187 – 210.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium editora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6 ed. Vol 1. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Um discurso sobre as Ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. Atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *O acesso às prestações de saúde no Brasil* – desafios ao Poder Judiciário. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf. Acesso em 13 de maio de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. Ética, direitos humanos e constitucionalismo. *Direitos e Deveres*, ano 02, n.º 05, jul-dez/1999. Maceió.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: Fernando Facury Scaff; Roberto Romboli; Miguel Revenga. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais* - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 8ª reimpressão. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo, LTr, 2001.

_____. *Direitos Fundamentais e Contrato do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. *Revista eletrônica sobre reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. N. 18, junho-agosto de 2009.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Sebastião de Sant'anna e. *Os princípios orçamentários*. 1 ed. 2 imp. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A Constitucionalização do Direito*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

_____. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em <http://www.enelsyn.gr>. Acesso em 13 de junho de 2010.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In BONAVIDES, Paulo (org.). *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, jan- jun/2003.

SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SPINELLI, Evandro. *Kassab gastou mais em publicidade que em obra antienchente*. Disponível em www.folhaonline.com.br. Acesso em 16 de junho de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEUBER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Jose Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *RePro* 177/9. São Paulo: Ed. RT, nov. 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDU, Pablo Lucas. *Teoria de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Dykinson, 1998.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

_____. Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?. In: *Stato e diritti nell'età della globalizzazione*. VIAL, Sandra; ZAMBRANO, Virginia (org.). Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

_____. Saúde: um direito fundado na fraternidade. *Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde*. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1- n. 1 – jul/dez 2008. Edição Especial Temática sobre Direito à saúde. Vol. 2.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. In: *Coleção do pensamento Jurídico Contemporâneo*, vol. I. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 5 ed. Brasília: DIN, 1979.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*. *Rev Saúde Pública* 2007; 41(2):214-22.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Madrid: Cívitas, 2001.