

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULA AFONCINA BARROS RAMALHO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO
ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS**

Maceió, AL

2009

PAULA AFONCINA BARROS RAMALHO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO
ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora Prof^a. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

Maceió, Alagoas

2009

**Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

- R165c Ramalho, Paula Afoncina Barros.
O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de
efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais presta-
cionais / Paula Afoncina Barros. ó 2009.
109 f.
- Orientadora: Maria das Graças Marques Gurgel.
Dissertação (mestrado em Direito) ó Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2009.
- Bibliografia. f. 102-106.
1. Direitos sociais prestacionais. 2. Políticas públicas. 3. Controle
judicial. 4. Brasil ó Orçamento público. 5. Estado. I. Título.

CDU: 342.7(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

PAULA AFONCINA BARROS RAMALHO


“O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO ESTRATÉGIA DE
EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Maria da Graça Marques Gurgel

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu
a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: 

Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL)

Julgamento: 9,0 Assinatura: 

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (UFBA)

Julgamento: 9,0 Assinatura: Ricardo Maurício Freire Soares

Maceió, 12 de novembro de 2009.

AGRADECIMENTOS

“Tudo tem a sua ocasião própria, e há tempo para todo propósito debaixo do céu.”
(Eclesiastes 3, 1).

A incompreensão acerca do que foi dito acima muitas vezes nos leva a fazer escolhas que julgamos certas, nos momentos errados. E isso, na imensa maioria das vezes, não traz bons resultados.

Contudo, o momento não é de se lamentar, mas de agradecer. E há muito a quem agradecer.

A Deus, pelas bênçãos diariamente concedidas.

À minha família, pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos, pelo incentivo e pela confiança em mim depositada, que serviram como força propulsora para a execução desta dissertação. Em especial, agradeço à Ana Carolina, por ser minha AMIGA, assim, em *caps lock*.

À Professora Dra. Graça Gurgel, que soube dosar a compreensão de que eu necessitava para não “entrar em parafusos” com um acompanhamento bastante atencioso na orientação deste trabalho.

Ao Professor Dr. Andreas Krell, pela sua solicitude.

Aos meus colegas da turma 3, aos quais me reporto na pessoa de Hamilton Carneiro Júnior.

À Secretária do Mestrado, Giovanna Codá, pelo zelo com o Mestrado e pela atenção dispensada ao seu corpo discente.

RESUMO

A presente dissertação discute a viabilidade e as potencialidades do controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais. Após fixar as bases teóricas do que entende ser uma dogmática dos direitos fundamentais “constitucionalmente adequada” a um país cuja constituição estipula fins e objetivos para o Estado e que positiva direitos fundamentais sociais com destacada função prestacional, limitando os espaços de ação dos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive no que diz respeito à definição e execução das escolhas orçamentárias essenciais à efetivação desses direitos, caracteriza os direitos sociais prestacionais como aqueles que têm por objetivo a criação de condições normativas e materiais que permitam superar a histórica desigualdade que marca a sociedade brasileira e que, a par de outros conteúdos eficazes, possuem como principal objeto a criação de políticas públicas capazes de repercutir no oferecimento de serviços públicos e na construção de bens que possam ser usufruídos pela coletividade e, notadamente, pelos grupos mais vulneráveis sob o prisma social e econômico. Sem negar a importância da dimensão subjetiva dos direitos sociais prestacionais e de sua tutela individual, a dissertação privilegia a dimensão objetiva e a tutela coletiva de tais direitos e demonstra como o Poder Judiciário reage de modo distinto em face dessas diferentes formas de tutela. Uma vez identificado que as questões orçamentárias desempenham um papel relevante nesse estado de coisas, discute, tendo como pano de fundo a temática dos custos dos direitos e da reserva do possível, se o orçamento é, de fato, um obstáculo à efetivação das políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais. Analisa as distorções do regime jurídico e da prática orçamentária no Brasil e projeta as possibilidades de mudança a partir da ideia de vinculação das temáticas do orçamento e dos direitos fundamentais. Por fim, apresenta as estratégias judiciais de controle das escolhas orçamentárias, que vão desde o controle da existência de dotações orçamentárias, passam pelo controle do volume de recursos destinados à determinada política pública e chegam até o controle da execução orçamentária (controle do contingenciamento de recursos); discute quais os instrumentos processuais e as técnicas de tutela mais adequadas a essas estratégias, quais os efeitos das decisões judiciais e como deve ser feita a fiscalização de seu cumprimento; e aborda as vantagens do controle judicial do orçamento e as dificuldades de operacionalização desse tipo de controle em face das debilidades estruturais do Poder Judiciário, da demora na tramitação dos processos e da falta de familiaridade dos juízes com as questões orçamentárias. Feito isso, a dissertação conclui pela viabilidade da revisão judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais, embora com potencialidades atenuadas em virtude das dificuldades apontadas, e realça a necessidade dessa estratégia vir acompanhada de uma ampliação do debate político e social sobre o Orçamento Público no Brasil.

Palavras-chave: Direitos sociais prestacionais. Políticas públicas. Controle judicial. Orçamento Público. Estado.

ABSTRACT

This dissertation discusses the feasibility and potential of judicial control over public budgetary choices as a strategy to perform public policies that actualize positive social rights. After setting the theoretical foundations of what seems to be a "constitutionally adequate theory of the constitution" to a country whose Constitution settles state's purposes and objectives and also establish fundamental social rights with a prominent installment function, which limits the action space of the Executive and Legislative Powers, especially regarding the definition and implementation of budgetary choices to accomplish these rights, the dissertation characterizes positive social rights as those which aim the creation of normative and material conditions that enable to overcome the historical inequalities that mark Brazilian society and that, along with other effectiveness contents, have as a main object the creation of public policies capable of passing the offering of public services and developing goods that can be enjoyed by the community and, especially, the most vulnerable groups in both social and economic perspective. Without denying the importance of the subjective dimension of social rights and their individual protection, the dissertation focuses on the objective dimension and collective protection of such rights and demonstrates how the Judiciary reacts in a distinct way when facing these different forms of protection. Once identified that the budget issues play a role in this state of affairs, discusses, with the backdrop of the costs of rights' theme and the reserve of possible, if the budget is in fact an obstacle to actualize public policies linked to positive social rights. Analyzes the distortion of the legal system and the Brazilian budgetary system, as projects the changing possibilities since the idea of linking the issues of public budget and fundamental rights. Finally, presents the legal strategies to control the budget choices, ranging from controlling the existence of budgetary allocations, the control of the volume of resources for certain public policy and reach the control of budgetary execution (control of the contingency resources); discusses the procedural tools and techniques of supervision more appropriate to these strategies, the effects of judicial decisions and how the monitoring of its performance should be made, and also discusses the advantages of judicial control of the budget and the difficulties in making operational this type of control towards the structural weaknesses of the judiciary, the delay in the proceedings and the lack of familiarity of judges with budget issues. Then, the thesis concludes that is viable the judicial review of budgetary choices as a strategy to achieve the effectiveness of public policies implemented to actualize positive social rights, but with a reduced potential because of difficulties pointed out, and highlights that this strategy should be accompanied by a widening of the political and social debate on the public budget in Brazil.

Keywords: Public policy. Positive social rights. Judicial control. Public budget. Estate.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E SUA CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA: DELINEAMENTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA.....	11
1.1	Bases teóricas de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.....	11
1.2	Caracterização dos direitos sociais prestacionais e seus diferentes conteúdos eficazes na Constituição Federal de 1988.....	25
1.3	A formulação de políticas públicas como principal objeto dos direitos sociais prestacionais.....	37
1.4	Contraponto entre as demandas individuais e as demandas coletivas em que se exige a implementação dos direitos sociais prestacionais: há uma maior receptividade das primeiras por parte do Poder Judiciário Brasileiro?.....	46
2	CUSTOS DOS DIREITOS, RESERVA DO POSSÍVEL E AS DISTORÇÕES DO REGIME JURÍDICO E DA PRÁXIS ORÇAMENTÁRIA NO BRASIL.....	52
2.1	Custos dos direitos e reserva do possível: o orçamento como obstáculo à implementação dos direitos sociais prestacionais.....	52
2.2	O sistema orçamentário instituído pela Constituição Federal de 1988 e suas inconsistências.....	57
2.3	O baixo índice de execução das despesas públicas previstas ou de como o Poder Executivo se apodera da lei orçamentária por meio da técnica do contingenciamento de recursos.....	60
2.4	Dificuldades do controle político e social sobre a elaboração e a execução das leis orçamentárias.....	64
2.5	O senso comum teórico sobre o regime jurídico das leis orçamentárias e as possibilidades de construção de novas realidades hermenêuticas.....	66
3	O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	76
3.1	Considerações de ordem geral.....	76

3.2	O controle acerca da inclusão de créditos orçamentários destinados à implementação de políticas públicas ligadas a direitos sociais prestacionais e ainda não contempladas nas leis orçamentárias.....	78
3.3	O controle da quantidade de recursos destinados à implementação de políticas públicas já contempladas por créditos previstos no orçamento.....	82
3.4	O controle judicial da execução orçamentária.....	88
3.5	Estratégias de exigibilidade indireta.....	92
3.6	Instrumentos processuais e tutelas adequadas.....	94
3.7	Possibilidades de decisões negociadas, pedidos alternativos, vinculação do legislador orçamentário e fiscalização do cumprimento da decisão judicial.....	97
3.8	Vantagens da exigibilidade dos direitos sociais prestacionais por meio da tutela do orçamento e dificuldades a serem superadas.....	101
	CONCLUSÕES.....	103
	REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

De uns tempos para cá, a dogmática dos direitos fundamentais parece ter avançado de uma fase inicial até certo ponto planfetária para uma etapa em que as questões práticas e teóricas que envolvem os direitos fundamentais, principalmente os direitos de natureza prestacional, passam a contar com uma reflexão mais séria e aprofundada, preocupada realmente com a efetivação de tais direitos, e não apenas com sua proclamação vazia.

Contudo, apesar dos avanços experimentados, ainda tem se utilizado de um instrumental teórico eminentemente individualista no trato das questões que envolvem os direitos sociais prestacionais.

Focada no conceito de direito subjetivo e em todas as implicações e dificuldades que ele carrega consigo, a dogmática dos direitos fundamentais desenvolvida no Brasil ainda não parece ter se dado conta de que os direitos sociais prestacionais - entendidos como aqueles direitos fundamentais que exigem precipuamente a criação, por parte do Estado, de condições materiais para a fruição de bens e serviços como saúde e educação - têm como principal objeto o desenvolvimento de uma política pública capaz de satisfazer tais direitos de maneira abrangente e sistemática.

A abordagem dos direitos sociais a partir das políticas públicas a eles conectadas fez com que as questões relativas ao orçamento público ganhassem novo vigor, uma vez que as leis orçamentárias são o *locus* privilegiado de equacionamento das prioridades de uma comunidade política, entre as quais sem dúvida está a satisfação dos direitos fundamentais em geral, e dos direitos sociais prestacionais em particular, de especial significação em países de modernidade tardia.

É a partir do entrelaçamento desses três temas ó direitos sociais prestacionais, políticas públicas e orçamento ó que a presente dissertação se propõe a discutir a viabilidade de estratégias que possam, a partir do controle judicial das escolhas orçamentárias, obter resultados que repercutam na efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Com esse objetivo, a dissertação foi formatada em três capítulos.

No primeiro deles, foram definidas as bases teóricas do que se denominou de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, ou seja, de uma teoria

a o caráter crítico e projetivo de seu objeto e leve a sério as especificidades do texto e do contexto constitucionais em que tais direitos se inserem. Procurou-se enquadrar a constituição brasileira no modelo de constituições materializadas e garantidas, em meio às quais os arranjos institucionais entre os poderes e bem assim as relações entre direitos fundamentais e democracia ganham muito em complexidade. A partir da agenda das teorias neoconstitucionalistas, a dissertação aborda as mudanças trazidas pelo processo de constitucionalização nos ordenamentos constitucionais modernos, para nele enquadrar o caso brasileiro.

Ainda no primeiro capítulo, buscou-se caracterizar os direitos sociais prestacionais como aqueles que possuem como marca característica a circunstância de serem, precipuamente, direitos de fruição transindividual, que exigem para sua satisfação a realização de políticas públicas capazes de promover o acesso igualitário e universal a determinados bens e serviços. Sem desconsiderar a importância da dimensão subjetiva dos direitos sociais prestacionais e de sua tutela individual, a dissertação privilegia a dimensão objetiva e a tutela coletiva de tais direitos e demonstra como o Poder Judiciário reage de modo distinto em face dessas diferentes formas de tutela, em virtude de ainda tratar-se de poder forjado num paradigma individualista, refratário ao controle das políticas públicas.

No segundo capítulo, dedicou-se um item à análise da temática dos custos dos direitos e da reserva do possível, a fim de reabilitar as relações entre orçamento, políticas públicas e direitos sociais prestacionais. A dissertação compartilha do entendimento de que as questões orçamentárias jogam papel bastante importante na concretização dos direitos sociais prestacionais, mas o faz sob a perspectiva de que se trata de uma relação instrumentalizada, onde o orçamento aparece como mecanismo de viabilização das políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais. Demonstra, contudo, que as sérias distorções que cercam o ciclo orçamentário e bem assim a ortodoxa concepção do orçamento como lei meramente formal contribuem para formar zonas de tensão entre essas duas temáticas.

Depois de projetar um renovado cenário teórico para o orçamento, a dissertação passa para o seu terceiro e último capítulo, no qual discute a viabilidade de diversas estratégias diretas e indiretas de implementação de políticas públicas por meio do controle judicial das escolhas orçamentárias. Expõe as possíveis modalidades de controle, os parâmetros a serem utilizados, os instrumentos processuais e as tutelas adequadas e finaliza com a apresentação



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

e das dificuldades que cercam as estratégias judiciais de controle das escolhas orçamentárias.

TOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E SUA CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA: DELINEAMENTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

1.1 Bases teóricas de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada

Os direitos fundamentais são, por definição, direitos que, de tão essenciais à dignidade humana (fundamentalidade material), foram positivados em nível constitucional (fundamentalidade formal)¹. Justamente por serem direitos positivos é que seu conteúdo, a delimitação de sua extensão e o enfrentamento dos problemas que sua concretização suscita em termos de relacionamento entre os poderes constituídos e eventual choque com o princípio democrático exigem equacionamento nos marcos de uma constituição concreta, específica, no caso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²

Mas não só. Exige também equacionamento a partir da inserção da própria Constituição e do correto entendimento acerca de sua função na realidade histórica de seu tempo e de seu espaço. Daí porque uma dogmática dos direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 que assuma um caráter crítico e projetivo de seu objeto³ necessita ser

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88-91, destaca a importância da conjugação desses dois critérios ó fundamentalidade formal e fundamentalidade material ó para a identificação dos direitos fundamentais, em especial por conta da cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal.

² Daí porque mesmo uma teoria geral dos direitos fundamentais se coloca, na maioria das vezes, como a teoria geral de direitos fundamentais de uma determinada constituição, o que não deixa de ser paradoxal. É o caso, assumidamente, da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, que se caracteriza, segundo o próprio autor por ser, em primeiro plano, õuna teoria de los derechos fundamentales de la Ley Fundamentalö. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 28.

³ O caráter crítico e projetivo da ciência jurídica é, segundo Ferrajoli, resultado das transformações operadas com a passagem do paradigma do Estado Legislativo, ou Estado de Direito em sentido débil ou formal, em que os atos dos poderes públicos são exercitados validamente desde que de acordo com as formas e procedimentos estabelecidos em lei, para o Estado Constitucional, em que os condicionamentos dos atos dos poderes públicos não se restringem à forma, mas também ao conteúdo, delimitado por Constituições rígidas. E isso em virtude da possível divergência entre a Constituição e a legislação, o que confere õun papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino critico y proyectivo em relación su próprio objetoö. FERRAJOLI, Luigi. *Passado e Futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 18. O caráter crítico da ciência jurídica se coloca de um ponto de vista interno e consiste na revelação de antinomias (divergências entre as normas constitucionais e atos jurídicos infraconstitucionais) e lacunas (inobservância, por omissão, de certos mandados constitucionais). O caráter projetivo, por sua vez, diz respeito à função de propor soluções garantistas aptas a corrigir as antinomias e a superar as lacunas, soluções essas oferecidas dentro do próprio sistema. Nesse sentido são as observações de Luís Prieto Sanchís, que no entanto põe em dúvida o cabimento do adjetivo õcríticoö para esse modelo de ciência jurídica. SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. *Constitucionalismo e Garantismo*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n. 07, jul/set. 2007, p. 33.

na teoria da constituição constitucionalmente adequada⁴, ou seja, de uma teoria que leve a sério as especificidades do texto e do contexto constitucionais.

A caracterização do modelo de constituição no qual se insere a Constituição Federal de 1988 e a discussão da relevância assumida pelos direitos fundamentais nesse modelo jogam um papel fundamental na definição desse marco teórico.

Conforme a densidade e amplitude de seus conteúdos, as constituições são divididas em duas categorias ideais: constituições formais ou procedimentais e constituições materiais ou substantivas. A primeira categoria é formada por constituições que se limitariam a organizar o poder e bem assim a forma de criação das normas jurídicas, õindicando quem manda e como manda, mas deixando que depois sejam os diferentes õrgãos estatais que decidam o que se deve autorizar ou proibirõ⁵. Já a segunda engloba as constituições que formatariam um programa político fechado, deixando para o legislador e para as demais instituições o papel de meros executores desse programa.⁶

Evidentemente que, por serem tipos ideais, nenhum desses modelos de constituição existe em estado puro. Por mais procedimentais que sejam, as constituições acabam necessariamente por incorporar conteúdos necessários para assegurar o próprio funcionamento do processo de formação das leis. E por mais substanciais que tencionem ser, é praticamente impossível uma regulação em sede constitucional que, de tão minuciosa, torne supérflua a atuação do legislador e do Poder Executivo.

A categorização desses dois padrões ideais, além de ilustrativo, serve apenas para mostrar que as constituições acabam se aproximando mais de um ou de outro modelo.

A Constituição Brasileira de 1988 aproxima-se mais do modelo das constituições materiais ou substantivas. E isso se revela logo no Título I, quando o Poder Constituinte define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. As marcas da substancialização continuam por todo o texto constitucional: regulamentação da ordem

⁴ BERCOVICCI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n. 142, abr./jun, 1999, p. 35, afirma, com base em Canotilho, que õo texto constitucional é um texto que regula uma ordem histórica concreta, e definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade históricaõ, sendo esse o conceito de constituição constitucionalmente adequado.

⁵ SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. Constitucionalismo e Garantismo. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n. 07, jul/set. 2007, p. 28.

urbana, agrícola e fundiária; regulamentação da ordem social, com destaque para os temas da seguridade social, educação, cultura, meio-ambiente, direitos da criança e do idoso.

Os direitos fundamentais assumem destacada posição nesse contexto. Não é à toa que a Constituição de 1988 é historicamente considerada como a mais avançada das constituições brasileiras em matéria de direitos fundamentais, seja em razão da amplitude do rol dos direitos e garantias ali previstos ó os artigos 5º, 6º e 7º, que concentram em si a enunciação de boa parte dos direitos fundamentais, possuem, juntos, cento e doze incisos ó seja em razão do *status* e do reforço de juridicidade que tais direitos receberam da atual ordem constitucional, do que são exemplos bastante significativos a posição topográfica inovadora, a proteção contra a ação erosiva do Poder Constituinte Derivado (art. 60, §4º, inciso IV) e a previsão de aplicabilidade imediata consagrada no art. 5º, §1º, da Constituição.

Esse núcleo material, formado pelos conteúdos acima referidos, revela a própria identidade da Constituição e a fórmula política do Estado que ela constitui (o Estado Democrático e Social de Direito), possuindo especial significação em países periféricos como o Brasil, em que o projeto político da modernidade pouco avançou.

Esse projeto, no dizer de Lênio Streck, procurou responder a três grandes violências:

- a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de Direito contra a violência física e o arbítrio);
- b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático).
- c) combateu a terceira violência ó a pobreza ó mediante esquemas de socialidade. [...]⁷

E é em articulação com esse projeto político, ainda em construção, que o texto constitucional pretende se realizar.

Ocorre que, passados mais de vinte anos de sua promulgação, essas respostas normativamente arquitetadas estão longe de se tornarem efetivas.

⁶ SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. *Constitucionalismo e Garantismo*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n. 07, jul/set. 2007, p. 28.

⁷ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94.

Nacional de Amostra por Domicílios realizada em 2007⁸

demonstraram que metade das famílias brasileiras (50,5%) vivia com uma renda familiar *per capita* abaixo de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), valor correspondente ao salário mínimo vigente naquele ano. Enquanto metade das famílias nordestinas vivia com renda *per capita* de até R\$ 214,00 (duzentos e quatorze reais), na Região Sudeste o valor do rendimento mediano girava em torno de R\$ 441,00 (quatrocentos e quarenta e um reais), o que revela uma acentuada desigualdade regional.

Os educadores sociais relativos à educação indicaram que o país ainda conta com um contingente de analfabetos da ordem de 14,1 milhões de pessoas entre a população com mais de 15 (quinze) anos, o que correspondia a uma taxa de 10%. Quando se amplia o conceito de analfabetismo para o de ãanalfabetismo funcionalö, que diz respeito à situação das pessoas com menos de quatro anos de estudos, o percentual nessa faixa etária (mais de 15 anos) cresce significativamente e alcança a marca de 21,7% (cerca de 30 milhões de pessoas). Esses dados variam bastante de região para região: enquanto no sudeste a taxa de analfabetismo funcional girava em torno de 17,5% (dezessete e meio por cento), no nordeste os números chegam a 36,3% (trinta e seis vírgula três por cento), o que só reforça a constatação de que o país é extremamente desigual.

Na faixa etária dos 07 aos 14 anos, a porcentagem de pessoas que não sabem ler nem escrever é de 8,4% (15,3% no Nordeste e 3,6% na região Sul).

Saneamento básico, que é medida que visa à redução do risco de doença e assim à garantia do direito à saúde, é um serviço ao qual 62,4% dos domicílios têm acesso. Na Região Norte, este número cai para impressionantes 16,1% e, no Nordeste, 37,6% .

Essa situação seria capaz de gerar disfunções apenas no sistema político não fosse outra característica da Constituição Brasileira, e que nesse caso não é específica dela, mas comum à grande maioria das constituições contemporâneas: o fato de tratar-se de uma constituição judicialmente garantida.

⁸*Síntese de Indicadores Sociais*, IBGE, 2008. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2008/indic_sociais2008.pdf. Acesso em: 23 jun. 2009.

Sanchis⁹, na tradição do constitucionalismo ocidental constituições materiais ou substantivas não costumavam ser, também, judicialmente garantidas. Essas duas características permaneceram por um bom tempo separadas e isso se percebe pela análise, ainda que esquemática, de dois grandes modelos constitucionais: o modelo francês, surgido com a revolução de 1789, e o modelo originário norte americano.

O modelo constitucional surgido com a Revolução Francesa trazia em seu bojo um projeto constitucional de transformação social e política. Na tradição francesa, contudo, havia a pretensão de permanência do próprio Poder Constituinte, titularizado pelo povo, mas ao final das contas exercido pelo Poder Legislativo, que, por encarnar a vontade geral *rousseauuniana*, tendia a ser juridicamente ilimitado. Tratava-se, portanto, de uma constituição não garantida judicialmente.¹⁰

Já o modelo norte-americano concebe a Constituição como um pacto de conteúdos mínimos destinados a fixar a regra do jogo democrático, assegurando a autonomia dos indivíduos para que estes tracem seu plano de vida pessoal e adotem, em cada momento histórico e num contexto democrático e igualitário, as decisões coletivas que entenderem convenientes. A diferença é que esse pacto de mínimos não fica à disposição de quem participa do jogo democrático, pois é logicamente superior às demais normas. E a garantia dessa supremacia passa a ser atribuição do poder que deveria e que teria melhores condições de ficar à margem do debate político: o Poder Judiciário.¹¹

A novidade, desde o segundo pós-guerra, é que essas duas características agora caminham juntas: constituições materializadas, com denso conteúdo normativo, e garantidas pelo Poder Judiciário.

Alinhada a essas transformações, a Constituição Brasileira de 1988 experimentou uma expansão sem precedentes da jurisdição constitucional, isto é, dos institutos ligados ao manejo, pelo Poder Judiciário, de instrumentos e processos destinados à tutela da ordem constitucional objetiva (jurisdição constitucional em sentido estrito) e bem assim dos instrumentos processuais destinados à tutela dos direitos fundamentais (jurisdição constitucional das liberdades). Preocupou-se o Poder Constituinte, inclusive, com a garantia

⁹ SANCHIS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, p. 124-125.

¹⁰ SANCHIS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, p. 125-126.

referido, na parte relativa aos direitos que exigem, precipuamente, ações positivas do Legislador e do Poder Executivo, tivesse sua concretização garantida por meio de ações constitucionais de controle judicial das omissões (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção).

A circunstância de se estar diante de uma constituição materializada e que tem o Poder Judiciário como garantidor gera um aumento da complexidade das relações entre esse poder e os Poderes Legislativo e Executivo, o que demanda um realinhamento da tradicional teoria da separação dos poderes nos termos postos pela própria Constituição.

É que a definição das funções específicas de cada poder e a delimitação de suas margens de ação não decorrem de um princípio de arte política etéreo e imutável, mas sim do direito positivo constitucional de cada país. Não que a história das ideias políticas não tenha nada de relevante a dizer nesse debate. Pelo contrário. É justamente a partir da compreensão do desenvolvimento histórico do princípio da separação dos poderes que se poderá compreender como ele se apresenta atualmente. Mas isso somente pode ser feito a partir de uma compreensão mais ampla dos modelos históricos de Estado e da forma como os três poderes do Estado ó Legislativo, Executivo e Judiciário ó nele se relacionam.

Celso Campilongo explica que a tese da separação dos poderes surgiu com o Estado Liberal (século XIX) e foi resultado do processo de superação do regime absolutista. Nessa época, a divisão dos poderes mostrou-se como uma fórmula capaz atingir três importantes objetivos: deslocar o centro de decisão política para o Poder Legislativo, arena na qual a burguesia tinha acento; controlar o Executivo (Monarca), impondo limites à sua atuação; colocar o Poder Judiciário à margem das interferências do sistema político, a fim de que suas decisões fossem orientadas por critérios previsíveis e transparentes¹². Num contexto mais amplo, a divisão dos poderes gestada no Estado Liberal buscou, mediante a construção de mecanismos de autocontrole e de controle recíproco entre os poderes, responder às exigências de uma sociedade marcada pelo individualismo, mostrando-se apta justamente a garantir os direitos individuais. Nesse modelo, o Poder Legislativo assumiu destacada função, tendo em vista que o Estado chamou para si o monopólio da produção legislativa e a lei passou a ocupar

¹¹ SANCHIS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, p. 124-125.

¹² CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 31-32.

reito.¹³ Ao Poder Executivo, cabia apenas cumprir a lei, e ao Poder Judiciário, aplicá-la, por meio do processo de subsunção do fato à norma, neutralizando o jogo de interesses concretos que atuam na formação legislativa do Direito: òse esses interesses serão atendidos ou decepcionados, não é problema do juiz, que apenas aplica a lei.ö¹⁴

Ocorre que esse modelo apenas funcionava adequadamente no âmbito de um Estado mínimo e de uma sociedade pouco complexa e dinâmica. Com o surgimento do Estado Social (século XX), essas condições que davam sustentação à separação dos poderes nos moldes liberais foram completamente alteradas.

O Estado passa a intervir com bastante intensidade em setores da economia e da sociedade, rompendo com a separação típica do modelo anterior (separação entre Estado e Sociedade Civil). O Poder Executivo assume protagonismo no âmbito das funções de governo, uma vez que o legislador, òpremidado pela complexidade das matérias objeto de regulação e pela velocidade das demandasö¹⁵, deixa de ser representante de interesses homogêneos de uma classe que tinha acesso às instâncias legislativas de deliberação (a burguesia), para tornar-se representante de interesses contraditórios, gestados em meio a uma sociedade conflituosa. Com a crise da legalidade, o Executivo tem sua esfera de discricionariedade aumentada e os tradicionais mecanismos de controle acabam corroídos¹⁶. O Poder Judiciário, nesse contexto, também experimenta profundas mudanças: a principal referência de suas decisões (o texto legislativo) perde em importância e em inteligibilidade; suas funções são alargadas, com a expansão do controle jurisdicional de constitucionalidade, ele deixa de ser um poder imune às pressões do debate político, pois agora o debate político é, também e em certa medida, jurídico, e é levado até as instâncias judiciais de decisão.

Atualmente, com o agravamento da crise do Estado Social, causada pela inefetividade de seu programa, o polo de tensão deslocou-se do Poder Executivo para o Poder Judiciário, que passa ser chamado com cada vez mais frequência para decidir acerca de questões cuja resolução interfere nas competências dos outros Poderes, o que rotineiramente ocorre quando

¹³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O Judiciário diante da divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In: Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2007, p. 400.

¹⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O Judiciário diante da divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In: Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2007, p. 401.

¹⁵ CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 38.

dos direitos fundamentais. Por isso que a uma dogmática dos direitos fundamentais interessa discutir essa questão da separação dos poderes.

A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter sido gestada já em meio à crise do Estado Social, não optou por uma estratégia de desregulamentação dos conteúdos constitucionais. Indo de encontro às tendências neoliberais, materializou-se ainda mais e, como já realçado, reforçou seu sistema de proteção jurisdicional, a fim de garantir a supremacia do texto constitucional não só contra as ações dos poderes constituídos, mas também contra as omissões destes.

Mas de maneira alguma se pode dizer que é uma constituição que coloque precipuamente nas mãos do Poder Judiciário a tarefa de concretizá-la e de garantir a execução de seu programa político. O Poder Constituinte compartilhou essas atribuições entre os demais poderes e a própria sociedade, que por meio dos mecanismos de democracia participativa (conselhos gestores, plebiscitos, referendos, etc) pode e deve contribuir para a concretização do programa constitucional.

O texto constitucional não é autossuficiente. Ele, por si só, não resolve todos os problemas e não pode ser concretizado só pelos juízes. Necessita da política e do Estado para acontecer.¹⁷

Há, portanto, um espaço de ação relevante dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos conteúdos constitucionais, dentro do qual eles podem se mover legitimamente.

Daí que, atualmente, parece mais adequado, em termos de arranjo das relações entre poderes, falar em uma bipartição de funções, que passam a ser divididas em função de governo (Legislativo e Executivo) e função de garantia (Judiciário). A noção de garantia, contudo, não fica mais restrita aos *standards* de matriz liberal, õmas vem acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do *status quo* assume efetivamente uma posição de primazia (...)ö¹⁸. De

¹⁷ BERCOVICCI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, n. 61, 2004, p. 13. O autor critica aquela que entende ser a principal falha da constituição dirigente: o fato de ser õuma teoria da constituição centrada em si mesmaõ, que pensa que a constituição resolve sozinha todos os problemas, sem precisar da política e do Estado.

¹⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a õrealizaçãoõ da ordem constitucional! E o povo... In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, Porto Alegre*, n. 02, 2006, p. 98.

icas inconstitucionais, passar-se-ia, assim, a decisões de substituição/implementação de conteúdos constitucionais, nas hipóteses em que os outros poderes se desviassem deles ou se omitissem em cumpri-los.

Simplesmente enunciar esse novo arranjo, contudo, não resolve o problema. A questão que se coloca é a de saber qual a extensão dos espaços de ação das funções de governo e, conseqüentemente, definir quais as condições e limites de exercício da função de garantia do Poder Judiciário num Estado que, ressalte-se, é também democrático.

E é aí que entra em cena a discussão sobre o modelo de democracia que a Constituição alberga, o que também deve interessar a uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, já que a relação entre direitos fundamentais e democracia é dos assuntos mais importantes e mais complexos não só da teoria dos direitos fundamentais, mas também da teoria da constituição e da filosofia política.

Segundo Alexy, um modo realista de encarar a relação entre direitos fundamentais e democracia poderia ser resumido da seguinte forma: ã(a) os direitos fundamentais são democráticos; (b) os direitos fundamentais são ademocráticosö. ¹⁹ Essa contradição, nas palavras do próprio autor, é explicada na medida em que:

Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiofusão, reunião e associação, assim com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentar legitimada poderes de decisão.

Por outro lado, importa observar, com Ferrajoli, que a partir do pós-guerra, com a mudança no modelo normativo de Estado, cujo Direito encontra-se agora embebido por constituições rígidas, materializadas e com força expansiva por todo o ordenamento, houve também uma mudança na concepção de Democracia.

Isso porque a passagem do Estado Legislativo, modelo primeiro do Estado de Direito, para o Estado Constitucional introduz uma dimensão substancial na democracia, que a limita

¹⁹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. n 217, jul/set, 1999, p. 65.

e introduz no texto constitucional direitos fundamentais (conteúdos), a respeito dos quais vale a regra de que ãnem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo por maioriaö.²¹ E completa porquanto as proibições e obrigações impostas pelos direitos fundamentais constituem garantias dos direitos de todos e, nesse sentido, oferecem freios contra os abusos de poderes que seriam capazes, de outro modo, fragilizar o próprio método democrático.

Tal mudança alterou profundamente a própria regra do jogo democrático. Em Estados Constitucionais Democráticos ditos Sociais, como é o caso do Brasil, marcados pela constitucionalização de direitos fundamentais a prestações positivas por parte dos poderes públicos, a regra principal do jogo democrático é a de que ãnem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo por maioriaö.

Isso faz com que o Poder Judiciário, na condição de garantidor da Constituição, tenha que assumir uma posição marcadamente contramajoritária, fazendo valer os direitos fundamentais inclusive contra a ação e a omissão de eventuais maiorias e seus representantes.

Essa posição contramajoritária pode induzir a algumas perplexidades, quando se verifica que nos Estados Constitucionais contemporâneos juizes que não são eleitos nem legitimados pelo voto popular e ocupam cargos vitalícios têm anulado decisões tomadas pelas maiorias parlamentares e têm imposto ao Poder Executivo a implementação de programas, condenando-o em obrigações de fazer.

Entretanto, tais perplexidades são, em parte, minoradas quando se dá conta das debilidades e insuficiências da democracia formal representativa, principalmente em países periféricos ou de modernidade tardia, e também quando se compreende que o voto não é a única forma de legitimação das decisões tomadas pelos Poderes nos Estados Constitucionais.

Sabe-se que a democracia representativa passa por uma forte crise, decorrente da perda de eficácia e de credibilidade dos partidos políticos, da Administração e do Legislativo. Fatores como os sucessivos descumprimentos dos programas eleitorais, a corrupção da classe política e a manutenção e, quando não, a ampliação do quadro de pobreza de vastas camadas

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 19.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria Geral do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 793.

usas dessa crise.²² Em circunstâncias assim, o voto, entendido como ato isolado de participação política, não pode ser confundido com a delegação incondicionada de mandatos (poder) a agentes públicos por tempo certo e determinado.²³

As democracias constitucionais, cientes dessa crise, têm investido em mecanismos de democracia deliberativa, por meio da ampliação da participação da sociedade nas instâncias de decisão. O sucesso dessas alternativas, contudo, muitas vezes esbarra no alheamento da própria sociedade, que, decepcionada com a democracia representativa, já não parece mais tão interessada em participar dos assuntos mais gerais da vida pública, por alimentar a ideia de que o jogo já está feito, as alternativas inexistentes e os resultados previamente definidos.²⁴

Lógico que esse estado de coisas não implica que as decisões dos órgãos da democracia representativa devam ser desconsideradas sem qualquer justificativa. Mas chama a atenção para o fato de que não é o simples fato de serem decisões majoritárias que as tornam imunes às instâncias de controle, inclusive judiciais, previstas constitucionalmente.

Por outro lado, o fato de as decisões judiciais não serem tomadas por agentes públicos legitimados pelo voto popular não quer dizer que elas sejam democraticamente ilegítimas quando bloqueiam ou determinam a realização de conteúdos constitucionais cuja implementação caiba, precipuamente, a outros Poderes.

É que o povo entendido como povo ativo (eleitores) não é a única instância de legitimação. O povo também é destinatário de prestações de civilidade (povo-destinatário). E, enquanto destinatário, é titular de um conjunto de compromissos políticos representados pelos direitos fundamentais. Quando o Judiciário garante, nos limites de suas competências

²² DELGADO, Daniel Garcia. Estado-nación y globalización. Buenos Aires: Ariel, 1998, p. 131-143. apud VALENTE, Manoel Adam Lacayo Vattente. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*. n. 239, jan/mar, 2005, p. 128.

²³ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul ó AJURIS. Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p.162.

²⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, Porto Alegre, n. 02, 2006, p. 98.

esses direitos, ele conecta-se ao povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade.²⁵

Sob outra perspectiva, agora de caráter procedimental, pode-se afirmar que a legitimidade das decisões judiciais também decorre da racionalidade revelada pela sua fundamentação.

Nesse sentido, Alexy afirma que tanto o Parlamento quanto o Tribunal Constitucional representam o povo. Mas o fazem de maneiras distintas: o Parlamento representa o cidadão politicamente, ao passo que o Tribunal Constitucional o faz argumentativamente. Essa representação argumentativa se dá quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político²⁶, ou seja, quando os argumentos apresentados no discurso jurídico constitucional reverberam na coletividade e são capazes de gerar reflexões capazes de resultar em convencimentos examinados.²⁷

Esse modo de ver realça a importância da teoria da argumentação, que aparece como elemento essencial para a superação da dificuldade contramajoritária que envolve os direitos fundamentais e o Poder Judiciário enquanto garantidor desses direitos.²⁸

A essa altura já se pode, então, resumir as características do cenário em meio ao qual uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada deve se mover: (a) no interior, constituições materializadas e garantidas judicialmente; (b) na estrutura, um complexo arranjo institucional entre os poderes que se encontram vinculados à concretização do núcleo material da Constituição, alguns na condição de implementadores (Legislativo e Executivo) e outros na condição revigorada de garantidores dessa implementação (Poder Judiciário); (c) na base, um modelo substancial de democracia, inserido no paradigma do Estado Constitucional de Direito, e que permite conectar seu principal protagonista, o povo, com todos os Poderes do Estado, não apenas a partir do povo eleitor, mas também como povo destinatário de bens e serviços providos pelo Estado e como instância global de legitimação, ao qual o Poder Judiciário pode se reportar argumentativamente.

²⁵ As definições de povo ativo, povo destinatário e povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade são dadas por MÜLLER, Friederich. *Democracia e exclusão social em face da globalização*, p. 06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em: 06 jul. 2009.

²⁶ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217, jul/set, 1999, p. 66.

²⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217, jul/set, 1999, p. 66.

²⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 170.

quais se acaba de referir fazem parte da agenda do chamado neoconstitucionalismo, designação que abarca uma série de teorias jurídicas, de diferentes matizes, que pretendem proporcionar uma cobertura justiciale conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas.²⁹

Essas teorias, a partir dos mais variados enfoques, centram sua atenção no processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ou, em outras palavras, no processo de materialização da regra de reconhecimento do sistema³⁰. Elas fazem corresponder às mudanças ocorridas no plano do objeto (direito positivo) mudanças no plano da metalinguagem científica.

No plano do objeto, a principal transformação identificada pelo neoconstitucionalismo é, como já se referiu, a constitucionalização dos sistemas jurídicos.

Guastini descreve a constitucionalização como um processo gradual que resulta, com intensidades variáveis em cada Estado, num ordenamento saturado por uma Constituição que: (a) incorpora direitos fundamentais; (b) é garantida judicialmente, (c) possui força vinculante; (d) pode ser aplicada diretamente, inclusive para regular a relação entre os particulares; (e) tem a intenção de ser onipresente, a partir de uma interpretação ampliada e intensificada dos princípios constitucionais, que por sua vez passam a condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional; (f) influencia as relações políticas, por meio dos princípios incorporados ao seu texto, abrindo espaço para que a argumentação jurídica se torne, também, moral e política.³¹

Com justificativa nesse processo de constitucionalização, constrói-se a seguinte tese teórica fundamental: se o sistema jurídico está constitucionalizado (ou, em seu caso, suscetível de constitucionalização) então é inviável uma concepção positivista estrita do Direito.³²

²⁹ FIGUEIROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 164-165.

³⁰ FIGUEIROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 161.

³¹ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 46-54.

³² FIGUEIROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 161-162.

o neoconstitucionalismo teórico busca superar é atacada em três *ōfrontsō*: (a) no âmbito da teoria das fontes; (b) no âmbito da teoria da norma e (c) no âmbito da teoria da interpretação.

No que diz respeito à teoria das fontes, as posturas neoconstitucionalistas retiram do centro do sistema jurídico as leis, consideradas pelo positivismo como a principal fonte do direito³³, e colocam em seu lugar as constituições. O juiz, evidentemente, continua obrigado a aplicar a lei, mas não sem antes fazê-la passar por um filtro de constitucionalidade, que envolve não só a análise de sua validade formal (adequação aos procedimentos de produção legislativa), mas também de sua validade material (adequação aos conteúdos constitucionais).

No plano da teoria das normas, dá-se relevo a outros tipos de padrões normativos que não as regras. Percebe-se que boa parte das normas constitucionais coloca-se sob a forma de princípios, os quais são entendidos como mandados de otimização, ou seja, padrões que devem ser cumpridos não à maneira do tudo ou nada, mas que admitem diferentes graus de realização, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que cercam sua aplicação.³⁴

Interligada com essas mudanças, está a alteração promovida no plano da teoria da interpretação/aplicação do direito, que põe em questão a capacidade do método subsuntivo de dar conta da aplicação das normas constitucionais. Em lugar da subsunção, desenvolve-se o método da ponderação, a ser utilizado especialmente quando estiverem em jogo direitos fundamentais.³⁵

Sob o ponto de vista metodológico, e esse talvez seja a principal cisão com referência ao positivismo, o neoconstitucionalismo defende a tese da conexão entre moral e direito, instâncias que, em sistemas constitucionalizados, reencontram-se por meio dos princípios e dos direitos fundamentais.³⁶

³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 162. Albert Calsamiglia também afirma que os positivistas òtinham o legislador como o centro básico de análise da ciência jurídica, ao passo em na agenda pós-positivista o foco é deslocado da legislação para a adjudicação. cf. CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Revista Doxa*, n. 21-I, 1998, p. 215.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

³⁵ Dentro do próprio neoconstitucionalismo teórico há quem discuta se as mudanças que se acabou de mencionar representam, de fato, uma mudança radical das teses positivistas ou se, na verdade, cuida-se do mesmo método, com um objeto parcialmente modificado. cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org) . *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 83.

³⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org) . *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 87.

Entanto o metodológico do neoconstitucionalismo resultam numa certa transferência de protagonismo das funções de governo, mormente a legislativa, para a função de garantia, exercida pelo Poder Judiciário. Mais do que isso, o que se tem na verdade é uma definição menos clara das fronteiras entre as competências legais e as competências constitucionais, ou, em outros termos, entre a política e o direito.

Um modelo geográfico, em que se pode distinguir claramente matérias que são infranqueáveis ao legislador e outras em que ele pode se mover livremente, parece de difícil realização em sistemas constitucionalizados nos moldes apresentados mais acima (constituições materializados, com força expansiva por todo o ordenamento, etc.). Em substituição, propõe-se um modelo argumentativo, no qual não haja, *prima facie*, espaços isentos da influência constitucional.³⁷

Com isso se quer dizer que é muita remota a hipótese de existir um problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, ou seja, que não possa ser resolvido com base na Constituição e, assim, ser levado às instâncias judiciais. De antemão, não se pode dizer, por exemplo, que as escolhas orçamentárias não possam jamais ser sindicadas pelo Poder Judiciário.

Todas essas questões têm desdobramentos importantíssimos no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, que atualmente se desenvolve sob os influxos teóricos do neoconstitucionalismo.

E essa abordagem, por mais inconclusos que sejam seus paradigmas, é a que se entende adequada a ordenamentos cujo processo de constitucionalização alcançou um nível relativamente avançado, como é o caso do Brasil, por tudo quanto já foi exposto.

Neste tópico, pretendeu-se apenas fixar alguns pontos que são considerados importantes para o desenvolvimento do trabalho, sem, contudo, esgotá-los. Ao longo do texto, determinados assuntos serão retomados quando necessário.

³⁷ SANCHIS, Luís Pietro. El constitucionalismo dos derechos. In: CARBONELL, Miguel (org). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAN, 2007, p. 221.

sociais prestacionais na Constituição Federal de 1988 e seus diferentes conteúdos eficaciais.

Conforme já ressaltado, os direitos fundamentais experimentaram uma considerável ampliação e um reforço de sua juridicidade a partir da etapa do constitucionalismo brasileiro inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

Fatores de ordem interna e externa contribuíram para esse processo. No plano interno, a onda de redemocratização que varreu o país após um longo período de ditadura militar permitiu um alargamento significativo desses direitos, fruto da mobilização e articulação de diferentes forças da sociedade civil organizada. No plano externo, o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial fez emergir de forma mais latente a necessidade de proteção da pessoa humana também pela ordem internacional, mediante a consolidação de um autêntico Direito Internacional dos Direitos Humanos, que por sua vez influenciou marcadamente a reconstrução do direito constitucional ocidental do pós-guerra.

Nesse contexto, assume especial relevo na ordem constitucional em foco a emergência dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais.³⁸ Não que as constituições anteriores não os tivessem previsto, mas não se pode negar que a atual avançou bastante neste aspecto, pois além de juridicizá-los, a exemplo do que se vinha fazendo desde a Constituição de 1934, inaugurou novas técnicas e institutos processuais que tencionam torná-los efetivos, a exemplo do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também do mandado de segurança coletivo³⁹.

O amplo catálogo de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988 engloba desde os diversos direitos dos trabalhadores, direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção da maternidade e infância e assistência aos desamparados, todos previstos no art. 6º, até o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, §7), ao transporte coletivo gratuito para as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade (art. 230, §2º) e a garantia de exercício dos direitos culturais (art. 215), tudo isso apenas para ficar em alguns exemplos.

³⁸ PIOVESAN, Flávia Piovesan; VIEIRA, Renato Stanzola. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria*, Sevilla, año/vol. 08, n. 015, 2006, p. 131. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

³⁹ Conferir, neste particular, a afirmação de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 338: õ(...) muito avançou o Estado Social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é,

direitos é sua peculiar ligação com o valor igualdade, peça-chave do Estado Social. Com efeito, os direitos fundamentais sociais operacionalizam a igualdade sob um enfoque material, ou seja, não restrito apenas à igualdade jurídica, de cunho meramente formal, já alcançada por meio dos direitos civis e políticos. Com os direitos sociais, pretende-se ir além e concretizar a igualdade no plano concreto, empírico, ainda que com isso se tenha que produzir a desigualdade jurídica. Neste sentido é que se diz que o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática.⁴⁰

Nada obstante se reúnam em torno dessa ideia-força de igualdade material, a designação de direitos sociais, utilizada pelo constituinte, compreende realidades normativas bastante diversas quando confrontadas questões estruturalmente importantes, a exemplo da titularidade do direito e do conteúdo da obrigação principal a que está jungido o sujeito passivo da relação de direito fundamental.

No caso dos direitos dos trabalhadores, enunciados nos arts. 7º a 11 da Constituição Federal, por exemplo, cuida-se, em grande parte, de direitos que não são universais, no sentido de que não possuem como titulares todas as pessoas, independentemente da qualificação jurídica que ostentem. Ao revés, tais direitos têm como titulares determinadas pessoas que ocupam a parte mais vulnerável de uma relação jurídica específica (a relação de trabalho), sejam eles considerados individualmente ou em grupo.

Aliás, do ponto de vista histórico, os direitos sociais surgiram justamente como direitos dos trabalhadores, ou seja, como direitos que se aplicavam apenas a esse grupo economicamente vulnerável.⁴¹ Era social porque respondia ao desafio da questão social, gestada em meio à crise do liberalismo no primeiro pós-guerra.⁴²

Tais direitos, que apesar das pressões do capitalismo neoliberal, mantiveram, ao menos no Brasil, o status de fundamentalidade, têm como sujeito passivo da relação jurídica que se institui a partir da incidência de suas normas, no mais da vezes, um outro particular (empregador), e não o Estado. Trata-se, especificamente, de um grupo de direitos

portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 343.

⁴¹ LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, 174.

⁴² LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, 174.

rioritariamente no âmbito das relações privadas, o que inclusive facilita seu enquadramento em conceitos típicos do direito privado, a exemplo do conceito de direito subjetivo⁴³.

Isso não quer dizer, evidentemente, que em relação aos direitos sociais dos trabalhadores o Estado não assuma quaisquer obrigações.

As obrigações estatais ligadas a tais direitos normalmente têm como objeto: (a) uma prestação essencialmente normativa, consistente na edição de normas que limitem as faculdades dos atores privados envolvidos na relação de trabalho ou imponham a estes determinadas obrigações (limitação da jornada de trabalho, fixação de valor mínimo para remuneração, obrigatoriedade de repouso semanal, etc); b) dever de não-interferência, notadamente em relação às chamadas liberdades sindicais (art. 8º da Constituição Federal); (c) o desempenho de deveres de proteção, a fim de garantir a observância de tais direitos por parte dos particulares; d) com menor frequência, uma prestação também fática, como no caso do pagamento do seguro-desemprego (art. 7º, II, da CF/88).

Apesar de também envolverem, como visto acima, prestações positivas, as principais obrigações estatais em matéria de direitos sociais dos trabalhadores são de não-interferência, de proteção e de regulamentação (edição de normas), daí porque eles não fazem parte do foco da presente dissertação, constituído, basicamente, pelo que aqui se convencionou chamar de direitos sociais prestacionais.

Como a nomenclatura não é das mais usuais, necessário se faz explicá-la.

A denominação õdireitos sociais prestacionaisö resulta da intersecção de duas classificações distintas: a classificação dimensional, que divide os direitos fundamentais em dimensões, conforme a ordem cronológica de seu surgimento histórico, e a classificação dogmática, que opera com os conceitos de direitos de defesa e direitos a prestações, com base na distinção entre o objeto principal dos deveres impostos ao sujeito passivo da relação jurídica de direito fundamental, geralmente o Estado: uma abstenção ou simples não fazer; ou

⁴³ 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. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

a formulação de políticas públicas destinadas à garantia e promoção desses direitos.⁴⁴

Essa intersecção resulta necessária à limitação do objeto de estudo, porquanto referir-se apenas a direitos sociais ou a direitos prestacionais, importaria a inclusão de temáticas diferentes das que aqui serão abordadas.

Referir-se apenas a direitos sociais implicaria incluir, necessariamente, os direitos sociais dos trabalhadores, cuja exclusão já se assinalou.

Por outro lado, fazer uso da expressão õdireitos prestacionaisö demandaria incluir praticamente todos os direitos fundamentais, pois em todos eles, em menor ou maior medida, possuem algum viés prestacional.

Isso porque, como explicam Abramovith e Courtis⁴⁵, em qualquer tipo de relação de direito fundamental distinguem-se três níveis de obrigações estatais: obrigações de respeito, de proteção e de satisfação.

As obrigações de respeito se identificam com as obrigações de não-interferência e requerem, para sua satisfação, uma simples abstenção estatal, um não-agir. Essas obrigações caracterizam fortemente os chamados direitos de defesa: liberdade de expressão, de reunião, de crença, direito à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, etc. Mas também se fazem presentes, com uma função de menor importância, nos direitos sociais. No caso do direito à alimentação adequada, previsto nos arts. 11.1 e 11.2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já internalizado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e constitucionalizado pela cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CF/88, o Estado também tem uma obrigação de respeito, o que o impediria, utilizando-se de exemplo citado por Abramovith e Courtis⁴⁶, de expropriar terras de pessoas para as quais o acesso a esse recurso fosse a única ou principal forma de assegurar sua alimentação.

As obrigações de proteção, por sua vez, demandam que o Estado impeça que terceiros atentem contra os direitos fundamentais das outras pessoas. Seu desempenho normalmente

⁴⁴ Conferir, a respeito das diversas classificações dos direitos fundamentais, MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr./jun. 2001, p. 243-252.

⁴⁵ ABRAMOVITH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002, p. 27 e seguintes.

⁴⁶ ABRAMOVITH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002, p. 30.

dem a violação aos direitos fundamentais e a organização do aparato policial e judicial necessários para impor, coercitivamente, sua observância. Esse tipo de obrigação é igualmente comum tanto aos direitos chamados de defesa e quanto aos direitos prestacionais.

Já as obrigações de satisfação exigem que o Estado assegure o acesso a determinados bens quando as pessoas não possam fazê-los por si mesmas, promovendo as condições materiais necessárias para que este acesso se dê.⁴⁷

Como se pode perceber, todos os direitos fundamentais envolvem, em maior ou menor medida, um aspecto bastante amplo de obrigações. Sua complexidade estrutural e funcional torna difícil uma acomodação conceitual *tort court* e definitiva em categorias classificatórias⁴⁸.

Ainda assim é possível lançar mão de algumas tipologias que se tornaram frequentemente utilizadas pela dogmática dos direitos fundamentais, a exemplo da classificação já referida, que distingue direitos de defesa e direitos a prestações, desde que se entenda que o lugar ocupado por determinado direito será determinado pela sua função precípua ou, dito de outra forma, pelo componente de obrigações de maior peso simbólico.⁴⁹

No caso dos direitos sociais prestacionais, são justamente as obrigações de satisfação que conformam o aspecto principal das obrigações que o Estado assume. Incontestavelmente, fazem parte desse grupo os direitos à saúde, à educação, à moradia, ao lazer, à proteção social garantida por meio da seguridade social, entre outros.

Constituem, portanto, aquilo que Robert Alexy chama de direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, compreendidos como direitos õa algo que, se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia também obter de particulares.õ⁵⁰

Nesse sentido, é também a afirmação de José Reinaldo de Lima Lopes, o qual assinala que com o passar do tempo foram considerados direitos sociais, além dos direitos dos

⁴⁷ ABRAMOVITH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002, p. 29.

⁴⁸ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 224,abr./jun. 2001, p. 246.

⁴⁹ ABRAMOVITH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002, p. 29.

o aos serviços prestados de forma universal na forma de bens coletivos, tais como educação e saúde [í], serviços que a rigor poderiam ser comprados no mercado (de saúde ou de educação).ö

Não está em jogo, no caso dessa categoria de direitos fundamentais, a conservação de uma situação de fato já existente, para cuja manutenção basta excluir a interferência de um outro (particular ou Estado). Trata-se, isto sim, da criação de condições fáticas até então inexistentes que permitam ao titular do direito o acesso ao objeto da prestação jusfundamental.⁵¹

A criação de tais condições exige, naturalmente, uma conduta positiva por parte do Estado, e se realiza pela provisão de bens coletivos⁵². Coletivos no sentido de que normalmente resultam do fornecimento de um serviço público (educação e saúde, por exemplo), que por definição deve ser passível de ser usufruído por todos, de maneira não excludente.

Isso implica que, apesar de os direitos sociais prestacionais serem titularizados por todos, e nesse sentido cada um, individualmente considerado, é também seu titular, a sua titularidade e seu modo de fruição é precipuamente coletivo (*lato sensu*) ou transindividual.⁵³

Há que se falar, portanto, em uma co-titularidade: coletiva (*lato sensu*) e individual. Individual porque os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, ligam-se inexoravelmente à dignidade humana, que é sempre da pessoa concretamente considerada.⁵⁴

Caracterizados os direitos sociais prestacionais, é chegada a hora de discutir seu conteúdo eficaz, cujo alcance e intensidade está a depender, em grande medida, da técnica de positivação com que foram inseridos na Constituição e do grau de regulamentação com que tais direitos são tratados pela legislação infraconstitucional. Não se quer, com isso, dizer

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 482.

⁵¹ 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. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126-127.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 236.

⁵³ LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Ano 3, n. 12, out./dez. 2008, p. 226.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 40. Os autores criticam a posição de

ndicionada, de maneira absoluta, à existência de normas legais. Mas certamente a regulamentação infraconstitucional contribui bastante para definir, de modo mais rigoroso, qual o alcance das prestações que se pode exigir do Estado em matéria de direitos sociais prestacionais. É que tais direitos trazem sempre questionamentos do tipo: *“quantos meios de subsistência, quanta instrução, quanto trabalho, que habitação?”*⁵⁵ E tudo isso repercute nas diferentes técnicas de proteção dos direitos, *“fundamentalmente legislativas, administrativas e jurisprudenciais.”*⁵⁶

Discute-se, nesse diapasão, se direitos subjetivos são um dos possíveis conteúdos das relações jurídicas de direitos sociais prestacionais. Ou seja, se uma pessoa, individualmente considerada, pode exigir judicialmente que o Estado que lhe forneça determinada prestação jusfundamental ligada à saúde, à educação, à moradia, etc.

O enquadramento dos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos é um dos problemas mais complexos da teoria dos direitos fundamentais e aqui não se tem a pretensão de resolvê-lo, mas apenas a de levantar alguns pontos considerados importantes.

Essa complexidade, inclusive, já havia sido realçada por Pontes de Miranda, para quem *“o problema, que é de alto porte no direito constitucional, é o de nascer sempre, ou não, direito subjetivo a favor dos indivíduos (...).”*⁵⁷

A dificuldade reside em que a categoria do direito subjetivo, apesar de ser *“pública”*⁵⁸ em sua origem, desenvolveu-se posteriormente sob o influxo teórico do direito privado, principalmente a partir da roupagem que lhe deu a Pandectística alemã do século XIX, e passou a ostentar a marca do reflexo, funcionando bem *“quando se trata de dois indivíduos,*

quem considera que os direitos sociais, em primeiro plano, direitos coletivos, embora não neguem que exista essa dimensão transindividual em tais direitos.

⁵⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 147.

⁵⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 147.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967.

⁵⁸ O conceito de direito subjetivo nasceu ligado a uma relação entre indivíduo com comunidade política ou com o Estado, o que lhe dava a nota da publicização. O seu protótipo foi o direito de propriedade, visto como um atributo do indivíduo, a salvo de toda e qualquer ação estatal. Cf. LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Subjetivos e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social do Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.120.

quando se trata de falar de direitos, liberdades para a manutenção da vida em geral, não apenas das trocas individuais.⁵⁹

Apesar de já desgastado, o conceito de direito subjetivo recebeu da dogmática jurídica o *status* de conceito jurídico fundamental⁶⁰. Fundamental porque funciona como ferramenta operativa de ativação de determinado regime jurídico⁶¹. Não pode, portanto, ser totalmente abandonado.

Com efeito, dizer que alguém tem direito subjetivo ao ensino fundamental gratuito, como o faz a Constituição Federal, em seu artigo art. 208, §1º, importa admitir que o sujeito passivo dessa relação jurídica de direito fundamental social tem, entre outras coisas, o dever de proporcionar o exercício de tal direito, e que o titular desse direito pode exigir tal prestação individualmente em caso de não-cumprimento.

A propósito desse assunto, o que se tem a assinalar é que há casos nos quais os preceitos das normas definidoras de direitos fundamentais sociais possuem um nível de especificação bastante razoável em sede constitucional (pense-se no caso do direito ao ensino fundamental gratuito). Em muitos outros, tem-se normas constitucionais que já foram objeto de regulamentação legislativa⁶², havendo condições de se determinar, sem maiores dificuldades, a extensão da prestação jusfundamental. Na experiência constitucional brasileira, é o caso do chamado *õamparo socialõ*, prestação relativa ao direito à proteção social (art. 203,V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Orgânica de Assistência Social). Nessas hipóteses, não há grandes dificuldades teóricas em enquadrá-los como autênticos direitos subjetivos, passíveis de serem individualmente exigidos em juízo, embora

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. Direitos Subjetivos e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social do Direito. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.120.

⁶⁰ Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, São Paulo; RT, 1983, p. XVI), ao que parece, nega esse caráter de fundamentalidade à noção de direito subjetivo, pois, no seu entender, fundamental é a noção de relação jurídica, da qual o direito subjetivo é apenas efeito.

⁶¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 121, com apoio na lição de Alf Ross, exposta no livro *Direito e Justiça*, São Paulo: Edipro, 2000, p. 203 e seguintes.

⁶² É o que a doutrina costuma chamar de direitos derivados a prestações. Conferir, a este respeito, SARLET. Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 314-315. De acordo com esse autor, boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 já foram objeto de concretização pelo Legislador, de maneira satisfatória ou não, o que atenua as dúvidas acerca da possibilidade de configuração, em relação a eles, de direitos subjetivos individuais. Nesse sentido, também, são as observações feitas por Andreas Krell, o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público.õ Cf. KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Ano 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 242.

da regulamentação legislativa, quanto à sua adequação e suficiência, e bem assim acerca da existência dos meios materiais necessários à satisfação dessas prestações (dotações orçamentárias).

Em outras situações, tem-se uma definição menos precisa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, conceito que Virgílio Afonso da Silva trabalha como sinônimo de suporte fático⁶³, e, também, do preceito normativo, geralmente positivado em forma de princípios ou de políticas, com teor bastante aberto e indeterminado. No caso da saúde, por exemplo, em relação ao qual há normatização infraconstitucional, é sempre possível cogitar-se de prestações fáticas cuja satisfação não esteja prevista em lei. Surge, então, o problema de saber se é possível extrair diretamente do texto constitucional, sem qualquer mediação legislativa, um direito subjetivo a determinada prestação fática como, por exemplo, o fornecimento de um medicamento não incluído nas listas oficiais de medicamentos excepcionais.

De um modo geral, tem sido aceita a existência de um direito subjetivo individual a determinada prestação fática sempre que se tratarem de prestações cuja imprescindibilidade seja de tal forma evidenciada, que sua negativa afetaria de modo intolerável um padrão mínimo de existência digna que é devido a todo ser humano, pelo simples fato de sê-lo. Trata-se, aqui, da questão relativa ao mínimo existencial.

Os problemas persistem, contudo, ao se tentar definir quais direitos e em que extensão eles conformam o mínimo existencial necessário à manutenção digna da vida humana.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo observam que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, ou seja, com as condições necessárias apenas à sobrevivência física, ainda que sem certa qualidade.⁶⁴ Isso porque a compreensão acerca do conteúdo do mínimo existencial deve guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 04, out./dez. 2006, p. 28-35.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 22.

Uma possui também uma dimensão sociocultural, o que levaria à inclusão de prestações essenciais relativas, por exemplo, à educação.⁶⁵

De qualquer forma, o que os citados autores realçam, e com isto se concorda integralmente, é a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial⁶⁶

Para além do mínimo existencial, seria também possível a configuração de direitos subjetivos *prima facie*⁶⁷ a prestações fáticas, os quais, ao lograrem obter, em face de cada caso concreto, maior peso na ponderação com os princípios formais contrapostos (competência do legislador democraticamente legitimado, legalidade orçamentária, separação dos poderes) e com os princípios materiais que jogam em sentido contrário, poderiam gerar direitos subjetivos definitivos a prestações.

As condições para que um direito subjetivo *prima facie* se transforme em direito subjetivo definitivo seriam, segundo Alexy, as seguintes: (a) que o princípio da liberdade fática exija muito urgentemente a prestação; (b) os princípios da divisão dos poderes e da democracia, aí incluídas as questões relativas às competências orçamentárias, e bem assim (c) os princípios materiais contrários (bens coletivos ou direitos de terceiros) sejam afetados em medida relativamente pequena com a satisfação do direito social prestacional.⁶⁸

Essas condições, contudo, podem não se adequar muito bem a países como o Brasil, devido ao fato de que boa parte da população encontra-se excluída do acesso aos direitos sociais fundamentais. Em contextos assim, a adjudicação individual de tais direitos por meio do Poder Judiciário poderia repercutir em um grau de sacrifício médio ou grave dos princípios

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: 2008, p. 24.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 26.

⁶⁷ Robert Alexy distingue entre direitos *prima facie* e direitos definitivos, distinção que resulta atrelada a pontos fundamentais da teoria alexyana de direitos fundamentais: a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais e a definição do método de ponderação como sendo o adequado para resolver as questões relativas à aplicação dessas normas. Os direitos *prima facie* envolvem aquelas prestações que seriam devidas *a priori*, desconsideradas eventuais restrições e/ou colisões com direitos e/ou bens coletivos que jogam em sentido contrário. Daí resulta que o devido *prima facie* é sempre mais do que é devido definitivamente, ou seja, daquilo que resulta depois de feita a ponderação. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 494-497.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495.

da competência orçamentária, quando analisado todo o conjunto de casos submetidos à apreciação judicial.

Na opinião de Paulo Gilberto Cogo Leiva, isso levaria a uma adaptação do modelo proposto por Alexy, para permitir o reconhecimento de direitos definitivos mesmo quando os princípios formais acima referidos forem atingidos no grau forte, omas não a ponto de causar uma crise financeira muito grave.⁶⁹

Tudo o que se disse até aqui guarda relação com a temática da eficácia pertinente à dimensão subjetiva dos direitos sociais prestacionais.

Há, contudo, outra dimensão eficaz bastante relevante e que diz respeito à situações jurídicas em que são encontrados deveres por parte do Estado, sem que a eles necessariamente correspondam direitos subjetivos individuais na concepção mais tradicional do termo.

Essas situações são típicas daqueles direitos fundamentais que aparecem também positivados na constituição como õnormas-finsö, õnormas-tarefaö, õimposições legiferantesö, ou seja, sob a forma de padrões normativos que vinculam os poderes do Estado, no âmbito de suas respectivas competências, à tarefa de concretizar os programas e ordens nela contidos, independentemente de haver, em relação a esses programas, direitos subjetivos individuais.

Tais técnicas de positivação de direitos sociais prestacionais são õinerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente⁷⁰ e foram frequentemente utilizadas na Constituição de 1988.

Observe-se, por exemplo, a forma como está enunciado o direito à educação no art. 205 da Constituição: õA educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.ö

Mais adiante, no art. 208, tem-se a especificação do conteúdo dos deveres que o Estado assume para concretizar o direito à educação enunciado no art. 205.

⁶⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 114-116. A posição que se adota aqui é a de que há situações em que um grau de sacrifício médio ou forte de princípios formais pode, sim, ser tolerado, mas sempre em bases excepcionais. O que a dissertação pretende ressaltar, e isso ficará claro mais à frente, é que o enfrentamento das questões relativas à implementação judicial dos direitos sociais prestacionais é otimizado quando se está diante do controle não do direito em si, mas da política pública que permite sua fruição e dos recursos a elas destinados (ou não) pelas leis orçamentárias, em sede de tutela coletiva.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 307.

em apresentar uma faceta subjetiva (cf. Art. 208, §1º), o direito à educação é também traduzido pelo Constituinte por meio de enunciados normativos que estipulam deveres, objetivos a serem atingidos por meio da atuação estatal.

Da mesma forma ocorre com a saúde. Observe-se que no art. 196, após defini-la como direito de todos e dever do Estado, acrescenta-se que tal direito deve ser garantido mediante políticas públicas e econômicas que visem à redução do risco doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Embora existam inúmeros outros desdobramentos em relação à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais⁷¹, o que se pretende ressaltar aqui é a eficácia vinculante em relação aos poderes estatais, consistente em estabelecer um fim ou programa por meio da imposição de deveres em face dos quais não se identifica um titular nos moldes individuais subjetivistas.

Canotilho classifica essa situação como a de um dever não-relacional⁷², o qual poderia ser expresso nos termos A (o) P (lê-se: A está obrigado à prestação õPö)

Porém o fato de não ser possível a identificação de õumö ou õdoö credor correspondente não dilui o mandado constitucional, pois a vinculação do legislador e do administrador à norma subsiste na dimensão objetiva. Em termos processuais, a possibilidade de realização compulsória de tais deveres pela via judicial é perfeitamente aceitável, uma vez que na atual quadra do direito processual já se conhecem e se promovem formas de tutela coletiva que prescindem de um referencial subjetivo (tutelas coletivas).⁷³

A eficácia dos direitos sociais prestacionais, vista sob uma perspectiva objetiva, é suficiente para exigir dos poderes públicos a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento.⁷⁴

⁷¹ Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais derivam-se efeitos dos mais diversos e que não interessam à presente dissertação, como é o caso da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dos deveres de proteção e das garantias institucionais. Uma abordagem acerca desses desdobramentos pode ser encontrada em SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 166-175.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 61.

⁷³ LINS, Liana Cirne. A Tutela Inibitória Coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n. 12, out./dez. 2008, p. 237.

⁷⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, p. 37.

com que vai se cobrar o cumprimento dessas políticas está a depender, é claro, da maior ou menor densidade semântica com que se apresentam seus enunciados e também das possibilidades financeiras que viabilizam sua concretização.

Daí que o Legislador e o Poder Executivo têm, em relação a eles, um espaço de conformação dentro do qual podem se mover tomando as medidas que julgarem adequadas à concretização desses programas, medidas essas normalmente consistentes na formulação/implementação de políticas públicas, assunto a respeito do qual se tratará a seguir.

1.3 A formulação de políticas públicas como principal objeto dos direitos sociais prestacionais

A caracterização dos direitos sociais prestacionais como aqueles que exigem dos poderes públicos, para satisfazê-los, a criação de condições fáticas que viabilizem o acesso ao objeto da prestação jusfundamental, normalmente um bem ou um serviço cuja importância é tamanha que sua implementação não pode ficar ao talante de maiorias eventuais, quando aliada à percepção de que tal acesso deve ser concretizado de maneira universal e não excludente, dada a ideia de cotitularidade desses direitos (individual e coletiva), conduz ao seguinte questionamento: por qual meio deve o Estado concretizá-los?

A propósito do assunto, o texto constitucional, ao se utilizar da técnica de positivação dos direitos sociais prestacionais como enunciados normativos que estipulam fins ou programas impositivos, oferece como resposta que a satisfação de tais direitos se dará, basicamente, mediante a atividade promocional dos poderes públicos, uma vez que não se trata, consoante acima referido, apenas de conservar de uma situação de fato já existente, para o que se faria necessário apenas uma não intervenção ou, quando muito, a assunção de deveres de proteção.

A referência à atividade promocional dos Poderes Públicos traz à tona uma categoria imprescindível para a compreensão da temática dos direitos sociais prestacionais: a das políticas públicas.

Políticas públicas consistem num programa de ação governamental⁷⁵ que se desenvolve mediante uma série de atos, desde os mais gerais (leis) até os de efeitos mais

⁷⁵ Há quem compreenda de maneira mais ampla o termo políticas públicas, para nele incluir os programas de ação gestados não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares e pelo próprio mercado, como é o caso de LEAL, Rogério Gesta Leal. O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005. Escola Superior

determinado.⁷⁶

luções), conjugados para a realização de um objetivo

Sua emergência como veículo privilegiado de ação estatal está atrelada às mudanças experimentadas com a passagem do paradigma do Estado Legislativo, de matriz individual, para o Estado Constitucional de Direito, concebido como aquele que incorpora como dever jurídico, em normas do mais alto escalão, conteúdos destinados à concretização de um projeto político comum, traduzido em fins e objetivos compartilhados pelo Estado e pela sociedade, dentre os quais se incluem os direitos sociais prestacionais.

A ligação umbilical entre políticas públicas e direitos sociais prestacionais é claramente perceptível quando se verifica que somente por meio de uma atividade orientada e planejada dos poderes públicos, a repercutir na implementação de programas dos mais diferentes tipos e garanta a prestação de determinados serviços, é que se poderá concretizar tais direitos de forma sistemática e abrangente.⁷⁷

Medidas pontuais, não raro contaminadas pelo ranço de patrimonialismo que ainda marca o aparelho estatal brasileiro, afetado por práticas clientelistas que repercutem numa perniciosa confusão entre o público e o privado⁷⁸, acabam muitas vezes por aguçar a extrema desigualdade social existente na sociedade brasileira.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato faz um alerta para o que considera ser um grave desvio de perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, mormente em países subdesenvolvidos: o de não se dar conta de que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública.⁷⁹

da Magistratura do Rio Grande do Sul ó AJURIS. Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 164.

⁷⁶ COMPARATTO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, jul./set, 2006, p. 23.

⁷⁸ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*, n. 239, jan./mar. 2005, p. 129.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249-250. Embora se concorde com a crítica feita pelo autor, percebe-se, contudo, que a terminologia por ele utilizada é demais abrangente ó direitos sociais, econômicos e culturais - é por demais abrangente e, consoante assinalado no item 1.2 desta dissertação, induz a incluir num mesmo e indiferenciado grupo direitos com estrutura bastante diversa, que nem sempre possuem como principal objeto uma política pública (pense-se nos direitos à greve, à organização sindical e outros alguns

em resultado numa visão que privilegia excessivamente o aspecto individual da fruição dos direitos sociais prestacionais, sempre desembocando na discussão acerca da configuração, ou não, de direitos subjetivos. Impossibilitada, como às vezes realmente o é, a subjetivação de tais direitos, eles são colocados no limbo das meras exortações, das promessas constitucionais cujo cumprimento não seria possível exigir.

Esquece-se, contudo, que ainda que não haja direito subjetivo em jogo, o Estado tem o dever de adotar medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados e mediante a alocação do máximo de seus recursos disponíveis, o pleno exercício dos direitos sociais prestacionais, como, aliás, está determinado no art. 2º, alínea 1, do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Talvez essa indiferença em relação ao tema das políticas públicas seja decorrente do fato de que se trata de assunto relativamente novo no âmbito das discussões jurídicas e que requer, para seu melhor tratamento, uma abordagem interdisciplinar, o que nem sempre os juristas se sentem confortáveis em fazer.

Por não ser isoladamente nem uma norma, nem um ato, mas um programa de ação, ou seja, um conjunto de normas e atos unidos por sua finalidade, a política pública ãse distingue desses tradicionais elementos da realidade jurídica, que até hoje estão no foco da reflexão jurídica.õ⁸⁰

Tratar das políticas públicas em Direito exige reconhecer um grau de interpenetração cada vez maior entre os sistemas políticos e jurídicos, o que ocorre por meio de um processo de mão dupla, õseja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos de política.õ⁸¹

direitos dos trabalhadores). A referência apenas aos direitos sociais prestacionais, acredita-se, tornaria a afirmação do autor mais rigorosa.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. Ano 86, v. 737, março, 1997, p. 18.

⁸¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-242.

políticas públicas implicam õuma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos ó pessoais, institucionais e financeiros ó aptos à consecução desse resultado.õ⁸²

Os instrumentos financeiros jogam um papel bastante importante na viabilização das políticas públicas, já que a atuação estatal implica, evidentemente, custos que no nosso sistema constitucional necessitam ser dimensionados no Orçamento Público e nas demais leis orçamentárias (Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias).

Além do aporte dos recursos necessários, o sucesso de uma política pública exige também organização, planejamento, execução e avaliação constante das ações direcionadas ao atendimento das demandas sociais. Todas essas fases desenvolvem-se nos espaços definidos pelos marcos constitucionais e infraconstitucionais existentes.

A propósito das políticas públicas relativas a direitos sociais prestacionais, a Constituição Federal de 1988 fornece alguns indicadores paramétricos que vinculam, ainda que com uma considerável abertura semântica, a atuação dos poderes estatais. Tais indicadores, no dizer de Gesta Leal, consubstanciam, em síntese, os objetivos elencados no art. 3º da Constituição, densificados de maneira mais precisa ao longo daquele texto,⁸³, notadamente por meio da vinculação de receitas a determinadas áreas de atuação estatal (educação e saúde) e da imposição de alguns resultados a serem alcançados, como, por exemplo, a oferta de ensino fundamental gratuito a todos.

Também a legislação infraconstitucional fornece indicadores vinculantes, sendo válido ressaltar, neste ponto, que boa parte dos direitos sociais prestacionais já possuem políticas públicas com marcos legais definidos, como ocorre com a saúde, educação, com os direitos da criança e do adolescente e do idoso.

A participação da sociedade civil nas várias fases do processo que envolve a implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que agrega um *plus* de legitimidade às decisões tomadas no âmbito dos diversos espaços de democracia deliberativa, igualmente fornecem parâmetros para a atuação estatal.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

⁸³ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicção das políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org). *Jurisdicção e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005. Escola Superior

que a formulação e execução de políticas públicas, especialmente aquelas relativas aos direitos sociais prestacionais, embora seja matéria tipicamente afeta às esferas dos poderes Legislativo e Executivo, não é inteiramente livre à apreciação destes.

Vale pontuar que tais poderes possuem, em maior ou menor amplitude, margens de ação estrutural e margens de ação epistêmica⁸⁴ nas questões ligadas à implementação de políticas públicas.

As margens de ação estrutural envolvem margens para a fixação de fins, margens para a fixação de meios e margens para a ponderação.

A margem para a fixação de fins tem lugar quando se confia ao legislador e ao executivo a definição das razões que devem motivar sua intervenção em determinado direito fundamental e bem assim a determinação da medida de realização desses fins. Essa margem é relativamente reduzida no sistema constitucional brasileiro, pois o Poder Constituinte já tratou de enunciar vários fins que vinculam e legitimam a atuação dos poderes públicos.

A margem para a fixação de meios entra em cena quando, para atingir determinado fim, o legislador e o administrador têm à sua disposição vários meios igualmente idôneos, ficando, portanto, em sua esfera de atribuições a escolha do meio que julgar mais adequado. A dificuldade surge, todavia, quando os meios promovem o fim em diferentes graus, o que fará depender a decisão sobre qual meio escolher de distintas ponderações.

Surge, então, a margem para a ponderação, ou seja, para definir, com recurso ao princípio da proporcionalidade, qual a medida ótima de realização de determinado direito.

Já as margens de ação epistêmica conformam o espaço em meio ao qual, diante de incertezas sobre premissas empíricas ou normativas, podem o Legislador e Executivo mover-se com certa liberdade. Por exemplo, quando há incerteza relativa à previsão dos efeitos futuros da adoção de uma medida que visa a promover determinado fim, deve-se reconhecer aos poderes públicos uma margem de prognose.

da Magistratura do Rio Grande do Sul ó AJURIS. Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 164.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales e la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 57-87. Alexy realça que a dogmática dos espaços de ação é possível nos quadros de uma constituição entendida como uma ordem marco qualitativa, ou seja, que define as questões mais importantes para a coletividade, deixando tudo o mais na esfera do permitido. Aqui se entende que

exercício de legítimos espaços de ação, a atividade promocional do Estado, exercitada mediante a implementação de políticas públicas, não é, como já se disse, totalmente livre, o que significa dizer que está sujeita a controles. E um dos controles possíveis num ordenamento encabeçado por uma constituição garantida é, sem dúvida, o controle judicial.

Comumente se levantam três grandes críticas ao controle judicial das políticas públicas, as quais podem ser reunidas, de acordo com a sistematização feita por Barcellos, em três grupos, a saber: (a) crítica da teoria da constituição; (b) crítica filosófica e (c) crítica operacional.⁸⁵

A crítica endereçada pela teoria da constituição questiona se o controle judicial das políticas públicas não iria de encontro à própria democracia, na medida em que consistiria numa intromissão indevida do Poder Judiciário em matéria tipicamente reservada à deliberação majoritária e a respeito da qual já existe um controle político e social dos grupos da oposição e da própria população, que manifesta sua opinião na época das eleições.

A crítica filosófica, por sua vez, questiona o que levaria alguém a pensar que juízes teriam melhores condições de decidir sobre políticas públicas do que os agentes públicos encarregados dessa função. O problema, aqui, já não seria a ilegitimidade democrática, objeto da primeira crítica, mas a legitimidade intrínseca dos juízes para decidir a respeito de questões técnicas e morais a respeito das quais pesa um forte relativismo.

Já a crítica operacional afirma ser o juiz incapaz de, em meio a um caso concreto, gerenciar recursos que são limitados sem que com isso desencadeie amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

As respostas à primeira crítica (ilegitimidade democrática) se imagina já terem sido dadas no item 1.1 deste capítulo, quando se cuidou de fixar as bases teóricas de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. No momento, convém reforçar que a garantia de fruição adequada dos direitos sociais é pressuposto indispensável para o funcionamento regular da própria democracia, sendo certo que, num ambiente em que boa parte das pessoas não têm sequer as condições básicas de existência digna, o sistema de

tal conceito é, em certa medida, compatível com o modelo da constituição brasileira, desde que se realce que, aqui, a amplitude das questões consideradas é bastante considerável.

cial sucumbem.⁸⁶ Daí porque, em países periféricos como o Brasil, falar de um *õ*sufoamento^õ do controle social em virtude do controle judicial das políticas públicas faz pouco sentido.

Além disso, a crítica opera de modo equivocado ao encarar de maneira linear o grau de comprometimento que a própria sociedade estabeleceu com o princípio democrático e se esquiva de averiguar, antes mesmo de concluir por suposta violação do princípio da separação dos poderes, o sentido em que os direitos sociais prestacionais foram acolhidos no texto constitucional.⁸⁷

Já a crítica filosófica não pode ser totalmente aceita sem algumas matizações. É que admitir o controle judicial de políticas públicas não importa, de maneira alguma, adesão à aristocrática ideia de que os juízes seriam portadores de uma sabedoria tal que lhes possibilitassem algum tipo de acesso privilegiado ao conhecimento do que é bom ou adequado à sociedade. Todavia, ainda que os tempos atuais sejam marcados pelo relativismo moral e pelas incertezas, há certas questões a respeito das quais é possível estabelecer padrões ou consensos morais que permitem diferenciar o certo do errado. E nessas situações, a *õ*opiniã^õ do juiz não terá maior valor por ser dele, juiz, mas por encontrar-se em harmonia com esses padrões compartilhados intersubjetivamente.⁸⁸

O mesmo ocorre quando se está lidando com questões técnicas. As ciências de um modo geral conseguiram construir ao longo do tempo parâmetros que permitem concluir, com razoável grau de certeza, que há meios aptos e meios inaptos para se alcançar determinados fins. Nos casos em que tais parâmetros existem, é possível aferir que *õ*determinadas possibilidades ou opiniões são adequadas e outras não, ou ainda que algumas concepções são melhores que as outras, não por conta de quem as emite, mas por seu próprio conteúdo.⁸⁹

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 03, jul./set, 2006, p. 24-35.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 03, jul./set, 2006, p; 26.

⁸⁷ MELLO, Cláudio Ari. Direitos Sociais e Teoria Discursiva do Direito. *Revista de Direito Administrativo*. n. 224, abr./jun. 2001, p. 274-275.

⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 30-31.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 31.

cas públicas não raro envolve a discussão sobre padrões morais e questões técnicas, além das nuances puramente jurídicas. Nas hipóteses em que for possível construir um juízo seguro sob o ponto de vista jurídico, moral e técnico acerca da adequação ou não das decisões dos agentes públicos, o controle feito pelo Poder Judiciário mostra-se viável e legítimo. Quando não, a crítica incide com total razão.

Por fim, a crítica operacional. Como já se ressaltou, a implementação de políticas públicas exige importes financeiros por parte do Estado. Não sendo os recursos públicos ilimitados, as decisões sobre onde e como alocá-los exige uma avaliação bastante complexa e e requer informações sobre as múltiplas necessidades a serem atendidas. O juiz, ao decidir um caso concreto, não teria como fazer tal avaliação, pois preocupado com a decisão a ser tomada naquele único e específico caso, ignoraria os reflexos que ela poderia desencadear no contexto geral das finanças do Estado.

Há, não se pode negar, certa razão nessas afirmações. Entretanto, assumir em parte sua procedência não importa aderir à total inviabilidade do controle judicial das políticas públicas, mas, pelo contrário, exige de uma dogmática comprometida com a efetivação dos direitos sociais prestacionais a formulação de estratégias aptas a contornar as dificuldades que um controle pontual e restrito a situações individuais (cuja necessidade não se pode, de todo, afastar), possa acarretar.

O desenvolvimento de tais estratégias passa, inexoravelmente, pelo tratamento das questões orçamentárias, cuja importância agora aparece reabilitada, pois, longe de ser um assunto restrito ao grupo dos economistas e dos administradores públicos, o orçamento deve ser também colocado em pauta por todos aqueles participam de processos judiciais que envolvem direitos sociais prestacionais e, mais do que isso, por toda a sociedade.

Exige-se dos participantes de processos judiciais em que estejam envolvidas questões orçamentárias que conheçam o orçamento sob uma perspectiva ampla que inclua o conhecimento de seu regime jurídico e das distorções da sua práxis (esse, por sinal, o objeto do capítulo 2).

Somente conhecendo o orçamento é poderão ser desenvolvidas estratégias de controle judicial capazes de minimizar, na medida do possível, a tensão entre as exigências formais de respeito à legalidade orçamentária e às regras de competência e a necessária adequação contudística entre as escolhas orçamentárias e os parâmetros constitucionais e

matéria de direitos sociais prestacionais, o que se pretende

fazer no capítulo 3.

Antes, contudo, julga-se oportuno fazer uma rápida digressão acerca do modo como o Poder Judiciário Brasileiro tem se portado diante de demandas judiciais em que se exige a implementação de direitos sociais prestacionais, seja em sede tutela individual, seja em sede de tutela coletiva.

1.4 Contraponto entre as demandas individuais e as demandas coletivas em que se exige a implementação dos direitos sociais prestacionais: há uma maior receptividade das primeiras por parte do Poder Judiciário Brasileiro?

Ultimamente, o Poder Judiciário tem sido confrontado, com uma frequência cada vez maior, com demandas que envolvem a busca por implementação de direitos sociais prestacionais.

As razões do aumento dessas demandas, chamadas por Lopes, de ãovos processos de interesse público⁹⁰ tem a ver, de um lado, com o aumento das necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa, e, por outro, com a incapacidade dos órgãos de gestão pública de dar vazão a essas necessidades no interior do próprio sistema político.

Em termos processuais, tais demandas podem ser propostas perante o Poder Judiciário por meio de processos que veiculam pretensões individuais, consistentes na adjudicação de determinada prestação jusfundamental a uma pessoa determinada, ou por meio de ações coletivas⁹¹ em que se busca a implementação igualmente coletiva, transindividual, desses direitos.

A discussão sobre a formulação de políticas públicas perpassa esses dois tipos de processo, porém no caso das demandas individuais ela fica ocultada pelo fato de que nelas se pretende a viabilização de um acesso individual a determinado bem ou serviço, e não a efetivação de um programa de ação coordenado, que repercuta na prestação sistemática ou abrangente de um serviço a toda a coletividade. Por isso que nas demandas individuais o foco da discussão é centrado na existência ou não de direito subjetivo à determinada prestação, o que nos casos das demandas coletivas já não tem relevância.

⁹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 230.

⁹¹ Não se desconhece que as ações coletivas lato senso também englobam os chamados interesses individuais homogêneos, mas aqui o se pretende focar são os interesses estritamente coletivos e transindividuais.

na análise de grupos de casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período de 1996 a 2003, envolvendo questões relativas aos direitos sociais à educação e à saúde, José Reinaldo de Lima Lopes verificou que o número de ações coletivas propostas foi bastante pequeno (69, somados os números dos dois Tribunais, num período relativamente longo que é o de 07 anos) se comparado ao universo geral dos casos que os tribunais decidiram nesse período.⁹².

Esses dados permitem concluir que, no Brasil, os direitos sociais prestacionais são vistos, em maior medida, como direitos subjetivos capazes de ser fruíveis individualmente, do que como direitos que demandam uma implementação sistemática e abrangente por meio de políticas públicas, o que confirma o desvio de perspectiva identificado por Fábio Konder Comparatto.

Não há razões para acreditar as coisas tenham se alterado.

Veja-se o caso do direito à saúde: embora sem dados estatísticos mais contundentes⁹³, pode-se afirmar que o número de demandas individuais que têm sido propostas, principalmente com o objetivo de obter o fornecimento de determinado medicamento ou o acesso a determinado tratamento médico, é infinitamente superior ao número de demandas coletivas.

Esse fato não surpreende e é em certa medida compreensível, uma vez que as necessidades individuais, principalmente em matéria de saúde, podem ser extremamente específicas, o que inviabiliza a adoção de linhas de atuação mais abrangentes para tratar um problema por vezes isolado, como o das situações que envolvem doenças de raríssima incidência, cujos remédios indicados para tratamento não estejam incluídos em listas oficiais. A satisfação pontual, nesses casos, aparece como única solução.

⁹² LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 228-229.

⁹³ Em pesquisa feita no portal eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª região no dia 25 de abril de 2009, utilizando-se da locução "fornecimento de medicamentos", foram encontrados 83 julgados. Desses 83, treze não tinham a ver com demandas que fundamentavam o fornecimento de medicamentos como prestação jusfundamental. Guardavam relação com questões diversas (contratos de fornecimento de medicamentos entre a União e empresas, fornecimento de medicamentos e de tratamento em decorrência de erro médico, remoção de servidor público motivada por necessidade de tratamento de saúde em outro local, etc). Dos 70 julgados restantes, apenas três focavam a questão do fornecimento de medicamento sob um aspecto coletivo, tencionando, no mais das vezes a regularização de programas de fornecimento de medicamentos por parte dos entes públicos. A opção pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região se deu em razão de ser o tribunal federal que possui jurisdição sobre o Estado de Alagoas. A pesquisa de dados na Justiça Estadual esbarrou nas dificuldades causadas pela inexistência de um serviço de pesquisa eletrônica de jurisprudência no portal eletrônico do

o não seja o caso de situações assim, o enfoque predominantemente individual das demandas relativas ao fornecimento de medicamentos não parece acertado, porque acaba proporcionando distorções no acesso igualitário e universal. E, não raro, quem fica de fora é quem mais precisa e sequer tem acesso ao Poder Judiciário.

Isso não significa que não se devam fornecer medicamentos em demandas individuais, mas sim que, preferencialmente e sempre que possível, deve-se coletivizar a tutela do direito à saúde, de modo a permitir que todos que estejam em iguais condições tenham acesso ao medicamento, e não apenas aqueles que conseguem obter uma ordem judicial favorável.

Dois exemplos podem ilustrar melhor essa afirmação.

Na hipótese de não ser fornecido determinado medicamento já incluído em lista, por deficiências no programa público de distribuição (falta, atraso na entrega, etc), o ideal é que se pleiteiem medidas, judiciais ou extrajudiciais (mediante termo de ajustamento de conduta, por exemplo) aptas a corrigir as deficiências do próprio programa, a fim de possibilitar a todos os seus beneficiários a obtenção do medicamento de que necessitam. Quer dizer, deve-se atuar sobre a própria política, buscando adequá-la, não sendo bastante resolver um ou outro caso individual mais urgente.

Em outra situação, se pela análise de vários casos individuais se percebe que determinado medicamento tem tido seu fornecimento constantemente pleiteado, mas não consta da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente por nenhum dos três entes federados, é de se cogitar se não é o caso de incluí-lo na lista. A inclusão pode muito bem ser pleiteada em sede de ação coletiva, havendo, evidentemente, prova de que o medicamento é eficaz e de que não há outro igualmente eficaz e mais barato.⁹⁴

Nesses dois casos, a resolução em moldes não individuais de demandas que envolvem direitos sociais prestacionais tem a clara vantagem de evitar as distorções distributivas.

A constatação de que chegam ao Judiciário mais demandas individuais do que demandas coletivas acerca da implementação de direitos sociais prestacionais demonstra apenas que os legitimados para a propositura dessas ações têm preferido estratégias

Tribunal de Justiça de Alagoas. Embora haja a ferramenta de pesquisa no referido portal, a mesma funciona precariamente e apenas lista o número do julgado, sem possibilitar o acesso ao seu conteúdo.

⁹⁴ Ver BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva. *Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p. 30-34. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 27 out. 2008.

l desses direitos, mas nada diz quanto à postura do Poder

Judiciário em face dessas demandas.

Para saber a respeito disso, necessário analisar o resultado das ações judiciais.

Mais uma vez com referência ao direito à saúde, é possível perceber que os casos em que se pleiteia a concessão individual de um remédio ou tratamento têm sido amplamente exitosos, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁵

A sinergia argumentativa existente entre o direito à vida e o direito à saúde tem levado os Tribunais a concluírem que õentre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [í], razões de índole ética-jurídica impõe uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.ö⁹⁶

As coisas se passam de maneira diferente em relação às ações em que se pleiteia a implementação de políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais. Aqui, argumentos como o da separação dos poderes e da discricionariedade do Poder Executivo ganham bastante força e dificultam o êxito das demandas.

No julgamento da Apelação Cível n.º 403668/CE, por exemplo, o Tribunal Regional da 5ª Região decidiu que õnão compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administraçãoö, pois õao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.ö Citando Canotilho, o Tribunal assentou que õos Juizes não podem se transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um

⁹⁵ A referência aos vários julgados é, aqui, desnecessária, uma vez que inúmeros artigos doutrinários têm enfatizado que esse é o posicionamento judicial praticamente unânime dos Tribunais. Conferir, a propósito, os textos de SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 51, 2008, p. 91-94; AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 87-91. No grupo de casos pesquisados no portal eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (ver nota de rodapé n. 93), dos 67 julgados que envolviam demandas individuais pelo fornecimento de medicamentos, apenas três se posicionaram pelo indeferimento do pedido, devido ao fato de que a eficácia do medicamento (um composto nutricional) não estava devidamente comprovada.

⁹⁶ Trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Melo, então no exercício interino da Presidência do Supremo Tribunal Federal, na Petição n.º 1246-1 ó SC.

ssaltou, por fim, que a separação dos poderes é cláusula p etra que deve ser observada pelo Poder Judiciário.⁹⁷

Tratava-se de a o civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face do Município de Fortaleza, do Estado do Ceará e da União Federal com vistas   obten o de um provimento jurisdicional que: (a) condenasse o Município de Fortaleza a providenciar a transferência de todos os pacientes infantis que necessitassem ou viessem a necessitar de tratamento em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para hospitais públicos ou conveniados onde existissem tais leitos e, na hipótese desses hospitais estarem com a lota o esgotada, que conduzissem os pacientes infantis para hospitais particulares; (b) condenasse a União e o Estado a adotarem, conjunta ou separadamente, os meios necessários para auxiliar o Município de Fortaleza no cumprimento dessa determina o; (c) condenasse município e estado a desenvolver as medidas indispensáveis para a constru o e instala o de leitos de UTI destinados a crianças, em quantidade suficiente para atender   demanda local; (d) determinasse a realoca o de 1% (um por cento) da verba orçamentária do município e do estado destinada   publicidade para o custeio da constru o e aquisi o das UTI's pediátricas; (e) determinasse a apresenta o mensal em Juízo do cumprimento das medidas determinadas.

O Ministério Público não obteve sucesso perante a primeira instância e recorreu ao Tribunal, onde também não logrou êxito em seus pedidos.

No corpo do acórdão, a não ser pelo relato dos pedidos formulados, inexistiu qualquer referência   situa o fática envolvida. Ou seja, não se discute se há omissão administrativa no que diz respeito ao tratamento ofertado às crianças ou se   muito grande a demanda por leitos de UTI's infantis no Município de Fortaleza. Toda a argumenta o   feita com base em afirma es desligadas de qualquer referência concreta com o caso posto sob julgamento e enunciada como se representasse o posicionamento daquele Tribunal acerca das questões mais gerais sobre o controle de políticas públicas, independentemente de situa o em foco.⁹⁸

⁹⁷ Tribunal Regional Federal da 5  Região, Apela o Cível n.  403668/CE, Relator convocado Desembargador Federal Rogério Fialho. Quarta Turma. Data de julgamento 22 de janeiro de 2008.

⁹⁸ Não há dados, contudo, para afirmar que esse seja, de fato, o entendimento do TRF da 5  Região a respeito da matéria, pois somente foram achados três julgados que envolviam diretamente o direito   saúde sob uma perspectiva coletiva, sendo que em um dos casos o Tribunal se posicionou pela possibilidade de controle judicial e nos outros dois não.

em um modo geral, os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas gerais.⁹⁹

Quando se está diante de uma situação individual, argumentos como os da separação dos poderes, da reserva do possível e da discricionariedade não têm lugar. Entretanto, na discussão sobre as políticas públicas eles surgem como óbices praticamente intransponíveis.

O que esse cenário retrata é que o Poder Judiciário, apesar de alguns avanços, ainda é forjado num paradigma eminentemente individualista. Esse seu modo de se portar perante os conflitos inviabiliza o sucesso de estratégias de implementação coletiva de direitos sociais e contribui ainda mais para ampliar o fosso que existe entre incluídos/excluídos.

Isso porque a excessiva individualização das demandas que envolvem direitos sociais implica um amplo direcionamento de recursos do orçamento para o seu atendimento. E como o orçamento é um sistema de vasos comunicantes, evidentemente que os recursos são retirados de alguma outra rubrica orçamentária, normalmente destinada ao mesmo fim.

Tal constatação não tem o objetivo suscitar um antagonismo insuperável entre indivíduo e sociedade, ou entre microjustiça e macrojustiça. A necessidade que se coloca é a de atender a todos de forma universal e igualitária. E isso não pode ser feito sem políticas públicas e à margem do Orçamento.

⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 256.

RESERVA DO POSSÍVEL E AS DISTORÇÕES DO REGIME JURÍDICO E DA PRÁXIS ORÇAMENTÁRIA NO BRASIL

2.1 Custos dos direitos e reserva do possível: o orçamento como obstáculo à efetivação dos direitos sociais prestacionais?

A afirmação de que os direitos sociais prestacionais possuem custos que lhes conferem uma dimensão econômica relevante sempre foi um truísmo no âmbito da teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, nunca se duvidou de que para desenvolver uma política pública que repercuta na prestação de serviços de saúde ou de educação, para ficar nos exemplos mais óbvios, o Estado necessite, no mais das vezes, elaborar estudos técnicos, contratar pessoal, construir instalações e arcar com as despesas relativas à manutenção e ampliação de toda uma estrutura física e organizacional. Até mesmo para fornecer individualmente uma prestação, como é comum no caso do fornecimento gratuito de um medicamento, há, evidentemente, custos envolvidos (no mínimo, o dinheiro gasto com a compra do remédio).

Essa constatação serviu durante muito tempo para traçar um claro marco divisório entre os direitos individuais de primeira dimensão, dotados de plena justiciabilidade, e os direitos sociais, cuja eficácia jurídica sempre foi considerada reduzida (também) por conta da questão dos custos.

Atualmente, compreende-se que não só os direitos sociais prestacionais, mas todos os direitos custam.¹⁰⁰ Isso porque, conforme visto no primeiro capítulo, os direitos fundamentais, para serem atendidos, exigem o atendimento a um espectro muito amplo de obrigações estatais. No caso dos direitos de liberdade (direitos individuais), essas obrigações abrangem a não-interferência estatal, as quais, de fato, são economicamente neutras, mas incluem também os deveres de proteção, que já não são tão economicamente neutros assim.

Com efeito,

¹⁰⁰ GALDINO, Flávio. Os custos dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: renovar, 2002, p.

ze, para ser gozada universalmente por todos, um aparelho ou uma
tida com recursos de todos. [í]. õ¹⁰¹ O Estado gasta com os
proprietários e ao fazê-lo pode-se bem ver o quanto gasta e como usa os serviços
universais de justiça e segurança para beneficiar um grupo que não é,
necessariamente, universal, ou seja, o grupo dos proprietários.

Nada obstante isso, ainda é possível afirmar que a questão relativa aos custos dos
direitos se põe de maneira mais direta e acentuada em relação aos direitos sociais
prestacionais, uma vez que, no caso dos direitos individuais, a prestação é de recursos
indiretos para a manutenção de algo que já se possui, ao passo que em relação aos direitos
sociais a prestação é o próprio bem ou serviço fornecido pelo Estado.¹⁰²

Afirmar que os direitos sociais prestacionais possuem custos significa que sua
satisfação exige do Estado o desembolso de recursos públicos, os quais, no contexto dos
Estados modernos, são captados através da atividade financeira do Estado e dimensionados e
distribuídos por meio de orçamento e de suas dotações.

Daí se ter chegado à conclusão de que, por demandar emprego de meios financeiros,
os direitos sociais prestacionais passariam a viger sob a õreserva do possível¹⁰³, dependendo,
portanto, da situação econômica conjuntural.

A discussão acerca da reserva do possível, pelo menos nos termos que ela hoje se
coloca¹⁰⁴, tem origem em uma decisão da Corte Federal Alemã de 1970, relativa ao õ*numerus
clausus*õ, denominação dada a uma política adotada naquele país para limitar numericamente
os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários. Estudantes inconformados
com essa limitação reputaram-na incompatível com o art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o
direito à livre escolha da profissão, e levaram o caso à Corte. A pretensão de acesso universal
aos cursos de ensino superior, contudo, não foi acolhida, uma vez que a Corte entendeu que
tal direito dependeria de prestações financiadas pelos cofres públicos e que compete ao
legislador decidir, õpela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas
pretensões da comunidade, para inclui-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro

¹⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 176.

¹⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 176.

¹⁰³ AMARAL, Gustavo Amaral. Interpretação de Direitos Fundamentais e Conflitos entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.107.

¹⁰⁴ LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 173, afirma que desde os romanos se considerada que ninguém é obrigado a cumprir o impossível, de modo que, de certa forma, trata-se de uma discussão antiga, só que com uma nova roupagem.

... e a prestação social reclamada deve ser compatível com aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade, pois o mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹⁰⁶

A partir desse marco, a reserva do possível passou a gozar de uma centralidade dogmática no capítulo dos direitos sociais¹⁰⁷

Porém, para evitar os riscos que a transposição descontextualizada¹⁰⁸ desse limite à implementação dos direitos sociais pode gerar em países como o Brasil, que apesar de estar entre as dez maiores economias do mundo, possui indicadores sociais nada satisfatórios, é preciso explorar quais os sentidos da reserva do possível e até que ponto ela realmente constitui um obstáculo insuperável à efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais.

Pode-se encarar a reserva do possível como um limite externo aos direitos sociais prestacionais que se decompõe em dois aspectos: um aspecto fático, representado pela disponibilidade efetiva de recursos e um aspecto jurídico relativo à previsão da despesa na lei orçamentária (disponibilidade jurídica).

Sob o foco da disponibilidade fática, a reserva do possível envolve o problema da escassez. Há, não se pode negar, hipóteses de escassez natural, relativas àquelas situações em que um bem não existe em quantidade suficiente para todos e não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta (escassez natural severa) ou para aumentá-la a ponto de atender a todos (escassez natural suave).¹⁰⁹

¹⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.456, com transcrição, traduzida para ao português, do acórdão BverfGE 33:303-333.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 24.

¹⁰⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos de Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 107.

¹⁰⁸ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 54, alerta para o perigo de que o condicionamento da realização dos direitos sociais, econômicos e culturais à existência de 'caixas cheias' possa reduzir à zero sua eficácia, tornando-os direitos de segunda categoria.

¹⁰⁹ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133-134. Citando Jonh Elster, o autor coloca como exemplo de escassez natural severa as pinturas de Rembrandt e como exemplo de escassez natural suave a disponibilização de órgãos para transplantes.

traz à tona o problema das escolhas orçamentárias. Os orçamentos, é sempre bom ressaltar, ão são coisas da natureza, mas frutos de deliberações políticas¹¹⁰. Assim, a afirmação de que determinada política pública relativa a direitos sociais prestacionais não pode ser realizada porque não há disponibilidade de crédito orçamentário significa dizer que foi feita uma escolha, originada de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo, no sentido de que, para aquele exercício financeiro, não se deveria canalizar recursos públicos para atender àquela política.

Dá então se distinguir, em mais um corte analítico, de um lado, a existência de recursos em geral e, de outro, a existência de recursos específicos. Recursos em geral normalmente existem, pois é quase impossível imaginar uma hipótese em que o investimento que se pleiteia para determinado programa de ação seja superior ao total das receitas previstas no Orçamento. Entretanto, recursos específicos podem não estar disponíveis, já que os recursos não são previstos no orçamento de maneira solta¹¹¹, mas sim atrelados à determinadas despesas (princípio da especialidade ou da especificidade orçamentária). Então pode acontecer de não terem sido alocados recursos para aquela despesa específica, embora tenham sido para outras.¹¹²

Em relação ao aspecto fático da reserva do possível, que justamente por ser fático necessita ser objeto de prova, o Direito pode ter pouco ou nada a dizer. Todavia, o mesmo não ocorre em relação ao aspecto jurídico

Se é verdade que as escolhas acerca de como devem ser gastos os recursos públicos sejam um assunto deixado, em grande medida, à deliberação política majoritária, também o é que tais escolhas não são inteiramente livres, insindicáveis juridicamente.

Há prioridades constitucionais a serem observadas e, entre elas, está a alocação de recursos suficientes para dar vazão aos objetivos estampados no art. 3º da Constituição Federal, o que se viabiliza por meio da implementação de políticas públicas que realizem de maneira progressiva, sistemática e abrangente os direitos sociais prestacionais.

¹¹⁰ LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008. p. 179.

¹¹¹ Exceção feita à reserva de contingência, que é composto por um percentual de receitas previstas no orçamento, inicialmente não alocadas para despesa alguma. Como o próprio nome indica, ela serve para suprir situações imprevistas, como pagamentos inesperados, contingentes, que não puderam ser previstos durante a programação orçamentária. Sua previsão legal se encontra no art. 5º, III, õbõ da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹¹² LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: 2008, p. 173,

acional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, refere-se, em seu artigo 2º¹¹³, à obrigação dos Estados Partes de assegurarem, progressivamente, por todos os meios apropriados e até o máximo de recursos, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no pacto.

A diretiva internacional em referência aponta de forma bastante clara para a necessidade de tomar-se a reserva do possível não como total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados¹¹⁴, passando a compreendê-la no contexto da obrigação estatal direcionada à realização progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais, por meio utilização do máximo de seus recursos disponíveis.

Isso fica sobremaneira nítido na análise que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, responsável pelo monitoramento do Pacto, faz das obrigações dos Estados quanto à implementação dos direitos em questão. Na Observação Geral n.º 03¹¹⁵, o Comitê deixou registrado que a expressão progressiva efetividade não deve ser interpretada de modo a privar de todo conteúdo significativo a obrigação dos Estados para com a realização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ao contrário, tal expressão deveria ser entendida à luz do objetivo geral do Pacto, que é o de estabelecer claras obrigações para os Estados Partes com respeito à plena efetividade dos direitos de que trata, da maneira mais expedita possível.¹¹⁶

Quanto à obrigação de utilizar todos os recursos disponíveis, o Comitê fixou, nessa mesma Observação, que a falta de cumprimento das obrigações mínimas por parte de um Estado somente poderá ser aceita se este demonstrasse ter realizado todo esforço para utilizar

afirma que desde os romanos se considera que ninguém é obrigado a cumprir o impossível, de modo que, de certa, trata-se de uma discussão antiga, só que com uma nova roupagem.

¹¹³ Artigo 2º - 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

¹¹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos de Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 107-108. Registre-se que o autor indica apenas ser esse um dos usos possíveis da expressão reserva do possível, mas não adere a ele.

¹¹⁵ Observação Geral n.º 03. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf). Acesso em: 25 maio 2008.

¹¹⁶ Observação Geral n.º 03. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcFILE/G0441305.pdf>. Acesso em: 25 maio 2008.

à sua disposição para satisfazer, com caráter prioritário, essas obrigações mínimas.

Colocadas as coisas dessa maneira, deve-se esclarecer que ao admitir que os direitos sociais prestacionais possuem custos e que eles necessitam do Orçamento para o saírem do papelô não se está aderindo à tese de que a falta de previsão orçamentária (reserva do possível no seu aspecto jurídico) e, por tal, o próprio orçamento, são óbices intransponíveis à concretização dos direitos sociais prestacionais.

A perspectiva pela qual se visualiza no orçamento um meio para implementação dos direitos fundamentais como um todo, e dos direitos sociais prestacionais em particular, parece bem mais construtiva.

A partir dela, podem-se buscar mecanismos (não só jurídicos) para readequar a política orçamentária, de uns tempos para cá baseada na priorização de metas fiscais¹¹⁷, aos marcos normativos da Constituição.

Aliás, essa readequação deve incluir também uma reformulação de procedimentos e de concepções acerca das leis orçamentárias, pois, como será visto adiante, o ciclo orçamentário no Brasil sofre sérias distorções, que vão desde a sua elaboração, feita de maneira descoordenada com os planos e diretrizes, e afetam, em grau mais severo, a sua execução, que beira às raias da irracionalidade e é, ela sim, democraticamente ilegítima e indiferente ao princípio da harmonia e separação dos poderes.

2.2 O sistema orçamentário instituído pela Constituição Federal de 1988 e suas inconsistências

O Sistema Orçamentário Brasileiro, no formato que lhe deu a Constituição Federal de 1988, organiza-se com base em três leis: o Plano Plurianual (PPA), onde devem ser estabelecidas, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, §1º); a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), que compreende as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de

¹¹⁷ Nesse sentido, conferir a crítica à política orçamentária vigente feita por SABBAG, César. Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millenium, 2007, especialmente o capítulo III.

subseqüente, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências oficiais de fomento (art. 165, §2º); e a lei orçamentária anual (LOA), *locus* normativo no qual devem ser discriminadas a receita e a despesa, de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo.

Referidas leis são de iniciativa do Poder Executivo e têm um processo legislativo bastante regrado, com a imposição de prazos para o envio dos projetos e para sua aprovação (art. 35, §2º, ADCT).

O texto constitucional, na parte em que disciplina essa matéria, dá indicativos suficientes da existência de uma relação de hierarquia entre o PPA, a LDO e LOA¹¹⁸, de modo que a lei orçamentária anual deve se adequar aos parâmetros previstos na LDO que orientou sua elaboração e também ao Plano Plurianual vigente. A Constituição prevê a necessidade de compatibilização do orçamento fiscal dos órgãos da Administração Direta e do orçamento de investimento das empresas estatais com o PPA (art. 165, §6º), ao tempo em que proíbe a execução de investimento que ultrapasse o período correspondente ao exercício financeiro, sem que haja sua prévia inclusão no Plano (art. 167, §1º).

Esse complexo mecanismo de coordenação entre as diversas leis orçamentárias tem por objetivo ampliar a participação do Poder Legislativo na elaboração, aprovação e execução do orçamento e conferir maior transparência aos gastos públicos.¹¹⁹

Consagra, também, o princípio da programação, o qual se revela de extrema importância no que diz respeito à coordenação dos planos e programas de governo com o planejamento financeiro, veiculado no orçamento. É justamente em atenção a esse princípio que a Constituição determina a inclusão de tais programas nas leis orçamentárias, pois é imprescindível que existam dotações suficientes para a realização dessas políticas.¹²⁰

¹¹⁸ O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.100/RS, Rel. Ministro Nelson Jobim, afirmou não existir hierarquia entre as diversas leis orçamentárias, muito embora tenha registrado que o orçamento está condicionado à LDO. O voto do Ministro Relator explicita esse entendimento, mas não define a natureza jurídica desse condicionamento.

¹¹⁹ BERCOVICCI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da Constituição Econômica e a Agonia da Constituição Financeira. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et alii (orgs). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 127. Acrescentam os autos, todavia, que a capacidade de intervenção pública por meio desse sistema orçamentário centrou-se na tentativa de controle dos gastos públicos, deixando em segundo plano o suporte para a implementação da constituição econômica.

¹²⁰ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 129.

itetado, deveria proporcionar a construção de parâmetros sólidos para o controle da lei orçamentária anual, a partir das disposições do PPA e da LDO. Porém, assim não ocorre.

Em levantamento feito por auditores da Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG) do Tribunal de Contas da União (TCU)¹²¹, destinado a analisar a consistência interna e externa¹²² do projeto de Plano Plurianual 2004/2007, verificou-se, inicialmente, que os objetivos dos programas e das estratégias de governo expressos no projeto de PPA são formulados de maneira pouco precisa, dificultando tanto o controle administrativo, quanto o judicial e o social. O projeto de lei analisado trazia formulações do seguinte jaez:

Programa 0352 Abastecimento Agroalimentar

Desafio 1: combater a fome visando a sua erradicação e promover a segurança alimentar e nutricional, garantindo a inserção social e a cidadania;

(...)

Desafio 15: Coordenar e promover o investimento produtivo e a elevação da produtividade, com ênfase na redução da vulnerabilidade externa.

A auditoria constatou que a amplitude dos desafios fixados no projeto não estavam, em contrapartida, vinculados a qualquer tipo de referência objetiva que pudesse mensurar a eficiência da ação governamental. Não havia, no projeto do PPA 2004/2007, indicadores consistentes capazes de viabilizar o controle acerca do impacto da implementação de políticas públicas custeadas pelo Orçamento da União¹²³. Resultado: tinha-se um projeto de Plano Plurianual com sérias inconsistências internas.

¹²¹ Essa auditoria é que provocou a abertura do Proc. n. 015271/2003-4, do Tribunal de Contas da União. Uma análise desse processo é trazida por BAPTISTA, Renata Ribeiro. TCU ó Proc. 015271/2003-4 ó Controle do Plano Plurianual 2004/2007 pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 02, abr./jun. 2006, p. 359-363.

¹²² Renata Ribeiro Baptista (TCU ó Proc. 015271/2003-4 ó Controle do Plano Plurianual 2004/2007 pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n.º 02, abr./jun. 2006, p. 360) explica que ãa consistência interna afere (i) a existência e o grau de coordenação entre os objetivos estratégicos do governo e as ações implementadas para a consecução desses objetivos e a (ii) adequação entre a apresentação das propostas do Projeto de Lei e as normas e manuais que devem necessariamente pautar o planejamento federal, ao passo que o exame da consistência externa avalia o grau de integração entre o PLPPA 2004/2007 e o Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2004.

¹²³ BAPTISTA, Renata Ribeiro. TCU ó Proc. 015271/2003-4 ó Controle do Plano Plurianual 2004/2007 pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n.º 02, abr./jun. 2006, p. 361-362.

s Planos Plurianuais, que não se acredita ter sido um defeito apenas do projeto do PPA 2004/2007, gera também um problema de inconsistência externa, aferível a partir do grau de integração entre PPA e a LOA, e repercute na pouca valia desses instrumentos normativos enquanto índices de controle da lei orçamentária anual. Como verificar a adequação das escolhas orçamentárias previstas na LOA às diretrizes e objetivos estampados no PPA se estes, de tão vagos e genérico, não permitem aferir praticamente nada?

Esse estado de coisas também dificulta a análise da legalidade dos atos de contingenciamento de recursos já alocados na LOA. E isto porque o art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal¹²⁴ deixa a salvo de eventual contingenciamento as obrigações constitucionais e legais do ente, entre as quais se incluem aquelas previstas no PPA e as ressalvadas pela LDO. Mas se esses dois últimos veículos normativos são inconsistentes, a dificuldade em aferir se determinado recurso deverá ficar imune a eventual contingenciamento será um tanto maior.

2.3 O baixo índice de execução das despesas públicas previstas no orçamento ou de como o Poder Executivo se apodera da lei orçamentária por meio do contingenciamento de recursos

As escolhas positivadas nas leis orçamentárias anuais discriminam todas as receitas e despesas a serem executadas durante o exercício financeiro, ressalvada a possibilidade de abertura de créditos adicionais mediante nova deliberação do Poder Legislativo ou Medida Provisória (no caso dos créditos extraordinários) ou até mesmo por decreto do Poder Executivo, na hipótese de créditos suplementares cujo limite de abertura tenha sido definido na Lei Orçamentária Anual (LOA).¹²⁵

Tais escolhas são fruto de complexo processo decisório, iniciado com o projeto de lei, cuja apresentação é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, e finalizado com a aprovação do projeto pelo Poder Legislativo, fórum por excelência das deliberações majoritárias.

¹²⁴ Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento de 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 do e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

¹²⁵ Normalmente, as leis orçamentárias já trazem embutida uma autorização prévia do legislativo para a abertura de crédito suplementares até certo percentual.

discutida no item 2.5, de que a lei orçamentária veicula mera autorização para que o Poder Executivo realize despesas, não o obrigando, de um modo geral, a de fato realizá-las, tem ocorrido de o Poder Executivo, sem maiores justificativas, simplesmente passar por cima das decisões veiculadas na LOA e deixar de executar as despesas nela previstas, contingenciando os recursos.

A dinâmica da execução orçamentária, que se inicia com a previsão em lei da despesa a ser realizada, passa pela efetiva arrecadação da receita também prevista, pelo empenho da quantia necessária a fazer frente à despesa em foco e, finalmente, pelo pagamento e liquidação do valor orçado.

É possível que durante esse processo ocorram imprevistos: pode haver um *déficit* na arrecadação, a justificar a não liberação ou a liberação em menor quantidade dos recursos; pode surgir a necessidade de realocar recursos de uma determinada área de programação orçamentária para outra, o que somente poderá ser feito por meio de lei, ou por medida provisória, no caso dos créditos extraordinários; enfim, uma série de vicissitudes pode surgir e assim justificar mudanças na execução orçamentária.

Mas não são esses os casos que estão sob discussão aqui. A situação que se pretende retratar é aquela em que não há qualquer *déficit* de arrecadação, não há nenhum fato novo a impelir a administração a alterar a programação orçamentária, e mesmo assim o Poder Executivo resolve não gastar os recursos disponíveis para fazer frente às políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais.

Quando isso ocorre por ato da Administração, o montante de recursos não executados fica necessariamente paralisado, uma vez que sua realocação depende de uma decisão legislativa formal, face ao teor do que prescreve o art. 167, VI, da Constituição Federal. ò (...) a conseqüência é deixar no limbo uma parcela da receita pública. Essa é a prerrogativa que se reconhece hoje ao Poder Executivo: a faculdade de não fazer nada.ö¹²⁶

Essa situação é cada vez recorrente no Brasil. Dados de 2005 apontam que inúmeras políticas públicas cuja execução estava prevista na lei orçamentária da União para aquele ano tiveram mais de 80% (oitenta por cento) de seus recursos contingenciados (não-liberados). Foi o caso dos programas relativos ao atendimento sócio-educativo do adolescente em

¹²⁶ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n.º 09, jan./mar. 2008, p. 283.

ção de bens do Patrimônio Histórico Nacional e à universalização dos serviços de telecomunicações, todas elas, ressalve-se, políticas ligadas a direitos fundamentais.¹²⁷

Mesmo aqueles programas que tiveram um percentual relativamente alto de execução orçamentária em 2005, como é o caso do programa Bolsa Família (80,42% de recursos executados), sofreram contingenciamentos de grande porte, quando considerados os valores em termos absolutos. Com efeito, dos R\$ 5.617.440,416 (cinco bilhões, seiscentos e dezessete milhões, quatrocentos e quarenta mil, quatrocentos e dezesseis reais) destinados à referida política pública pela LOA 2005, foram executados R\$ 4.517.675,933 (quatro bilhões, quinhentos e dezessete milhões, seiscentos e setenta e cinco mil, novecentos e trinta e três reais), o que equivale a dizer que mais pouco mais de um bilhão de reais foi contingenciado.

Sequer o limite mínimo que deveria ser aplicado em áreas como educação, cujos recursos são provenientes de receitas constitucionalmente vinculadas, foi respeitado. No relatório do Tribunal de Contas da União relativo ao mesmo ano de 2005 há menção ao fato de que as despesas realizadas em 2005 foram de R\$ 1,1 trilhão. Desse total, apenas 5,1%, ou seja, 55,7 bilhões foram destinados a educação, saúde e segurança pública. O governo federal não cumpriu o limite mínimo de aplicação de recursos na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental.

O Tribunal considerou o fato ainda mais grave por se tratar de reincidência, pois o limite já não tinha sido alcançado em 2004.¹²⁸

No Estado de Alagoas, a situação não é diferente. O balanço da execução financeira relativo ao ano de 2006 aponta que áreas importantes, como transportes, saneamento e urbanismo, tiveram praticamente 70% (setenta por cento) de seus recursos contingenciados.¹²⁹

Há dois destinos possíveis para esses recursos que foram repesados: ou eles foram, até o final do exercício financeiro, convertidos em outras dotações, ou seja, realocados, o que

¹²⁷ Os dados são trazidos por Eduardo Mendonça (Da Faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n.º 09, jan./mar. 2008, p. 287-289). Os percentuais executados dos programas acima referidos foram os seguintes, respectivamente: 18,68%, 11,98% e 0,25%.

¹²⁸ Relatório do Tribunal de Contas da União. Disponível em www.tcu.gov.br e citado por SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado para a implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. SCAFF, Fernando Facury (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 21.

¹²⁹ Dados contidos no Balanço Geral do Estado de Alagoas Exercício 2006, p. 28. Disponível em <http://www.sefaz.al.gov.br/gestaofinanceira>.

autorização legislativa; ou eles fizeram parte de um saldo não-empregado, destinado a compor o *superávit* primário.

Quando se utiliza da primeira hipótese, o Poder Executivo adia indefinidamente o emprego dos recursos até que surja uma oportunidade para realocá-los¹³⁰, com autorização legislativa ou até sem, nos casos em que isso é possível. Assim, a Administração redesenha as finanças públicas segundo sua própria ordem de prioridades, desconsiderando as escolhas legislativas iniciais.

Já na segunda situação, o Poder Público efetivamente resolve não gastar. E o que é mais grave: por decisão unilateral sua, nada obstante a existência de prévia decisão majoritária em sentido contrário, expressa na lei orçamentária.

Num cenário assim, o processo legislativo orçamentário, tão valorizado pela Constituição, acabou por se transformar numa mera formalidade: as decisões ali tomadas e cristalizadas no PPA, LDO e LOA são alteradas pelo Administrador, na maioria das vezes unilateralmente e sem qualquer procedimento transparente. O Poder Executivo, de fato, apoderou-se da lei orçamentária, por meio da técnica do contingenciamento.

Parece claro que tudo isso resulta numa séria distorção. Há recursos, esses recursos são destinados, por meio de decisões legislativas tomadas por órgão de representação popular, ao atendimento de necessidades públicas, e o Poder Executivo, responsável pela execução do orçamento, resolve simplesmente não gastar, com o suporte teórico da doutrina mais tradicional, que vê a lei orçamentária com um ato-condição, veiculador de uma simples autorização.

2.4 As dificuldades do controle político e social sobre as leis orçamentárias

O ciclo orçamentário, que envolve as fases de elaboração do projeto de lei, aprovação e execução do que fora orçado, finaliza-se com a etapa do controle e avaliação dos gastos. Essa tarefa de controle, a par da existência de órgãos internos (em geral, as controladorias), é incumbência precípua do Poder Legislativo, que o faz por meio de comissões específicas e com o auxílio do Tribunal de Contas.

¹³⁰ Eduardo Mendonça noticia que tal prática, nos Estados Unidos, chamada de contingenciamento de fato (*de facto impoundment*), foi coibida pelo Congresso daquele país. Explica ainda o referido autor que essa técnica de retardamento na liberação de recursos frustra, muitas vezes, a execução de qualquer programa, pois impede que a autoridade administrativa empregue o dinheiro de maneira efetiva e no tempo oportuno. Cf. Da Faculdade de

do Poder Legislativo no processo orçamentário experimentou inúmeros momentos de instabilidade, desde o seu completo afastamento do processo de formação da lei orçamentária e de sua execução, como ocorreu durante o Estado Novo, até a restrita tarefa de homologar ou rejeitar totalmente o projeto, conforme previu a Emenda Constitucional nº 01/69.¹³¹

Foi assim que, sem muita experiência de participação política no processo orçamentário, o Legislativo teve ampliada, ao menos no plano normativo, sua participação a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Contudo, na prática, o Poder Executivo continuou a protagonizar tanto a execução orçamentária, quanto o processo de elaboração, eis que, além da base que lhe fornece sustentação política, esse poder conta com a falta de especialização do Poder Legislativo para realizar a análise e a interpretação dos dados orçamentários. A Consultoria de Orçamento do Congresso Nacional contava, em 2003, com apenas trinta consultores, enquanto o Congresso dos Estados Unidos, para cumprir a mesma função, tinha à sua disposição uma agência autônoma e não partidária com a autorização para contratar 232 consultores.¹³²

Na área de controle e acompanhamento da execução orçamentária, ocorreram avanços no sentido de tornar mais transparente o modo como é feita a despesa pública. A imposição legal de publicação de relatórios bimestrais de execução foi importante nesse aspecto. Também o desenvolvimento de ferramentas operacionais, como o SIAFI e o SIAFEM, ainda que não tenham tido como propósito inicial fomentar a transparência das ações governamentais, foram relevantes.

Contudo, as insuficiências desses instrumentos ainda são bastante nítidas. Mesmo o SIAFI, que é um sistema informatizado que permite aos seus restritos usuários ó além dos órgãos da administração federal, parlamentares e alguns assessores - o acompanhamento em

gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n.º 09, jan./mar. 2008, p. 284.

¹³¹ A Emenda Constitucional n.º 01/69, embora tenha eliminado a possibilidade de propositura de emendas ao Orçamento, manteve a participação do Congresso por meio do oferecimento de adendos ou anexos das dotações globais ou genéricas, por meio de acordo político prévio. Tais acordos serviam muito mais para dar sustentação política ao Executivo do que para garantir o controle social. VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim; DUMONT, Lígia Maria Moreira. Controle Público e Orçamento Federal: avaliando o papel do SIAFI. *Informação Pública*. Vol. 5, 2003, p. 52. Disponível em http://www.ip.pbh.gov.br/ANO5_N1_PDF/ip0501valente.pdf. Acesso em 29 jan. 2009.

¹³² VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim; DUMONT, Lígia Maria Moreira. Controle Público e Orçamento Federal: avaliando o papel do SIAFI. *Informação Pública*. Vol. 5, 2003, p. 53. Disponível em http://www.ip.pbh.gov.br/ANO5_N1_PDF/ip0501valente.pdf. Acesso em 29 jan. 2009.

ção de despesas do governo, õtem interfaces bastante complexas e um conjunto de comandos altamente codificados.¹³³ isto sem contar que a falta de alimentação ou a alimentação incompleta desse banco de dados dá azo à existência de diversas zonas de penumbra quanto às informações nele coletadas.

Quando se pensa no controle diretamente social, feito por meio dos cidadãos, seja individualmente, seja por meio de grupos organizados, é que se tornam ainda mais visíveis as dificuldades no acompanhamento do processo orçamentário.

Excetuadas as experiências de orçamento participativo em algumas cidades, não se tem notícia da participação direta da população na fase inicial de elaboração do projeto de lei orçamentária.

No outro extremo do ciclo orçamentário (fase de controle e avaliação), também a participação direta dos cidadãos se vê inviabilizada pelas dificuldades de acesso e interpretação dos dados orçamentários.

Muito embora os relatórios de execução orçamentária sejam bimestralmente publicados, os dados revelados nesses relatórios são sobremodo resumidos e não se consegue, a partir deles, ter uma exata compreensão de em qual programa específico os recursos foram aplicados.

O problema é mais sério quanto à interpretação e à análise desses dados. Como um cidadão sem conhecimento mínimo de processo orçamentário pode ler as informações disponibilizadas pelos extratores de informação do Parlamento?¹³⁴

Daí já se vê como é complexa a questão. Essa anunciada complexidade é diretamente proporcional à importância do fortalecimento dos mecanismos de controle externo do processo orçamentário. Com efeito, um processo orçamentário conduzido às claras, sob a fiscalização do Poder Legislativo, por meio de suas comissões internas e do Tribunal de Contas, e, principalmente, por meio do controle social direto, certamente forçariam a recondução da política orçamentária aos objetivos constitucionais previstos no art. 3º da Constituição Federal.

¹³³ VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim; DUMONT, Lígia Maria Moreira. Controle Público e Orçamento Federal: avaliando o papel do SIAFI. *Informação Pública*. Vol. 5, 2003, p. 59. Disponível em http://www.ip.pbh.gov.br/ANO5_N1_PDF/ip0501valente.pdf. Acesso em 29 jan. 2009.

o pode aparecer como importante agente controlador, principalmente quando estiverem em jogo obrigações constitucionais e legais que necessitam ser atendidas por meio do Orçamento.

Embora a ambiência processual não seja um espaço formatado especificamente para dar vazão ao debate público sobre questões de política orçamentária, é possível também vislumbrar hipóteses em que o controle judicial do orçamento possa servir como mola propulsora de um debate social a respeito do assunto, facilitando o acesso de dados e fomentando, assim, o próprio controle social, como se verá mais adiante.

2.5 O senso comum teórico sobre o regime jurídico das leis orçamentárias e as possibilidades de construção de novas realidades hermenêuticas

Muitas dessas distorções acima apontadas contam com a adesão, ainda que não proposital, de autores que ainda vêem na lei orçamentária uma simples autorização formal para a realização de despesas.

De ver-se que as teorias jurídicas, ainda que motivadas pelo intuito de apenas descrever seu objeto, terminam por construir realidades hermenêuticas que gravam na mente dos juristas programas comuns cujo (re)conhecimento lhes permite participar de comunicações no âmbito do Direito.¹³⁵ Tomar consciência disto permite perceber que o senso comum teórico dos juristas, ou seja, a realidade hermenêutica que eles constroem, não espelha a única realidade possível de ser construída, mas simplesmente uma delas.

Quando o assunto é lei orçamentária e seu regime jurídico, convém dar-se conta de que muito do que se afirma ser próprio da ontologia das leis orçamentárias são, na verdade, interpretações construídas a partir de enunciados normativos que, como quaisquer dados linguísticos, são passíveis de uma miríade de interpretações.

Assim é que, doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam, praticamente sem vozes dissonantes, que as leis orçamentárias são leis apenas sob o aspecto formal, pois veiculam

¹³⁴ VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim; DUMONT, Lígia Maria Moreira. Controle Público e Orçamento Federal: avaliando o papel do SIAFI. *Informação Pública*. Vol. 5, 2003, p. 60. Disponível em http://www.ip.pbh.gov.br/ANO5_N1_PDF/ip0501valente.pdf. Acesso em 29 jan. 2009.

¹³⁵ NETO, Henrique Cáceres. *Las õTeorias Jurídicasõ como realidades hermenêuticas*.

as autorização do Poder Legislativo para a prática de atos de natureza administrativa, a serem desempenhados pelo Poder Executivo.¹³⁶

A origem dessa concepção é atribuída, no direito comparado, a Laband, doutrinador alemão que formulou essa teoria num contexto de luta entre o Monarca e o Parlamento em torno do aumento das despesas públicas. Sua teoria representou a defesa da prevalência do Poder Executivo nas questões de planejamento orçamentário.¹³⁷

Segundo Laband, o orçamento, embora estabelecido por uma lei, do ponto de vista formal, não é uma lei, mas um plano de gestão. O orçamento, dizia ele, não contém nenhuma *regra jurídica*, nenhuma ordem, nenhuma proibição.¹³⁸

Outros autores estrangeiros, a partir de outras bases teóricas, também defenderam a natureza meramente formal da lei orçamentária. Entre eles, destacam-se Jellinek, Otto Mayer e Duguit,¹³⁹ os quais a definiam como simples ato administrativo, revestido sob a forma de lei.

Embora tenham sido desenvolvidas teorias opostas, que defendem a natureza material da lei orçamentária ou a sua natureza complexa, *sui generis*, a ideia de lei formal foi bem recepcionada na doutrina brasileira, como indica Ricardo Lobo Torres.¹⁴⁰

A premissa que dá sustentação a essa teoria é a de que as leis orçamentárias contêm enunciados que veiculam normas individuais e concretas, o que discrepa das características que se espera de uma lei em sentido material, quais sejam: generalidade e abstração.

Estreitamente conectada a essa concepção de lei em sentido formal é a tese de que as leis orçamentárias, quanto às despesas, regulam a conduta dos gestores públicos apenas na modalidade permitido (P).¹⁴¹ É como se as normas construídas a partir dos enunciados

¹³⁶ Ver, na doutrina, por todos, TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76

¹³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 74.

¹³⁸ Le Droit Public de L'Empire Allemand. Paris: Giard & Brière, 1904, v. VI, p. 289, citado por TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75.

¹³⁹ Um bom sumário dessas teorias é encontrado em SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155-165

¹⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76.

¹⁴¹ IVO, Gabriel. O processo de formação da Lei Orçamentária Anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. *Anuário da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas*, Maceió, v. 02, n. 01, 2002, p. 69.

em portadoras de uma homogeneidade semântica, pelo simples fato de estarem lá inseridas.

Decorrencia de seu caráter meramente autorizativo, é que as leis orçamentárias não possuem eficácia externa, ou seja, não criam direitos para terceiros. Daí que eventual previsão de despesa contida na lei orçamentária de um lado, não gera para o Poder Público a obrigação de realizá-la e, de outro, não cria pretensão para o destinatário da prestação.

Esse, em breves linhas, o cenário teórico que serve de pano de fundo para as discussões jurídicas acerca do orçamento.¹⁴²

A jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal, segue reafirmando que a lei orçamentária é um ato-condição, que veicula simples autorização para despesas e não é capaz de gerar eficácia externa.¹⁴³

Exceção a essa linha francamente dominante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi o precedente firmado naquela Corte por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2925-8/DF¹⁴⁴, em que se discutiu a inconstitucionalidade de algumas normas construídas a partir de dispositivos constantes da Lei n.º 10.640/2003, a qual previa as receitas e fixava as despesas da União para o exercício financeiro de 2003. Os dispositivos questionados autorizavam o Poder Executivo a abrir créditos suplementares correspondentes a até 10% (dez por cento) do valor inicial das dotações a serem reforçadas, utilizando-se para tanto de recursos provenientes da anulação parcial de dotações, da reserva de contingência e do excesso de arrecadação. A Confederação Nacional da Indústria, autora da ADI, pretendia que o Tribunal fixasse a impossibilidade de serem utilizados, para a composição dos créditos suplementares, recursos provenientes do excesso de arrecadação da CIDE ó Combustíveis, pois tais recursos, nos termos do art. 177, §4º, II, da Constituição Federal, teriam destinações específicas. Pretendia, em termos técnicos, obter uma declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, por meio da qual fosse excluída uma das hipóteses de aplicação do dispositivo questionado.

¹⁴² Registre-se, contudo, que entre os autores de Direito Financeiro já há quem defenda uma mudança de concepção, ao menos quanto a natureza meramente autorizativa do orçamento em relação às receitas nele fixadas. Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴³ Nesse sentido, confirmam-se os acórdãos proferidos na ADI 2100, Rel. para acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ 01.06.2001 e ADI 1716, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.98.

¹⁴⁴ STF, ADI 2925-8/DF, relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 11 de dezembro de 2003.

endeu ser possível que enunciados da Lei Orçamentária dessem margem à construção de normas abstratas e concretas, passíveis, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade. Em várias passagens dos votos vencedores, registrou-se o receio de que, a prevalecer a orientação da jurisprudência tradicional do STF, a lei orçamentária ficasse imantada por um *bill* de indenidade, já que jamais seria possível submetê-la ao controle concentrado de constitucionalidade das normas.

Esse julgamento, convém registrar, não repercutiu em mudança definitiva do posicionamento do STF quanto à possibilidade de submissão ao controle concentrado, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de atos que se revelem de efeitos tipicamente concretos. Sua importância, todavia, foi justamente a de sinalizar que é possível encontrar numa lei orçamentária atos normativos com notas de abstração.

Importa atentar para as conseqüências dessa realidade hermenêutica construída acerca do regime jurídico a que estaria submetido o orçamento, pois, se elas não aniquilam por completo, certamente diminuem de maneira considerável as possibilidades de controle das leis orçamentárias.

De início, fecha as portas para que tais leis sejam submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, conforme já referido. Isso não esgota, contudo, os instrumentos processuais de controle, pois com a expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional, ainda resta, por exemplo, a via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de natureza subsidiária, e ainda pouco explorada.¹⁴⁵

De efeitos mais drásticos tem se revelado a ideia de que as leis orçamentárias somente possuem enunciados capazes de servir de base à construção de normas estruturadas com o modal deôntico permitido. A consequência é a impossibilidade de se construir hipóteses em que as normas orçamentárias possam obrigar o Poder Executivo a realizar a despesa, o que esvazia as possibilidades de controle material, principalmente nas situações relativas à implementação de políticas públicas de direitos fundamentais já previstas em leis orçamentárias.

¹⁴⁵ Na ADPF n.º 45, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, admitiu que a discussão sobre a constitucionalidade de um veto feito pelo Presidente da República em uma lei orçamentária, no aspecto relativo a despesas com saúde, fosse viabilizada por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Qualquer tipo de eficácia externa conduz também a algumas distorções, pois transforma a peça orçamentária em mera carta de intenções, as quais, para não serem cumpridas, dispensam qualquer tipo de justificativa por parte do Poder Público.

A análise crítica dessas premissas, a partir de sólidas bases normativas, é tarefa urgente da dogmática jurídica. Afinal, se o direito (objeto) é, entre outras coisas, uma técnica de limitação do poder, não devem ser prestigiadas doutrinas que minem esse seu viés controlador.

E há várias possibilidades de construir novas realidades hermenêuticas para as leis orçamentárias. Uma delas pode ser a de seguir o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2925-8/DF e resgatar a normatividade das leis orçamentárias a partir da reconstrução do elo entre o Direito Tributário e Direito Financeiro, ou seja, a partir da vinculação entre arrecadação e despesa. Esse caminho parece especialmente promissor quando se vislumbra a expansão cada vez maior das contribuições tributárias, distintas das demais espécies de tributo justamente por conta da vinculação de suas receitas a finalidades específicas.

Outra possibilidade que se revela promissora é de revisar a teoria do orçamento com base na estreita vinculação das leis orçamentárias com os direitos fundamentais.

Tal relação é revelada na medida em que se percebe que todos os direitos fundamentais envolvem, em alguma proporção, uma atuação estatal. E se toda atuação estatal demanda dinheiro, o orçamento aparece como *locus* privilegiado de equacionamento dessas questões.

Ocorre que, por muito tempo, essa relação entre direitos fundamentais e orçamento restou negligenciada ou vista de uma maneira distorcida.

Num primeiro momento, a dogmática dos direitos fundamentais encontrava-se focada na proclamação retórica (no mau sentido da palavra) e por vezes inconsequente desses direitos. Daí, a temática do orçamento ter sido desprezada por um período. Da indiferença, passou-se, numa fase seguinte, à rejeição. O orçamento tido como um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, mormente os direitos sociais.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Flávio Galdino trata esses momentos sob a nomenclatura de modelo teórico da indiferença e modelo teórico do reconhecimento, respectivamente. Conferir, a respeito, GALDINO, O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

udanças substanciais nessa última concepção. Hoje, dificilmente se encontra quem não realce a natureza instrumental do orçamento e sua vinculação ao provimento das necessidades públicas, nas quais se incluem, por óbvio, os direitos que possuem a nota de fundamentalidade. E é a satisfação das necessidades públicas, enfim, que justifica a existência do Estado.¹⁴⁷

A Constituição Federal de 1988, conforme referido no Capítulo I, é reconhecida pela centralidade a que alçou os direitos fundamentais. E não sem razão. Além da extensão do rol de direitos fundamentais, o texto constitucional trouxe um reforço de normatividade sem precedentes a tais direitos: ampliou suas garantias processuais, protegeu-os da ação erosiva do poder constituinte e previu a aplicação imediata das normas construídas a partir dos enunciados a eles referidos.

O orçamento, de igual modo, mereceu a atenção do Constituinte de 1988. Há todo um capítulo destinado às finanças públicas, com o detalhamento das funções a serem cumpridas pelas três leis que conformam o sistema orçamentário o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) - e com a previsão de um processo legislativo fortemente regrado.

Que esses dois temas não devem ser vistos com antagonismo nos dá prova o próprio texto constitucional (art. 212, por exemplo), que por mais de uma vez vinculou determinado percentual de receitas oriundas de impostos à realização de direitos fundamentais. Isso para não mencionar o aumento do número de contribuições sociais, espécies tributárias diferenciadas pela destinação específica do produto de sua arrecadação.

É justamente a partir dessas constatações que se pode construir outro cenário teórico para a compreensão do Orçamento Público.

Inicialmente, é preciso desmistificar a ideia de que as leis orçamentárias só contêm normas individuais e concretas e, por tal, só são leis em sentido formal.

O alcance do teor normativo das leis que conformam o sistema orçamentário o PPA, LDO e LOA - vem delineado pelo texto constitucional. Quaisquer dessas leis podem trazer tanto enunciados que dão base à construção de normas individuais e concretas, quanto

¹⁴⁷ IVO, Gabriel. O processo de formação da Lei Orçamentária Anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. *Anuário da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas*, Maceió, v. 02, n. 01, 2002, p. 66.

o de normas gerais e abstratas, individuais e abstratas, gerais e concretas.

A teoria geral do direito reconhece a possibilidade dessas quatro combinações. A generalidade e a individualidade, explica Paulo de Barros Carvalho, estão referidas ao quadro dos destinatários das normas, ao passo que a abstração e a concretude se relacionam com o fato descrito no antecedente.¹⁴⁸

Assim, por exemplo, as leis, que, além de veículos introdutores de normas, são também, elas mesmas, normas, classificam-se como gerais e concretas, pois possuem, em seu antecedente, um fato já ocorrido, historicamente determinado, qual seja, o desempenho da competência legislativa por parte de uma autoridade. Nada obstante isso, são gerais, porquanto seus consequentes revelam o exercício de uma conduta que se deseja ver reconhecida como tal por todos os membros da comunidade.¹⁴⁹ Essa é a norma jurídica do instrumento introdutor, que se constrói a partir da enunciação-enunciada, ou seja, das marcas que a enunciação - processo de produção dos enunciados prescritos, que se esvai no tempo e no espaço ó deixa no documento normativo.¹⁵⁰

Dá já se vê que todas as leis, pelo simples fato de sê-las, possuem uma norma do tipo geral e concreta, o que já é suficiente para desmistificar a ideia de que as leis orçamentárias somente contêm normas individuais e concretas.

Mas não é só. Agora falando de conteúdo, é possível que a lei orçamentária anual, ao fixar despesas, traga em seu bojo normas com a nota da abstração. Foi o que ocorreu no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2925-8-DF, já referido no item 2.1 deste Capítulo, em que se discutiu a constitucionalidade de um dispositivo que permitia ao Presidente da República abrir créditos suplementares ao orçamento vigente, dando outra destinação aos recursos da CIDE combustíveis. O Tribunal entendeu que tal dispositivo, inserto na Lei n.º 10.640/2003, que fixou o orçamento para o ano de 2003, trazia a nota da abstração, pois autorizava o Presidente a manipular, durante todo o ano, por meio de créditos adicionais, parte dos recursos obtidos com a CIDE combustíveis.

¹⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

¹⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39.

¹⁵⁰ Ver, a respeito, IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. [s.l]: Noeses, 2006.

definir, *a priori*, que as leis orçamentárias só possuem em seu bojo enunciados que dão base à produção de normas individuais e concretas, como se fosse algo próprio de sua ontologia. A partir dos textos veiculados por meio das leis orçamentárias é possível construir tanto normas que possuam a nota da generalidade como a da abstração.

Num segundo momento, vale a pena rever a afirmação de que as normas construídas a partir de disposições veiculadas nas leis orçamentárias só regulam a conduta do executor de despesas no modal permitido.

Como se sabe, as normas jurídicas desfrutam de homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica¹⁵¹, o que equivale dizer: elas têm a mesma estrutura lógica (antecedente e conseqüente, ligados por um operador deôntico interproposicional, não modalizado. No conseqüente, há outro conector deôntico, expresso em um dos três modais deônticos: permitido, obrigatório ou proibido.) e conteúdos (significado) diversos.

Embora a presença de um conector intraproposicional, modalizado, seja constante, pois faz parte do que se designou homogeneidade sintática, o tipo de modal deôntico não o é. Pode ele se apresentar sob quaisquer das três possibilidades. É no plano semântico que se terá a definição.

Assim, estruturalmente, não é correto afirmar que as leis orçamentárias só podem ter o modal deôntico permitido, de maneira a autorizar o gestor público a efetuar despesas, conforme sua discricionariedade. Pode haver despesas obrigatórias e outras proibidas. Tudo vai depender do conteúdo das normas construídas a partir dos enunciados prescritivos, que encontram base textual não só na lei orçamentária anual, mas também na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no Plano Plurianual e na própria Constituição Federal.¹⁵²

É evidente, por outro lado, que no caso da norma orçamentária apresentar o modal obrigatório, eventual insuficiência no ingresso de receitas ou modificação das circunstâncias fáticas poderão impedir sua concretização, pois, se não há recursos, não há como se

¹⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos Jurídicos da Incidência, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09.

¹⁵² Como explica Beclate Oliveira Silva (Dimensões da linguagem e a efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 10, n. 1186, 30 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8990>>. Acesso em: 01 ago. 2008) as normas são geralmente constituídas a partir de enunciados de diversos graus hierárquicos. Por exemplo, a norma que pune o homicídio é formada por significados construídos a partir do texto constitucional, que garante a vida, e de enunciados que punem o seu desrespeito, fixados a partir do código penal.. Assim, no caso, uma norma que fixe determinada despesa pública pode ser construída com base na Constituição, no PPA, na LDO e na lei orçamentária anual.

ão pode obrigar a realizar o impossível. Seria um sem-sentido deôntico.

Segundo explica Eduardo Mendonça, uma das principais razões para a compreensão do orçamento como simples autorização para que o Poder Público realize despesas õparece ser o receio de que a atribuição de efeitos legais típicos pudesse gerar direitos para terceiros, fazendo com que a Administração estivesse sujeita a demandas judiciais em razão dos atos de contingenciamento.õ¹⁵³ Esse receio acabou por impelir a doutrina a negar qualquer tipo vinculação do próprio Poder Público.¹⁵⁴

Ocorre que, se de um lado não há suporte normativo para afirmar, em tom peremptório, que o orçamento é simples peça autorizativa, também não há, ao menos de *lege lata*, para dizê-lo impositivo. A melhor solução parece encaminhar-se para um meio-termo entre a mera autorização e a impositividade absoluta.

A este respeito, afigura-se de grande valia a proposta de uma vinculação *prima facie* da execução orçamentária ao que fora antes programado na lei aprovada pelo Legislativo¹⁵⁵. A partir de tal vinculação, õseria possível afirmar que a execução orçamentária será, em princípio, obrigatória, mas, ao mesmo tempo, afirmar que os contingenciamentos regularmente realizados serão insuscetíveis de questionamento por eventuais beneficiários preteridosõ, desde que feitos mediante um procedimento legitimador.

Uma vinculação õ*prima facie*õ seria uma vinculação inicial, que poderia ser superada quando razões de monta jogassem em sentido inverso. Quer dizer, a Administração Pública seria obrigada a respeitar os montantes das despesas fixadas pelos órgãos de deliberação majoritária, e a realizá-las nos exatos termos previstos, a menos que surgissem circunstâncias que o impelisses a modificar o planejamento legalmente fixado. E tais circunstâncias deveriam ser abertamente expostas, acompanhadas de suas razões, o que, se não se entender exigível simplesmente por conta dos princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa, seria cabível com base nas disposições da Lei do Processo Administrativo, mormente o art. 50, I, da Lei n.º 9.784/99.

¹⁵³ MENDONÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n.º 07, jul/set, 2007, p. 311.

¹⁵⁴ MENDONÇA, Edaurdo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n.º 07, jul/set, 2007, p. 311.

¹⁵⁵ MENDONÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n.º 07, jul/set, 2007, p. 307-310.



PDF Complete
Your complimentary use period has ended.
Thank you for using PDF Complete.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

e justifica-se mais ainda quando se trata de despesas diretamente destinadas à realização de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais. É que, como já dito, tais direitos desfrutam de uma normatividade reforçada que lhes foi atribuída pelo texto constitucional. Além de estarem protegidas da ação erosiva do poder reformador (art. 60, §4º, CF), as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata e, portanto, não podem ter sua concretização postergada por simples discricionariedade administrativa, ainda mais quando já há, na lei orçamentária, a destinação de recursos para satisfazer as pretensões delas decorrentes.

A partir dessa renovada concepção, é que se analisará, a seguir, as possibilidades do controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas ligadas a direitos sociais prestacionais.

AL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Considerações de ordem geral

Não há como desconsiderar, seriamente, a correção da afirmativa de que a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais depende de recursos e, nessa medida, submete-se à reserva do possível. Aliás, toda e qualquer ação estatal envolve gastos e õessas são evidências fáticas e não teses jurídicas.¹⁵⁶

Entretanto, como já ressaltado no capítulo antecedente, a alocação de recursos no Orçamento Público não resulta de um arranjo natural das coisas, mas de decisões políticas, em grande parte condicionadas por prescrições constitucionais e legais, algumas delas consistentes na imposição constitucional de políticas públicas ligadas a direitos sociais prestacionais, inclusive com receitas vinculadas (como no caso da educação e saúde), e outras relativas a dispositivos legais que traçam determinadas políticas, concretizando o texto constitucional e impondo ao Poder Executivo a adoção de medidas concretas para a sua efetivação, medidas entre as quais se inclui, evidentemente, a alocação de recursos no Orçamento.

Ademais, as distorções verificadas nas diversas etapas do ciclo orçamentário, também abordadas no capítulo II, indicam que as leis orçamentárias, da forma como são elaboradas e executadas atualmente, não atendem totalmente aos pressupostos do que se poderia chamar de õum orçamento conforme a constituição.õ

O controle judicial das escolhas orçamentárias, portanto, legitima-se tanto pela medida da extensão dos condicionamentos jurídicos impostos à prática orçamentária, pois seu objetivo principal é justamente impor observância destes, quanto pela sua capacidade (ainda que limitada) de contribuir para a correção das distorções apontadas.

A importância de tal controle para a efetivação das políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais vem sendo sublinhada na doutrina faz certo tempo.

¹⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 03, jul./set. 2006, p. 23.

que já afirmava, em 1994, que a garantia dos direitos sociais poderia ser efetivada, quando se tratasse de garantia geral (implementação de políticas públicas), por meio do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias.¹⁵⁷

Também Andreas Krell, em texto publicado em 1999, alertava para a necessidade de controle judicial de políticas e orçamentos públicos¹⁵⁸, e, mais tarde, chamava a atenção para a circunstância de que umas das principais razões do baixo nível de qualidade da prestação serviços públicos õparece estar na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.õ¹⁵⁹

Mais recentemente, a doutrina tem procurado definir hipóteses e parâmetros mais concretos que forneçam sustentabilidade jurídica à estratégia de revisão judicial das escolhas orçamentárias e permitam superar principalmente as dificuldades de ordem operacional que a cercam.¹⁶⁰

De uma forma bem sintética, pode-se afirmar que o controle judicial das escolhas orçamentárias é estratégia que envolve a revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões dos poderes Legislativo e Executivo acerca previsão de créditos orçamentários e da execução de seus respectivas dotações, com vistas à implementação de políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais. A discussão acerca previsão de créditos para a implementação de políticas públicas nas leis orçamentárias desdobra-se, contudo, em dois importantes aspectos: a existência de créditos orçamentários e a quantidade de recursos investidos.

Algumas dessas estratégias operam antes da entrada em vigor da lei orçamentária (controle preventivo do orçamento), durante a sua execução (controle concomitante) e,

¹⁵⁷ 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. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

¹⁵⁸ KRELL, Andreas. Realização dos Direitos Sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 251-254.

¹⁵⁹ KREEL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional õcomparadoõ*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 99.

¹⁶⁰ Conferir, a respeito, as importantes contribuições de BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 03, p. 14-54, jul./set. 2006; BARROS, Marcos Aurélio de. *Miradas sobre o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: dos precedentes judiciais à teoria*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2007, e MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 mar. 2007.

s¹⁶¹, também depois da expirada a vigência da lei orçamentária (controle repressivo).

Além do controle judicial destinado, de modo direto, à implementação dos direitos sociais prestacionais, é possível cogitar-se também de estratégias, não menos importantes, que atinjam apenas indiretamente esse objetivo. Nesse contexto, assumem especial destaque as hipóteses em que se almeja judicialmente obter dos poderes públicos informações sobre o destino dado aos recursos previstos no Orçamento e bem assim acerca do atingimento ou não das metas que a própria Administração definiu para si. Trata-se, como se pode perceber, de hipótese de controle que põe seu foco não necessariamente nas questões que envolvem os direitos sociais prestacionais, mas sim no direito à informação e no direito a uma administração proba e eficaz, conectados àqueles a partir de uma perspectiva de integração entre os diversos direitos fundamentais.

3.2 O controle acerca da inclusão de créditos orçamentários destinados à implementação de políticas públicas ligadas a direitos sociais prestacionais e ainda não contempladas nas leis orçamentárias.

Neste tópico, discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar sejam alocados recursos na lei orçamentária, de vigência atual ou futura, para a concretização de uma política pública ligada a direitos sociais prestacionais que não foi contemplada por créditos orçamentários no exercício financeiro em curso.

Tal política pode (i) já estar concretizada em nível legal, mas ainda sem recursos destinados pela lei orçamentária em vigor para sua implementação; ou pode (ii) não contar ainda com previsão legal quanto ao seu delineamento e também não ter tido recursos alocados. Na última hipótese, a exigibilidade dessa política há de derivar unicamente da Constituição.

Em ambos os casos, tem-se uma hipótese de controle médio ou forte do Poder Judiciário em relação às atividades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, pois aí há uma colisão em que jogam, de um lado, o direito fundamental social a ser concretizado mediante a alocação dos recursos na lei orçamentária, e, de outro, os princípios formais da legalidade financeira (em alguns casos) e da reserva de competência do Administrador (sempre).

¹⁶¹ COMPARATTO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258-259

dem contar com uma solução formatada *a priori*, mas somente podem ser resolvidos tendo em vista as circunstâncias concretas do caso em que se apresentam, mediante o recurso ao método da ponderação, o que não torna inútil, evidentemente, a elaboração de parâmetros que possam servir para dar maior previsibilidade e consistência às decisões judiciais a serem tomadas.

Quando estiver em discussão a necessidade de inclusão de recursos para uma política pública que não foi contemplada na lei orçamentária, o Poder Judiciário, antes de mais nada, necessita identificar hipótese de uma *grave omissão* do Poder Executivo, que, apesar de estar vinculado à realização dos direitos fundamentais, não reservou na lei orçamentária recursos para fazer frente à efetivação da política pública discutida.

Essa grave omissão traduz-se num estado de *inércia injustificada* do Poder Público. Não há como, *a priori*, definir em quais e tais situações se configurará esse estado de inércia injustificada. Defende-se, aqui, a adoção de um modelo argumentativo, com base no qual somente em meio ao debate judicial, argumentativamente formatado, é que será possível aferir se a omissão é, de fato, grave e injustificada, ou se, ao contrário, a não-inclusão de verbas no orçamento público para efetivar políticas públicas se inclui dentro dos limites das margens de ação do Administrador.

Quando se tratarem de políticas públicas já traçadas legalmente, o Poder Judiciário na maioria das vezes ficará dispensado de discutir a extensão da prestação que se pretende fornecer com o desenvolvimento da ação governamental, o que lhe poupará um enorme esforço e permite enquadrar o controle feito em hipóteses assim como de média intensidade.

Mais problemática revela-se a questão quando se tratar de política pública cuja obrigatoriedade pretende-se extrair diretamente do texto constitucional. A dificuldade, aí, reside justamente em precisar o alcance, a extensão das prestações materiais que se pretende fornecer. É que o texto constitucional brasileiro, por mais analítico que seja, não chegou a precisar, para todos os direitos fundamentais sociais, quais são as prestações que se entende exigíveis.

Por exemplo: o direito à saúde envolve o desenvolvimento de políticas públicas que viabilizem o fornecimento de tratamentos experimentais e, por tal, de eficácia ainda não comprovada? O texto constitucional não fornece uma resposta clara.

controle de forte intensidade. E um controle desse tipo deverá ser feito tanto quanto maior for (a) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro sobre a matéria discutida; (b) a evidência do equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo e Executivo; (c) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido e (d) a importância do bem juridicamente protegido.¹⁶²

A decisão judicial a ser proferida em casos assim necessita assumir com força ainda maior um ônus argumentativo e de justificação, não sendo suficiente a mera invocação de princípios constitucionais, por mais relevantes que eles sejam (com o é o caso do princípio da dignidade humana).

Será preciso delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental invocado e justificar a essencialidade da elaboração de uma política pública para satisfazê-lo, tomando por base os aspectos normativos e fáticos envolvidos.

Tanto no caso de já existir política pública traçada legalmente, quanto no caso de política exigida unicamente com base na Constituição, as consequências, tanto da inclusão quanto da não inclusão de créditos orçamentários, terão de ser avaliadas, não apenas sob o ponto de vista econômico, mas também social.

O debate judicial deverá levar em conta quais as prováveis consequências do não atendimento à política exigida, considerando o grau de restrição ao direito fundamental em jogo.

Também as consequências econômicas, em termos de impacto financeiro gerado no orçamento, deverão ser analisadas. Afinal, como o orçamento é um sistema de vasos comunicantes, aplicar em determinada área importa decidir não aplicar em outra. E isso também deve ser levado em conta.

Satisfeitas as condições acima apontadas, e constatada a omissão, deverá o ente público (Estado, Município ou União) ser condenado a incluir no próximo orçamento, ou, se extremamente urgente a execução da política pública discutida, no orçamento em execução, recursos suficientes para o seu atendimento.

O mais adequado é que seja feito o controle preventivo, de modo a possibilitar a inclusão dos recursos na lei orçamentária do exercício seguinte. Esse modo de proceder

¹⁶² Esses parâmetros são fornecidos por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Constitucionalmente prevista (art. 167, CF) e possibilita à Administração planejar a melhor forma de captação dos recursos necessários. Do contrário, quando a inércia dos órgãos executores soma-se à inércia dos órgãos encarregados de fiscalização, comumente se cria situação de urgência e a intervenção judicial no orçamento terá de ser feita concomitantemente à sua execução.

Nesse último caso, nem sempre será necessário quebrar a legalidade orçamentária. Tratando-se de situação urgente, o Poder Executivo poderá lançar mão de recursos da reserva de contingência (art. 5º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal), cuja utilização já vem previamente autorizada na lei de diretrizes orçamentárias¹⁶³, ou, se o caso justificar, abrir créditos extraordinários por meio de Medida Provisória, apenas para fazer face à necessidade de desembolsar imediatamente recursos. Cessada a situação de urgência e excepcionalidade, em se tratando de despesa de caráter continuado, deverá o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que tome as providências para inclusão de verbas no projeto de orçamento do ano seguinte e bem assim para a inclusão do programa no Plano Plurianual, para, agora em situação de normalidade, dar continuidade à política pública discutida judicialmente.

O controle judicial de políticas públicas por meio da imposição de alocação de recursos na lei orçamentária já foi estratégia utilizada judicialmente, com sucesso, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em caso que envolvia a implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, cuja obrigatoriedade derivava de normas constitucionais (por meio da conexão dessa política com o direito à saúde), do Estatuto da Criança e do Adolescente e mais precisamente de política pública já aprovada pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, por meio de Resolução Normativa.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que, deixando de lado sua orientação mais ortodoxa em relação à impossibilidade de o Poder Judiciário controlar o *ôméritoô* das

¹⁶³ O art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que a reserva de contingência, cuja forma de utilização e montantes devem ser definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, é destinada ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos. MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 1 mar. 2007; e APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2009, p. 169-170, defendem a utilização dessa reserva para as hipóteses em que for determinada inclusão de créditos orçamentários para políticas ainda não contempladas. O art. 5º da Lei n.º 6974/2008, que institui as diretrizes para a elaboração do orçamento do Estado de Alagoas para o exercício financeiro 2009, previu que a reserva de contingência contará com recursos da ordem de 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

terminar a inclusão, no orçamento do ano seguinte, de verba necessária à execução da política específica.¹⁶⁴

Na ementa do julgado, o Tribunal deixou assentado que ãNa 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, da ser juridicamente possível a concessão de tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas, tornadas obrigatórias por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Tem-se, aí, um bom exemplo de controle judicial exitoso, porque, de uma só vez, garantiu o cumprimento de política da mais alta importância (lembre-se que a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes é tida pelo no art. 227 do texto constitucional como de prioridade absoluta), deu ênfase à importância das deliberações feitas no âmbito dos conselhos gestores (a política, além de baseada na Constituição e no ECA, fora delineada em resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente) e ainda preservou a legalidade financeira, ao determinar a inclusão de verba no orçamento seguinte.

3.3 O controle da quantidade de recursos destinados à implementação de políticas públicas já contempladas por créditos previstos no orçamento.

Nesse segundo grupo de hipóteses, cogita-se da possibilidade de controlar o volume de recursos destinados à determinada política pública, o que pode ter lugar antes, durante e depois da vigência da lei orçamentária.

Tal estratégia pode ser utilizada tanto para o controle da observância das regras de vinculação constitucional de receitas a determinadas despesas, independentemente de qualquer consideração acerca da suficiência ou não dos recursos já alocados para essas áreas; quanto para o controle relativo às situações em que, independentemente de haver ou não vinculação, o montante alocado seja insuficiente para satisfazer, de forma adequada e igualitária, os direitos atendidos por meio da política questionada judicialmente.

A Constituição Federal de 1988, como já se referiu de passagem (item 2.5), vinculou percentuais mínimos de determinadas receitas oriundas de impostos ao desenvolvimento e manutenção das ações relativas à educação (art. 212) e à saúde (art. 198, parágrafo 2º c/c art.

¹⁶⁴ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 11/11/2003, DJ 15/3/2004, p. 236.

rias contribuições sociais, espécie tributária caracterizada justamente pela vinculação de suas receitas, cuja arrecadação é destinada ao custeio da seguridade social (o que inclui, além da previdência, a saúde e a assistência social).

Então, numa primeira situação, nada obsta que seja verificado por meio de ação judicial de prestação de contas se os recursos alocados na lei orçamentária correspondem, efetivamente, àquele montante que seria devido em virtude da vinculação de receitas.

Aqui, a construção do parâmetro de controle é bastante simples e objetiva, pois bastam duas operações: apurar qual a previsão de recursos correspondente aos percentuais referidos pela Constituição e à arrecadação das contribuições sociais e verificar se tais recursos efetivamente estão alocados na lei orçamentária às políticas públicas relativas à manutenção e desenvolvimento de ações de ensino e saúde.

As dificuldades, todavia, poderão residir na obtenção de informações precisas¹⁶⁵, devido à opacidade informacional que cerca o ciclo orçamentário.

É verdade que nessa fase de alocação de recursos na lei orçamentária essas vinculações não são desrespeitadas, o que é mais provável de ocorrer na fase de execução.

Contudo, é importante verificar o que as leis orçamentárias consideram como sendo despesas ligadas à educação e à saúde, a fim de evitar o dimensionamento equivocado do volume de recursos.

Recorde-se o caso retratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45¹⁶⁶. Nessa ação, discutiu-se se o veto do Presidente da República ao projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2003 (Lei n.º 10.707/2003).

O projeto de lei de diretrizes orçamentárias aprovado pelo Congresso Nacional para aquele ano definia, em seu art. 55, parágrafo segundo (depois renumerado para o art. 59, parágrafo segundo), que para efeito do cálculo dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde,

¹⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50>. Acesso em: 1 de mar. 2007, p. 18.

¹⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, ADPF n.º 45, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática proferida em 29 de abril de 2004.

Como ações e serviços públicos de saúde a totalidade de dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários, serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério da Saúde financiada com recursos do Fundo de Combate e erradicação de pobreza.

Contudo, tal disposição, que já constava das leis de diretrizes orçamentárias de exercício anteriores, foi vetada pelo Presidente da República, por recomendação do Ministério do Planejamento. Da mensagem de veto, constava que

a exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate à Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez de recursos disponíveis, o que contraria o interesse público.

O PSDB propôs, então, a ADPF, alegando que o veto feria o preceito fundamental previsto no art. 198 da parte permanente c/c art. 77 do ADCT da Constituição Federal, ao reduzir consideravelmente o montante de recursos mínimos de aplicação obrigatória em serviços e ações de saúde.

O mérito dessa ADPF não chegou a ser julgado, pois o dispositivo vetado acabou sendo encaminhado pela Presidência, sob a forma de projeto de lei, para o Congresso, que o aprovou. Com isso, a ação teve seu julgamento prejudicado.

De qualquer forma, o caso é interessante por chamar a atenção para a necessidade de controlar o que as leis de diretrizes orçamentárias definem como dotações relativas a ações ou serviços públicos de saúde e de educação, pois essa definição repercute diretamente no montante de recursos a serem previstos na lei orçamentária.

O controle do volume de recursos pode ainda alcançar situações mais complexas, como a construção de relações de prioridades¹⁶⁷ entre os diferentes tipos de gastos públicos, ou ainda servir para aferir se a obrigação de satisfazer de modo progressivo os direitos sociais prestacionais está sendo cumprida.

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 38.

nto de prioridades, pode-se imaginar situações em que determinada política pública já traçada e em andamento tem sua implementação dificultada pelo fato de que o volume de recursos alocados na lei orçamentária é insuficiente para tanto, gerando, inclusive, desigualdade entre os destinatários dessa política pública.

Imagine-se também que os insuficientes recursos destinados para determinado programa de ação ligado a direitos sociais prestacionais convivem, no mesmo orçamento, com uma quantidade razoável de dotações ligadas a áreas que, comparadas a essa política pública, não são prioritárias (publicidade governamental¹⁶⁸ ou shows populares, por exemplo¹⁶⁹)

Com base nessa constatação, seria possível ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo reforçasse as dotações destinadas à política pública cujos recursos foram orçados de maneira insuficiente?

Embora a viabilização de um controle desse tipo exija um esforço de justificação importante¹⁷⁰, não se pode concluir que ele seja, em tese, incabível.

Com efeito, em que pesem as margens de ação do Poder Executivo e do Poder Legislativo na apreciação daquelas ações que devam merecer mais ou menos recursos, é possível construir, objetivamente, com base na Constituição, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes¹⁷¹, uma relação de prioridades entre as ações governamentais. E essa ordem de prioridades deve estar refletida no arranjo das despesas estatais, previstas no Orçamento.

Também aqui haverá uma colisão em que deverão ser sopesados, de um lado, o direito social prestacional viabilizado por meio da política pública discutida e o direito a igual tratamento que ostentam todos os potenciais destinatários do programa governamental, e, de

¹⁶⁸ É bastante comum a existência de substanciosas verbas orçamentárias para a área de publicidade, havendo inclusive projeto de lei em tramitação no Congresso que objetiva fixar limites de gastos para essa área.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 39, notícia que o Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou ação por improbidade administrativa contra as autoridades municipais do Município de Campos dos Goytacazes por conta do excesso de gastos públicos em eventos culturais. No período de dois anos, a Prefeitura da cidade organizou mais de 150 shows, numa média de três shows por fim de semana. Além de acusações de superfaturamento, o Ministério Público argumentou que os vultosos gastos nessa área não se repetem em outros setores de atuação obrigatória do Poder Público, o que violaria a razoabilidade.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 39.

¹⁷¹ E isso se afirma, a despeito da constatação feita no Capítulo 2, item 2.2, acerca de algumas inconsistências do PPA. Pode haver, contudo, disposições nessas leis que sirvam para construir algum índice objetivo de controle das leis orçamentárias.

Administrador (discricionariedade, sempre afetada) e a legalidade orçamentária (nem sempre afetada).

Para resolvê-la, deve-se recorrer aos mesmos parâmetros apontados no item 3.2, levando em conta: (a) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro sobre a matéria discutida; (b) a evidência do equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo e Executivo; (c) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido e (d) a importância do bem juridicamente protegido.

Lembre-se que a exaustão orçamentária, longe de representar um fato da natureza, significa apenas não que há recursos suficientes para aquela determinada esfera de programação orçamentária, havendo, outrossim, recursos para outras áreas.

Caso se conclua que não é sustentável juridicamente que o Orçamento reserve apenas aquele volume de recursos para uma política pública prioritária, deve o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que adote as providências necessárias para reforçar tais dotações.

Mais uma vez aqui nem sempre será necessário romper com a legalidade orçamentária.

Lembre-se que se está diante de política pública cujas receitas já estão previstas no orçamento. Para situações em que já há previsão orçamentária, mas as mesmas se revelam insuficientes, existe a técnica orçamentária de retificação das programações iniciais por meio da abertura de créditos suplementares (uma das espécies dos créditos adicionais).

Seria o caso, então, do Poder Executivo providenciar a abertura de créditos suplementares (controle concomitante), o que, se feito dentro dos limites previstos na lei de diretrizes orçamentárias, que previamente autoriza a abertura de créditos suplementares até determinados limites¹⁷², dispensa autorização legislativa.

Os recursos para abertura de créditos suplementares podem ser provenientes das seguintes situações: (a) superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício

¹⁷² De acordo com o art. 8º da Lei n.º Lei n.º 6974/2008, que institui as diretrizes para a elaboração do orçamento do Estado de Alagoas para o exercício financeiro 2009, o limite previamente autorizado para a abertura de créditos suplementares corresponde a 15% do total da despesas.

; (c) anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais; (e) operações de crédito.¹⁷³

Não convém, contudo, que o Poder Judiciário determine exatamente de onde deve o Poder Executivo retirar os recursos necessários para fazer face à nova despesa, pois quem tem melhores condições de decidir a respeito é a própria Administração.¹⁷⁴

Todavia, para evitar que a inclusão de uma política relativa de direitos sociais prestacionais repercuta na retirada de recursos de outra política também relativa a direitos sociais, deverá o Poder Judiciário proibir que sejam anuladas dotações orçamentárias relativas a despesas já vinculadas à concretização de direitos fundamentais, isso para o caso de o Executivo optar pela anulação de certas dotações para atender a decisão judicial.

Em relação à possibilidade de controle do montante de recursos a partir da obrigação de realização progressiva dos direitos sociais prestacionais, assumida pelo Estado Brasileiro ao assinar o Pacto dos Direitos Sociais, econômicos e Culturais (PIDESC), a análise da evolução das despesas em uma mesma área em exercícios financeiros sucessivos pode ser útil para fornecer critérios para decisão.

Segundo Comparato, os investimentos em saneamento básico, política intrinsecamente ligada à saúde pública, oscilaram de maneira inexplicável durante a gestão presidencial de 1995 a 2001. A quantidade de recursos subiu de 1995 a 1997 e encolheu bruscamente em 1998, voltando a subir ligeiramente no exercício seguinte e desabando para menos de 1/3 em 2000 (de quase 1,6 bilhões para 480 milhões de reais). Para o exercício de 2001, foram triplicados os recursos investidos.

Isso não quer necessariamente dizer que nos anos em que se investiu pouco o grau de progressividade na realização do direito social prestacional tenha se reduzido. Pode acontecer que, em virtude de um grande aporte de investimento nos exercícios financeiros anteriores, em determinado exercício financeiro a progressão daquele padrão já alcançado exija menos recursos.

¹⁷³ SABBAG, Eduardo. Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millenium, 2007, p. 82.

¹⁷⁴ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 de mar. 2007.

edução de recursos de um exercício financeiro para outro nem sempre serve como critério para controlar a adequação ou não do volume de recursos investidos, embora possa a análise da evolução dos investimentos servir como estratégia de exigibilidade indireta dos direitos sociais prestacionais, consistente no controle acerca do atingimento das metas fixadas pelo próprio Poder Público.

3.4 O controle judicial da execução orçamentária

Essa estratégia de controle tem lugar quando, apesar de já estarem previstos recursos considerados suficientes na lei orçamentária, determinada política pública tem sua adequada implementação frustrada em virtude da não liberação das dotações. Não se está diante de problemas de overbaõ, e, portanto, o controle judicial que porventura se dê em casos assim não implicará de forma alguma quebra da legalidade orçamentária, pois se trata de exigir a execução de despesas nos exatos termos já consignados na lei orçamentária anual.

A não liberação de recursos previstos no orçamento pode ter como fato motivador (a) problemas de dinheiro, decorrentes da insuficiência da arrecadação prevista; (b) problemas técnicos que dificultam o fornecimento da prestação exigida pelo direito fundamental em questão; (c) exercício do poder discricionário administrativo no contingenciamento de recursos.¹⁷⁵

Os termos e a intensidade do controle judicial vão depender do fato motivador da não-liberação.

Quando houver problema de insuficiência da arrecadação, o controle judicial pode não repercutir em qualquer revisão das escolhas orçamentárias. Afinal, o Poder Executivo estará diante de uma circunstância que justifica a não-liberação das dotações orçamentárias previstas. Vale pontuar, porém, que a insuficiência de arrecadação é uma questão de fato e, sob o aspecto processual, funciona como fato impeditivo da realização do direito viabilizado por meio de determinada política pública. Daí que é ônus do Poder Público provar sua ocorrência, conforme determina o art. 333, II, do Código de Processo Civil.

De qualquer forma, mesmo num contexto de insuficiência de arrecadação, se a prestação demandada for muito urgente e relevante e houver recursos disponíveis para outras

¹⁷⁵ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 mar. 2007.

a questão das prioridades. Cabem, então, as mesmas considerações feitas no item anterior, no que diz respeito a construir alguns parâmetros objetivos para a aferição das prioridades a serem atendidas, notadamente a partir do texto constitucional, do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Já quando a hipótese for de problemas técnicos, a revisão das escolhas orçamentárias deve se dar com mais cautela, em respeito às margens empíricas do Administrador.¹⁷⁶

Problemas técnicos podem ocorrer se, apesar da previsão de recursos suficientes, a Administração ainda não contar com um meio tecnicamente adequado para fornecer o serviço ou a prestação. Assim, até que esses meios sejam desenvolvidos, justifica-se a não-liberação das dotações inicialmente previstas.

Evidentemente, pode-se contestar se já não há outro meio disponível ou se a Administração tem envidado esforços para viabilizar a prestação. Contudo, aí já entraram em jogo outros aspectos que não apenas o da disponibilidade de dinheiro.

Nesse grupo de situações que envolve o controle judicial acerca da não liberação das dotações, assume especial relevo a discussão acerca dos atos de contingenciamento de recursos baseados simplesmente na discricionariedade administrativa. E essa relevância se justifica em decorrência da maneira frequente com que esse fato tem ocorrido, consoante já apontado no item 2.3 desta dissertação.

O controle judicial dos atos administrativos que contingenciam recursos tem lugar concomitantemente à execução da própria peça orçamentária ou em momento posterior. Seu objetivo é avaliar a sustentabilidade jurídica do ato discricionário de contingenciamento.

De notar-se que, ão raro, os atos de contingenciamento de recursos são justificados com argumentos genéricos, tais como a necessidade de racionalização e otimização da gestão pública.¹⁷⁷

Assim, tomando por pressuposto que o ato de contingenciamento deve ser algo excepcional no contexto da execução orçamentária, o juiz irá analisar se o contingenciamento das dotações é ou não sustentável em face de cada situação concreta. Não sendo, deverá

¹⁷⁶ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em:01 mar. 2007.

os recursos, tal como determinado na programação orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo.

A viabilidade desse tipo de estratégia judicial de revisão das escolhas orçamentárias está intimamente ligada com a mudança acerca da concepção meramente autorizativa do orçamento público.

Com efeito, a permanecer a idéia que as despesas fixadas no orçamento podem ou não ser executadas ao arbítrio do Poder Executivo, não faz o menor sentido falar em controle judicial nessa fase.

Exige-se, pois, consoante já demonstrado, a consideração do Orçamento Público como um conjunto de decisões que vinculam, *prima facie*, o Administrador, o qual somente poderá deixar de concretizar as escolhas orçamentárias aprovadas pelo Legislativo - a maior parte delas, diga-se de passagem, consistentes em escolhas que o próprio Executivo fez quando da apresentação do projeto de lei orçamentária ó se houver fundadas razões para tanto.

No que diz respeito às dotações ligadas a direitos fundamentais (aí incluídos, é óbvio, os direitos sociais prestacionais), a vinculação *prima facie* revela-se ainda mais evidente, uma vez que o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000, ao dispor sobre o contingenciamento de recursos com vistas a cumprir as metas fiscais, deixa a salvo, em seu §2º, as obrigações constitucionais e legais do ente, em meio às quais, sem dúvida alguma, inclui-se o atendimento aos direitos sociais prestacionais, principalmente nas áreas relativas à saúde e educação, que possuem um percentual mínimo de recursos a ser necessariamente aplicados.

A propósito, o controle judicial a ser feito nessa fase de execução das despesas deve também se prestar à fiscalização acerca da efetiva aplicação dos recursos cujas receitas são vinculadas ao atendimento de determinada finalidade, para assim evitar o desvio dos mesmos para outras áreas de programação financeira.

Para possibilitar o controle concomitante da execução orçamentária, o Ministério Público, a Defensoria Pública e demais legitimados para a propositura das ações que envolvam tal discussão devem acompanhar a programação de desembolso das dotações orçamentárias e necessitam ter informações sobre a efetiva liberação dos recursos.

¹⁷⁷ SABBAG, Eduardo. Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millenium, 2007, p. 166.

Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), no prazo de até trinta dias depois da publicação dos orçamentos, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso, segundo critérios definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É preciso, portanto, estar atento ao cumprimento desse cronograma.

Na hipótese de controle repressivo, ou seja, feito depois de encerrada a execução orçamentária naquele exercício financeiro, ainda assim poderá ser imposta judicialmente a efetivação da despesa, mas no exercício financeiro seguinte, ao menos para aquelas hipóteses de recursos legalmente vinculados a finalidade específica - e aí deve-se entender o advérbio *õlegalmenteõ* em sentido amplo, para incluir também as vinculações constitucionais. É que o art. 8º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que *õos recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício financeiro diverso daquele em que ocorrer o ingresso.õ*

Já de acordo com a opinião de Comparato, que se entende adequada aos casos que não puderem ser inseridos na previsão do art. 8º, §2º, acima citado, caberia demanda judicial para obter ressarcimento dos danos sociais causados pelo descumprimento das normas relativas aos orçamentos de exercícios financeiros já findos. O dano a ser ressarcido, aqui, corresponderia ao montante das despesas incluídas no orçamento, mas não liberadas no curso do respectivo exercício financeiro.

Como a execução da despesa pública no Brasil, apesar do regramento legislativo existente tanto no texto constitucional como na legislação infraconstitucional, notadamente a Lei de Responsabilidade Fiscal, é pouco transparente¹⁷⁸, não será difícil antever dificuldades na obtenção de dados para subsidiar a propositura de ações judiciais destinadas a obrigar o Poder Executivo a efetivar as despesas previstas na LOA.

No âmbito extrajudicial, será de grande valia a requisição de informações e documentos por parte do Ministério Público, em sede de Inquérito Civil Público. Quando tal

¹⁷⁸ A falta de transparência na fase de execução é afirmada, aqui, sob um ponto de vista substancial. Ainda que sejam publicados os relatórios bimestrais de execução exigidos pelo art. 165, §3º, da Constituição Federal, não há detalhamento suficiente das despesas, que são agrupadas por rubricas demasiadamente genéricas. Uma solução para esse problema, segundo Eduardo Mendonça, passaria por uma releitura do princípio da especialidade orçamentária na elaboração da lei orçamentária. cf. MENDONÇA, EDUARDO. MENDONÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 305-306.

te, a saída é ingressar com uma demanda judicial de prestação de contas, a fim de que o Poder Público demonstre onde está aplicando os recursos.

3.5 Estratégias de exigibilidade indireta

Há, entre alguns direitos fundamentais, uma espécie de sinergia que permite que a tutela de uns favoreça, ainda que indiretamente, a efetivação de outros. E é justamente por meio da utilização dessa sinergia que se vislumbram possibilidades de, por meio da exigibilidade judicial de outros direitos, fomentar as condições para a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Diz-se, portanto, que são estratégias indiretas de exigibilidade das políticas públicas relativas a direitos sociais prestacionais algumas hipóteses de controle judicial em que não são questionadas, diretamente, as escolhas orçamentárias, mas sim alguns aspectos relativos à necessidade de transparência dos recursos e ao mínimo de eficácia que se espera no emprego das dotações orçamentárias.

Nesse contexto, assume especial relevo o direito à informação, o qual, a par de ter um valor próprio, como direito fundamental que é, serve de instrumento ou condição para o exercício de outros direitos fundamentais e também viabiliza o exercício da cidadania, enquanto instância de controle dos poderes públicos.¹⁷⁹

No caso específico do controle das políticas públicas por meio da revisão judicial das escolhas orçamentárias, duas estratégias indiretas que poderiam ser utilizadas são as que dizem respeito ao controle do atingimento das metas fixadas pelo próprio Poder Público e ao controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.

Na hipótese do controle relativo ao atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio poder público não se discute a adequação das metas fixadas, nem tampouco se pretende punir o administrador que não atingiu as metas por ele mesmo fixadas por sua administração. Visa-se, isto sim, à obtenção das informações necessárias para fomentar o debate público e social acerca do orçamento.¹⁸⁰

¹⁷⁹ ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002, p. 235.

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p 41.

o Poder Executivo é imposto o dever de formular um plano de governo, com as metas da ação administrativa (art. 84, XI, CF/88). Além disso, deve também prestar contas, anualmente, contas do exercício anterior (art. 84, XXIV).

Todavia, muitas das vezes as metas estabelecidas no plano de ação governamental são colocadas de forma genérica e apartadas de qualquer parâmetro mais concreto que permita aferir, com um desejável grau de objetividade, se tais metas traçadas foram ou não atingidas e em que medida, o que dificulta o adequado exercício do controle social que deve recair sobre a matéria.

Já se ressaltou, por outro lado, que o orçamento possui algumas zonas de opacidade informacional que dificultam sua avaliação político-social. Em diversos orçamentos, são aprovadas verbas gerais com significação pouco nítida. Em outros, faz-se constar numa listagem de temas a identificação das políticas a serem desenvolvidas. Os relatórios de execução são, em geral, pouco reveladores, pois trazem as despesas associadas a rubricas bem genéricas, como encargos sociais, ou então a determinado órgão público, sem divisar o que foi gasto em sua atividade fim ou com outras despesas.¹⁸¹

Num cenário assim, poder-se-ia cogitar da propositura de uma ação judicial cujo pedido se limitasse ao fornecimento das informações necessárias à avaliação das metas de governo pela esfera pública e à exposição das justificativas dadas pelo próprio Poder Executivo acerca do cumprimento ou não das mesmas.¹⁸²

Com isso seria possível alcançar uma maior racionalização da gestão das políticas públicas e incrementar o grau de responsabilidade política e social (*accountability*), de modo a fornecer subsídios mais consistentes para o debate e controle sociais.¹⁸³

No que diz respeito ao controle da eficiência mínima na aplicação de recursos, novamente se buscaria, a partir do direito à informação, obter dados que permitissem avaliar se os recursos empregados pelo governo o foram de maneira minimamente eficaz, sob o ponto

¹⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50>. Acesso em: 01 mar. 2007.

¹⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p 42-43.

¹⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 43.

o obtidas pelas vias administrativas, tais informações poderiam ser demandadas em sede de ação de prestação de contas.

Verificado que os recursos públicos foram aplicados de forma manifestamente ineficaz, partir-se-ia, num segundo momento, para a imposição das sanções cabíveis, notadamente aquelas previstas na lei de improbidade administrativa.

A formulação dessas duas estratégias indiretas, é bom ressaltar, não expressam desconhecimento dos mecanismos institucionais de controle orçamentário, tanto por meio das controladorias internas de cada poder, quanto àquele exercido externamente pelo Poder Legislativo, com o apoio do Tribunal de Contas¹⁸⁴. O que elas buscam é justamente operar nas hipóteses em que esses controles não se mostrem capazes de fornecer subsídios para o controle social.

3.6 Instrumentos processuais e tutelas adequadas

A viabilização, em termos processuais, das estratégias diretas de controle judicial das escolhas orçamentárias exigirá, no mais das vezes, a propositura de ação civil pública.

Isso porque, ter-se-á, por um lado, questões relativas a políticas públicas ligadas aos direitos sociais prestacionais (interesses transindividuais), e, por outro, demandas que normalmente envolvem condenação em obrigação de fazer ou não fazer. A junção desses dois elementos é o que torna a ação civil pública o instrumento processual mais adequado ao controle judicial das escolhas orçamentárias.

As ações destinadas controle concentrado de constitucionalidade revelam pouco interesse para as situações projetadas aqui, uma vez que a maioria das estratégias diretas de controle das escolhas orçamentárias tem por objetivo primordial obter uma decisão judicial que importe na obrigação do ente federado em fazer (incluir verbas no orçamento, reforçar dotações já existentes) ou não-fazer (não contingenciar recursos), e nas ações de controle concentrado de normas não é viável um provimento jurisdicional desse tipo.

¹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 3, jul./set. 2006, p. 48-49, argumenta que o controle feito pelos Tribunais de Contas, apesar de que deveriam se pautar também por outros critérios, ficam muitas vezes restritos à verificação da legalidade estrita das contas públicas. Além do mais, sua estrutura e a forma de nomeação de seus membros não garantem uma análise descomprometida com a política partidária.

esse relativa ao controle das normas que definem o que se entende por ações e serviços de saúde e ações de manutenção e desenvolvimento de ensino, para fins de avaliar o atendimento às vinculações constitucionais, e daquelas outras que de qualquer forma interfiram na conformação das outras receitas vinculadas (contribuições sociais, por exemplo). Como já foi visto no item 3.3, a definição legal desses conceitos tem relação direta com a quantidade de recursos que serão destinados ao atendimento das políticas públicas da seguridade social e da educação.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal ainda mantém entendimento majoritário no sentido da impossibilidade de submissão de normas orçamentárias ao controle de constitucionalidade por meio das Ações Diretas (ADI, ADC e ADI por omissão), por não vislumbrar a presença, nessas normas, dos requisitos de abstração e generalidade próprios dos atos normativos, o instrumento processual que se vislumbra adequado à discussão em sede de controle concentrado de constitucionalidade é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a qual, inclusive, já fora admitida como meio idôneo para o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, por ocasião do julgamento da ADPF n.º 45 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Aplica-se, em parte, o que se afirmou acerca da pouca utilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade para a implementação das políticas públicas por meio da revisão judicial do orçamento, à ação popular e à ação por improbidade administrativa.

É que, enquanto em uma o pedido principal a ser veiculado é o de anulação de determinado ato lesivo ao patrimônio público (*lato sensu*), na outra se busca primordialmente a condenação da autoridade administrativa nas sanções administrativas e cíveis pertinentes. Assim, sua utilidade estaria restrita apenas à anulação de determinado ato administrativo que determinasse grande quantidade de recursos para uma rubrica não prioritária, por exemplo, quando se verificasse ter havido desvio de finalidade. Mas a decisão proferida, repita-se, não submeteria o Poder Público ao cumprimento da mais importante de suas obrigações em matéria direitos sociais prestacionais: a obrigação de implementar/executar políticas públicas.

Agora tratando das tutelas adequadas às estratégias judiciais de controle discutidas neste capítulo, tem-se que a mais apropriada é, sem dúvida, a tutela inibitória.

Explica que a tutela inibitória é uma técnica processual destinada a impedir a prática, a repetição e a continuação de um ilícito¹⁸⁵. Justamente por conta dessa sua aptidão para impedir ou ao menos fazer cessar a ocorrência de um ilícito é que a tutela inibitória mostra-se como instrumento essencial à função jurisdicional e à proteção dos direitos fundamentais, por permitir sua tutela específica, e não somente uma resposta jurisdicional nos moldes tradicionais (ressarcimento).

Sua previsão normativa, em sede de processo coletivo, encontra-se no art. 84 do Código de Defesa de Consumidor¹⁸⁶, e significa a concretização, na legislação ordinária, da garantia da inafastabilidade da proteção judicial dos direitos, positivada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Ainda segundo Luiz Guilherme Marinoni, como a tutela inibitória destina-se a impedir a consumação e/ou a repetição de um ilícito, ela se volta para o futuro, e não propriamente para o passado. Isso, contudo, é relativizado nos casos de inibitória voltada a impedir a repetição ou a continuação de um ilícito, pois nesses casos, o juiz, voltando-se para o passado, pode melhor avaliar a probabilidade de repetição do ato contrário ao direito.¹⁸⁷

Vê-se, portanto, que a tutela inibitória é a mais adequada a todos os casos que envolvem o controle judicial das escolhas orçamentárias. Com efeito, ao determinar a inclusão de determinado crédito na lei orçamentária do exercício financeiro seguinte, o juiz estará impedindo a consumação e/ou a repetição de um ilícito (injustificada omissão estatal na implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais). Assim também quando emitir ordem judicial determinando que a administração reforce determinada dotação ou se abstenha de contingenciar recursos de áreas consideradas prioritárias.

Até mesmo na hipótese cogitada por Fábio Konder Comparato, de tutela ressarcitória dos danos causados pela não realização de despesas relativas às políticas públicas em determinado exercício financeiro¹⁸⁸, pode-se vislumbrar ser o caso, na verdade, de tutela inibitória, pois o que estará pretendendo, na verdade, é impedir a continuação do ilícito.

¹⁸⁵ Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito, p. 01. Disponível em: Acesso em: 18 abr. 2009.

¹⁸⁶ O Código de Defesa do Consumidor forma, junto com a Lei da Ação Civil Pública, o microsistema de processo coletivo, daí porque o art. 84 do CDC se aplica às ações civis públicas.

¹⁸⁷ Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito, p. 04. Disponível em: Acesso em 18 abr. 2009

¹⁸⁸ O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coords). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258-259.

negociadas, pedidos alternativos, vinculação do legislador orçamentário e fiscalização do cumprimento da decisão judicial.

A determinação judicial que impõe uma obrigação de fazer ao Poder Público muitas vezes resulta em impasses institucionais. Isso porque, havendo o não cumprimento da ordem judicial, tem-se adotado medidas bastante drásticas para fazê-la cumprir, a exemplo do bloqueio de verbas e da ameaça de prisão da autoridade recalcitrante.

Em razão disso, cabe ponderar se em certos casos, ao invés de uma imposição judicial intransigente, não seria melhor convergir para decisões negociadas.

A propósito do assunto, são pertinentes as observações de José Reinaldo de Lima Lopes. Para esse autor, é preciso rever a ideia de que o interesse público é ãinegociável¹⁸⁹. Essa sua afirmação é mais bem compreendida à medida que se leva em conta as características do objeto perseguido num processo em que se discute a implementação de uma política pública: finalidades a serem alcançadas, programas de duração continuada, enfim, um conjunto heterogêneo de medidas cuja a extensão nem sempre se revela de maneira muito clara.

E justamente por se tratarem de programas, de finalidades - vinculantes, insiste-se, mas às vezes de nebulosa extensão - é que convém direcionarem-se esforços para a obtenção de decisões negociadas que possam resultar não em imposições a serem cumpridas à maneira de tudo ou nada, mas em compromissos, em assunção de obrigações que deverão ser cumpridas progressivamente.

É verdade que para alcançar-se tal compromisso nem mesmo seria necessário ingressar com uma ação judicial, pois a lei da ação civil pública prevê a possibilidade de serem firmados os termos de ajustamento de conduta no curso do procedimento preparatório (inquérito civil), os quais têm eficácia de título executivo judicial.

Todavia, quando tal acordo é obtido em juízo, amplia-se o círculo de participantes, o que poderá resultar em termos mais acertados. Além disso, a homologação por sentença judicial confere mais força em termos simbólicos, sendo, portanto, preferível ingressar com a

¹⁸⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 233-234.

aquelas hipóteses em que já tiverem sido descumpridos termos de ajustamento de conduta anteriormente.¹⁹⁰

Evidentemente que o termo de ajustamento de conduta, por si só, não possibilitará a implementação da política pública objeto do acordo. Ele apenas obriga o Poder Executivo a adotar as medidas necessárias à sua implementação, inclusive, se for o caso, o encaminhamento de projeto de lei para efeito de modificação da lei orçamentária anual, ou então a edição de decreto para abrir créditos suplementares.

Outro aspecto a ser considerado, mesmo nos casos em que não houver acordo e sim imposição de determinada decisão judicial, diz respeito à forma como o ente público envolvido irá cumpri-la. Deverá a decisão anular todo e qualquer espaço de discricionariedade do Poder Público nas hipóteses em que concluir pela viabilidade da revisão judicial pretendida? Ou deverá resguardar alguma margem de ação do Administrador, na escolha dos meios financeiros mais adequados para atender ao comando judicial?

A questão encontra resposta adequada no âmbito da dogmática do processo civil.

É comum repetir-se que toda e qualquer decisão judicial que condena o Poder Público em obrigação de fazer ou não fazer elimina por completo suas margens de escolha. Mas as coisas nem sempre se passam assim, afinal, não é incomum deparar-se com hipóteses em que a determinação emanada do Poder Judiciário poderá ser cumprida de uma ou de outra forma, igualmente eficazes.

Nas situações em que a obrigação pode ser cumprida por um ou outro modo, o exercício da discricionariedade deve ser processualmente oportunizado.¹⁹¹

Com efeito, em casos assim estar-se-á diante de obrigação que pode ser cumprida por mais de um modo, o que processualmente se traduz em pedidos alternativos (art. 288, CPC)¹⁹²

¹⁹⁰ Na praxis forense, é comum a assinatura de sucessivos termos de ajustamento de conduta, tendo por objeto cumprimento do que fora pactuado em termo anterior.

¹⁹¹ LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Ano 3, n. 12, p. 223-262, out./dez. 2008, p. 257

¹⁹² LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Ano 3, n. 12, p. 223-262, out./dez. 2008, p. 258, explica que os pedidos alternativos não se restringem à hipótese de obrigação alternativa (art. 252 e seguintes do Código Civil), uma vez que o Código de Processo Civil imprimiu formatação mais ampla ao instituto.

rmado mais acima (item 3.3), nas situações em que, para reforçar uma dotação orçamentária, puder o Executivo valer-se da reserva de contingência ou do produto de excesso de arrecadação, não deve Juiz impor esta ou aquela solução, deixando que a Administração decida de onde deve retirar os recursos.

Ressalve-se, porém, que caso a Administração decida anular determinadas despesas, para assim obter os recursos para dar cumprimento à decisão judicial, não deverá fazê-lo em relação a outras dotações igualmente prioritárias.

Considere-se agora o aspecto relativo à eficácia subjetiva da decisão que determine a inclusão de verba em orçamento seguinte: estará o Poder Legislativo vinculado a ela?

A pergunta reveste-se de relevância, porquanto de nada adiantaria determinar que o Poder Executivo inclua na proposta de lei orçamentária determinado crédito para fazer frente a uma política pública de direitos sociais se o Poder Legislativo ignorar tal determinação.

A decisão judicial, na verdade, vincula a pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados e Municípios) e não um dos seus poderes, isoladamente. Assim, a eficácia subjetiva de decisão abrange todos os poderes do ente federado envolvido.

De qualquer modo, registre-se que não é incomum a hipótese de determinadas dotações orçamentárias, cuja origem se encontra numa decisão judicial, não poderem ser objeto de supressão parlamentar. Normalmente, é assim que ocorre quando o poder público é condenado em obrigação de pagar, solvida por meio do sistema de precatórios.

Na origem dessas decisões que condenam a Administração ao pagamento de uma quantia pode existir justamente uma violação de um direito fundamental, reparada mediante a tutela ressarcitória. Assim, se uma decisão judicial que condene o Estado ao pagamento de determinada quantia pode gerar um valor a ser pago meio do orçamento, regularmente inscrito como precatório, sem que o Poder Legislativo possa deliberar acerca dessas dotações, é de se admitir também que o mesmo aconteça com decisões que imponham à Administração uma obrigação de fazer, pois na origem todas essas decisões podem ter a mesma razão de ser: uma violação ao direito fundamental.¹⁹³

¹⁹³ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 mar. 2007.

decisão judicial ou o acordo eventualmente firmado entre as partes e homologado pelo juiz necessita produzir, de fato, seus efeitos. De nada adiantaria repetir ao nível das decisões judiciais o simbolismo encontrado no plano das normas.

Deve-se, portanto, adotar todas as providências necessárias para evitar a proliferação de uma jurisprudência simbólica. E uma dessas medidas, sem dúvida, é a adequada fiscalização do cumprimento das determinações ou acordos decorrentes do processo judicial.

Um caso de direito estrangeiro que costuma ser citado como boa prática de fiscalização do cumprimento de decisões judiciais que repercutem no orçamento diz respeito à decisão proferida pela Corte sulafricana que nomeou a um órgão independente, a Comissão de Direitos Humanos, para acompanhar o cumprimento da decisão¹⁹⁴

A idéia parece interessante e poderia ser seguida aqui.

Todos sabem da sobrecarga de atribuições enfrentadas pelo Ministério Público e, agora também, pela Defensoria, possivelmente os autores mais rotineiros de ações civis públicas. Também o órgão judiciário encontra-se assoberbado de processos, de maneira que deixar somente a cargo das partes e do Juízo o acompanhamento acerca da tomada das medidas necessárias ao cumprimento da decisão pode não surtir bons efeitos.

3.8 Vantagens da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais por meio da tutela judicial do orçamento e dificuldades a serem superadas.

O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas ligadas a direitos sociais prestacionais possui inúmeras vantagens, quando confrontada quando outras possibilidades de controle.

A primeira delas diz respeito ao fato de que por meio da revisão judicial do orçamento é possível viabilizar a realização dos direitos sociais prestacionais naquilo que eles têm de mais específico e característico seu, que é justamente a circunstância deles se concretizarem, precipuamente, por meio de políticas públicas, por definição um conjunto programado de ações de caráter sistemático e abrangente e potencialmente universal.

¹⁹⁴ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 mar. 2007.

isso igualitário a determinado bem ou serviço essencial, evitando as distorções normalmente causadas pela adjudicação individual dos direitos sociais prestacionais.¹⁹⁵

A revisão judicial das escolhas orçamentárias também preserva, na maioria das vezes, a legalidade orçamentária, pois muitas das estratégias envolvidas viabilizam a alteração das escolhas legais sem qualquer afetação dessa regra constitucional.

Outro dado positivo a ressaltar é que, quando se litiga tendo em conta o orçamento, ficam bem mais visíveis as questões relativas à disponibilidade efetiva de recursos por parte dos entes públicos e pode-se acolher ou rejeitar de maneira bastante consistente alegações como a da reserva do possível.¹⁹⁶

Aliás, merece realce o fato de que as questões orçamentárias são revigoradas a partir da utilização das estratégias aqui discutidas. De mero obstáculo à implementação dos direitos sociais, o orçamento assume destaque enquanto *locus* privilegiado de equacionamento das questões distributivas que mais interessam a uma sociedade.

A estratégia específica do controle judicial da execução orçamentária, por exemplo, pressupõe a retirada do orçamento daquele limbo de mera autorização de gastos, de lei que, para não ser cumprida, na parte relativa às despesas, não necessitava de outra coisa senão da simples vontade do gestor orçamentário.

Por fim, pode-se dizer que o controle judicial das escolhas orçamentárias, por meio das estratégias indiretas aqui abordadas, baseadas no direito à informação, apresenta-se capaz de fomentar o controle político e social que deve recair sobre a matéria.

Há de se convir, porém, que o controle judicial das escolhas orçamentárias encontra alguns obstáculos que dificultam sua correta operacionalização e, por tal, necessitam ser superados.

A atitude ainda individualista dos juízes, acostumados com o processo tradicional, marcado por um referencial subjetivo, não lhes permite superar os argumentos normalmente levantados contra o controle judicial das políticas públicas.

¹⁹⁵ Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 191.

o Poder Judiciário, relativas à demora na tramitação dos processos e às dificuldades de levar adiante uma instrução probatória que permita ao juiz uma visão mais ampla das questões postas em discussão igualmente diminuem as potencialidades desse tipo de controle.

Isso se agrava ainda mais quando se tem em conta que a intervenção judicial no orçamento deve ser sempre célere, dado o curto prazo de vigência das leis orçamentárias, o que irá demandar, muitas das vezes, uso das diversas espécies de tutela de urgência. Mesmo que a revisão judicial possa sempre ser dar por meio do orçamento do ano seguinte, para evitar a repetição do ilícito consistente na omissão estatal, não convém alargar de modo demasiado a duração do processo, pois os direitos que estão em jogo, traduzidos em políticas públicas, são da mais alta fundamentalidade.

¹⁹⁶ MAURÍCIO JR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 01 mar. 2007.

CONCLUSÕES

A constatação do enorme fosso que, no Brasil, desde há muito separa os direitos fundamentais de sua realização prática é razão suficiente para provocar aqueles que lidam com o Direito a pensar na formulação de estratégias aptas a superar esse abismo. Não por simples curiosidade intelectual, mas por necessidade.

Essa necessidade se faz sentir particularmente em relação aos direitos sociais prestacionais, o que não quer dizer que os demais direitos já tenham alcançado um nível ótimo de efetivação. Pelo contrário. O processo de efetivação dos direitos fundamentais nunca foi linear no Brasil. Não ocorreu das pessoas já terem garantidas suas liberdades individuais e políticas e aí passarem a lutar pelos direitos sociais. Luta-se por tudo ao mesmo tempo.

Ainda assim, é possível dizer que a situação dos direitos sociais prestacionais é mais problemática. E isso se diz porque, além de contarem com uma dificuldade maior de realização prática, por dependerem em alto grau da atuação do Estado, tais direitos ainda não contam com uma dogmática sólida, capaz de fixar-lhes o alcance e de apresentar mecanismos eficazes para sua implementação, nada obstante se reconheça que há inúmeros esforços sendo envidados neste sentido, o que é facilmente perceptível pelo aumento de produção bibliográfica em matéria de direitos sociais.

Contudo, poucos são os estudos que buscam ligar os direitos sociais prestacionais ao orçamento, na perspectiva de que a peça orçamentária, ao invés de obstáculo, é meio de efetivação desses direitos. Fala-se bastante na reserva do possível como limite, mas não se tem explorado tal reserva como obrigação de gastar todos os recursos possíveis/disponíveis para implementar os direitos fundamentais.

Afinal, o que é possível para o Estado Brasileiro em matéria de alocação de recursos para a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais? Será que não há mesmo dinheiro suficiente para investir em políticas públicas atinentes aos direitos sociais? Não, caso se queira resolver tudo de uma hora para outra. Sim, quando se projeta uma obrigação de progressiva satisfação desses direitos.

Com efeito, é no orçamento que devem ser concretizadas as opções políticas do Constituinte em matéria de fixação dos gastos públicos. É por ele que se redistribui a riqueza nacional e se pratica de forma ampla a justiça distributiva.

suas notas características: todas as receitas e despesas devem estar previstas no orçamento. Não é à toa que se afirma: depois da Constituição, o orçamento é o ato normativo mais importante do país.

Na práxis judicial, há atores que já começaram a explorar esse caminho, a exemplo do Ministério Público. O Judiciário tem vacilado. Encontram-se algumas decisões que já têm acenado para a possibilidade de revisão judicial das escolhas orçamentárias. Outras a têm negado, com base numa concepção ortodoxa do princípio da separação dos poderes e numa visão potencializadora dos espaços de discricionariedade administrativa.

Falta, ainda, uma teorização consistente e um esforço analítico para a fixação de parâmetros de controle judicial, de modo a minorar essas oscilações jurisprudenciais, sempre danosas à segurança jurídica.

A presente dissertação se propôs a colaborar justamente com a construção de tais parâmetros, por meio da discussão acerca de várias estratégias judiciais que importam numa readequação as escolhas plasmadas nas leis orçamentárias aos marcos constitucionais e legais que condicionam o espaço de ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Mas o fez ciente, porém, de que o controle judicial deve ser acompanhado de um intenso debate social acerca das escolhas orçamentárias, sendo esse na verdade o grande desafio das democracias constitucionais em países periféricos: fazer com que a efetivação dos direitos fundamentais em geral, e dos direitos sociais prestacionais em particular criem as condições para construção de uma esfera pública onde a participação política e a cidadania voltem a ter lugar.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trota, 2002.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales e la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. TCU: Proc. n. 015271/2003-4: controle do plano plurianual 2004/2007 pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito do Estado*. ano 1, n. 2, p. 359-363, abr./jun. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, p. 14-54, jul./set. 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50>. Acesso em: 1 mar. 2007.

BARROS, Marcos Aurélio de. *Miradas sobre o controle jurisdicional de políticas públicas: dos precedentes judiciais à teoria*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2007.

BERCOVICCI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição econômica e a agonia da Constituição financeira. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121-136.

jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone,

2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 33-68.

_____. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97-114.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Revista Doxa*, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

CLÉVE, Clemerson. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Ano 14, n. 54, p. 29-39, jan./mar. 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-98.

COMPARATTO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-260.

FERRAJOLI, Luigi. Passado e futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 13-29.

_____. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria geral do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O Judiciário diante da divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: _____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2007. p. 399-407.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 159-186.

itos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-222.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 49-73.

IVO, Gabriel. O processo de formação da lei orçamentária anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. *Anuário da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas*, Maceió, v. 2, n. 1, p. 59-84, 2002.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 1, p. 157-177.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 12, p. 223-262, out./dez. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *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*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-143.

_____. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf> Acesso em: 1 mar. 2007.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abr./jun. 2001.

_____ . Assupostos para um orçamento público conforme a Constituição. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, p. 289-312, jul./set. 2007.

_____ . Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 9, p. 279-326, jan./mar. 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise do Estado, constituição e democracia política: a ãrealizaçãoã da ordem constitucional! E o povo... In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, Porto Alegre, n. 2, p. 91-111, 2006. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos,...

MÜLLER, Friederich. *Democracia e exclusão social em face da globalização*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em: 6 jul. 2009.

_____ . *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Nauman. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia Piovesan; VIEIRA, Renato Stanzola. A justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria*, Sevilla, v. 8, n. 15, p. 128-146, 2006. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2007.

_____ . *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SABBAG, César. *Orçamento e desenvolvimento: recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas*. São Paulo: Millenium, 2007.

SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. Constitucionalismo e garantismo. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, p. 27-42, jul./set. 2007.

_____ . Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

_____ . El constitucionalismo dos derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta; UNAN. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. p. 213-235.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

REDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde. algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 51, p. 79-99. 2007.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, Antônio Avelã; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo Vatente. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*. n. 239, p. 127-138, jan./mar. 2005