



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adrian Couto Costa

Rio de Janeiro
2019

ADRIAN COUTO COSTA

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adrian Couto Costa

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado e Economista. Mestre em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – Na vida contemporânea a presença do Estado como promotor e difusor de direitos e garantia fundamentais é de grande importância. Por meio de diversas políticas públicas é possível garantir os direitos básicos do cidadão. Para que essas políticas possam existir é necessário que a Lei Orçamentária Anual tenha a previsão e a destinação de tais recursos, buscando o equilíbrio orçamentário e a eficiência no uso dos recursos. Só assim a sociedade poderá colher o resultado máximo da ação do Estado. Nesse contexto, é preciso perscrutar a importância do orçamento público para garantir direitos fundamentais e na possível omissão dos poderes executivo e legislativo, qual será o papel e o limite de atuação do poder judiciário.

Palavras-chave – Direito Financeiro. Orçamento Público. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da eficiência. Políticas Públicas. Reserva do Possível.

Sumário: Introdução. 1. Equilíbrio orçamentário e estado democrático de direito. 2. Alocação eficiente de recursos e a efetivação de políticas públicas. 3. Constituição Cidadã, orçamento e políticas públicas e o papel do judiciário Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o orçamento público como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Procura-se demonstrar que para poder efetivar políticas públicas que tragam um maior acesso aos direitos fundamentais e respitar as determinações da Constituição Federal de 1988 não basta apenas vontade e planejamento, é preciso que o orçamento público esteja comprometido com um programa de ampliação do acesso aos mais básicos direitos do cidadão.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir como o Direito Financeiro e a estruturação do orçamento público podem colaborar para a construção de uma sociedade em que os Direitos Humanos sejam respeitados.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, além de

também ser debatido diariamente nos mais amplos segmentos da sociedade brasileira. Assim sendo, merece atenção, uma vez que sempre é delicada a situação orçamentária do Estado, mas esse é um elemento fundamental para as políticas públicas serem efetivadas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a noção e o escopo dos direitos fundamentais cresceu a partir Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Inicialmente, vizavam a garantia da vida e das liberdades mais básicas, com o Estado intervencionista foram incorporados os chamdos direitos sociais, econômicos e culturais e hoje já se fala em uma geração de direitos marcada pela fraternidade e a transindividualidade.

A Constituição Federal de 1988 reservou para o Estado Brasileiro um importante papel na concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas que procuram garantir o acesso de todos a esses direitos.

Para isso, é necessário que, sem abrir mão do equilíbrio orçamentário, expandir o orçamento público e melhorar a alocação de recursos para que as políticas públicas sejam efetivas e executadas de forma constitucionalmente adequada.

O trabalho enfoca a temática da necessidade de um orçamento público que garanta políticas amplas que fortaleçam o acesso aos direitos. Tal tema se justifica devido a grande densidade social do tema e a necessidade premente do avanço dos mais diferentes direitos fundamentais. Além disso, há uma importância jurídica inegável, pois é necessário alinhar diversos princípios e normas constitucionais para garantir a efetividade das políticas públicas e o equilíbrio necessário ao orçamento estatal.

Objetiva-se discutir como o orçamento público pode ser um elemento que conjugue o equilíbrio orçamentário e a construção de políticas públicas que garantam o amplo acesso de todos aos mais básicos direitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho examinando até que ponto se pode dizer que é possível unir os deveres de um Estado Democrático de Direito com o equilíbrio orçamentário, expresso nas leis orçamentárias e no princípio da reserva do possível.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como o orçamento público anual, as diretrizes orçamentárias e o plano plurianual podem se alinhar para garantir uma alocação eficiente de recursos e a efetivação de políticas públicas sustentáveis de acesso e universalização dos direitos fundamentais.

O terceiro e último capítulo examinará quais as prioridades do Estado devem ser construídas na dinâmica da democracia, como é possível efetivar políticas públicas de acesso aos direitos fundamentais tendo em vista o debate e as relações entre Executivo e

Legislativo. Na hipótese de omissão, será apresentado e analisado o papel do Poder Judiciário.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) - para sustentar a sua tese.

1. EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em uma democracia representativa, como aquela que é prevista na Constituição de 1988, tem-se eleições livres e periódicas conforme previsto no parágrafo único do artigo 1^o, nas quais o povo escolhe aqueles que vão ocupar os cargos eletivos no Poder Executivo e no Legislativo.

Dessa forma, os candidatos² apresentam suas propostas e cabe aos eleitores escolherem uma determinada plataforma. Independente do escolhido, principalmente para os cargos do executivo, ele, ao governar vai buscar efetivar suas promessas por meio de políticas públicas.

Todavia, a própria Constituição de 1988 vai determinar uma série de ações que acabam por vincular o ato de governar. Isso se dá pela necessidade de atender os comandamentos constitucionais que procuram garantir uma série de direitos (fundamentais e sociais) elencados pelo poder constituinte originário como indispensáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

² O uso da palavra candidato nas eleições tem origem na Grécia antiga. Aqueles que desejavam ser escolhidos para um cargo eletivo caminhavam pelas ruas vestidos de branco e apresentando suas propostas. O uso do branco era simbólico, pois representava a pureza das intenções dos postulantes. No idioma português usa-se a palavra de origem latina *candidus*, que quer dizer literalmente branco.

Assim, o governante deve buscar a efetividade dos direitos fundamentais e sociais devido as promessas de campanha, que foram aceitas e escolhidas pela população e, também, pelo dever impoderável de seguir a Carta Política.

Em ambas as hipóteses, o gestor público vai encarar o problema de adequar as sempre presentes restrições orçamentárias e dificuldades financeiras com as prioridades do governo e os ordens constitucionais. Nesse diapasão o Orçamento Público, materializado na Lei Orçamentária Anual (LOA), se mostra como instrumento fundamental para viabilizar o planejamento do Estado e sua necessidade de equacionar o problema acima descrito.

Mas a LOA não é o único instrumento previsto na Constituição de 1988 para efetivas as finanças públicas. Há a previsão do Plano Plurianual e das Diretrizes Orçamentárias e dos planos (art. 165, I e II, respectivamente). As Diretrizes Orçamentárias nascem da necessidade de estender o debate sobre orçamento público para o restante do ano. Tradicionalmente, a votação da LOA ocorria no final do ano legislativo e era feita de afogadilho, sem maiores debates ou preocupações. O constituinte de 1986 quis evitar isso e procurou criar um mecanismo de estendia o debate para o primeiro semestre do ano.

O PPA é uma inovação da Lei Maior que tem origem no Direito Constitucional Alemão³ e busca estender o planejamento estatal, ampliando a eficiência e evitando desperdício em ações que se perdem com o tempo⁴. O PPA procura encadear os orçamentos anuais (de um período de quatro anos) e dar efetividade as políticas que necessitam de um tempo maior para saírem do papel.

A ordem constitucional brasileira rompeu com o paradigma histórico ao colocar o cidadão e sua dignidade no núcleo duro dos ditames constitucionais. Assim, o Direito Financeiro, e por conseguinte, o orçamento público, se submetem inexoravelmente a uma filtragem constitucional⁵ e devem caminhar em paralelo as normas e os princípios

³ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 20 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 56.

⁴ É público e notório que o Brasil tem diversas obras que se iniciam, mas que não terminam por falta de planejamento e comprometimento dos gestores públicos. O PPA procura criar um planejamento que se estende no tempo e evitar esse desperdício dos recursos públicos.

⁵ O termo “filtragem constitucional” é aqui empregado conforme os ensinamentos do professor Paulo Ricardo Schier (*Filtragem Constitucional*: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória. Porto Alegre: Fabris, 1999). Assim, a Constituição possui superioridade e deve ser obedecida no que diz respeito a suas normas e também aos seus princípios. Todos o ordenamento jurídico deve ser visto por meio do Constituição e nunca ao contrário. Tal posição doutrinária encontra amparo hoje na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como pode ser visto no julgamento da ADPF nº 378, que teve como relator o ministro Edson Fachin.

constitucionais. Sobre o tema deve-se pontuar as lições de Castro⁶:

Assim, ordinariamente cabe às leis – de forma especial, às leis de natureza orçamentária – desdobrar a principiologia constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, devendo resultar daí a prevalência do direito social de cunho prestacional a ensejar pretensões subjetivas.

Todavia, toda essa necessidade premente de materializar os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros precisa ser incorporada a LOA. Sem a previsão orçamentária não se pode falar em políticas públicas, pois na ordem imposta pelo Papiro Fundamental, em regra, não deveria haver despesas que não estivessem previstas na LOA.

O orçamento público é um instrumento de organização do Estado e importante ferramenta para a consecução dos princípios da que o utiliza como meio de planejamento de gastos, a fim de obdecer o princípio da administração pública elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição. Por meio dele e do planejamento que ele proporciona é possível garantir a eficiência dos gastos públicos. Além disso, dá transparência e publicidade as despesas do Estado, garantindo fiscalização e acompanhamento por toda a sociedade civil.

Mas fundamentalmente o orçamento é uma forma de controle parlamentar dos gastos do Executivo e uma forma conjunta desses dois poderes da república de materializar as ações positivas de um Estado Democrático de Direito. Devido a forte presença do Estado nas democracias modernas há um forte impacto econômico das previsões orçamentárias, mesmo nos países de tradição mais liberal. Há, portanto, um forte impacto, que vai além do previsto inicialmente.

Sobre o assunto, assevera Domingues⁷ de forma precisa que

Pelo prisma econômico, o orçamento materializa decisões que ensejam ao Estado o comando da conjuntura, a redistribuição de renda e a execução de política anticíclica, bem como o combate à inflação. O gasto orientado a fomentar a demanda por produção, o volume de recursos destinados ao atendimento dos direitos sociais e o nível de investimento ou endividamento público, ou uma tributação agravada acompanhada de contenção austera de despesas, tudo isso são alternativas financeiras que o orçamento refletirá em suas rubricas, fazendo dele a pedra angular da direção da economia

Logo, o orçamento público não se resume a um instrumento simplesmente

⁶ CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 132, ago. 2014.

⁷ DOMINGUES, José Marcos. *Equilíbrio orçamentário vai muito além da projeção financeira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/jose-domingues-equilibrio-orcamentario-projecao-financeira>>. Acesso em: 16 set. 2018.

contábil que formaliza receitas e despesas do poder público com o objetivo de apenas garantir a obediência ao princípio da legalidade a qual está adstrito o administrador público⁸.

Também é importante lembrar que todos os brasileiros contribuem para que o poder público seja financiado. É, por óbvio, mandatório que o Estado execute políticas públicas que garantam a qualidade de vida das pessoas e efetive os direitos e garantias fundamentais. Registra-se o ensinamento de Ferreira e Oliveira⁹:

Dessa forma, o dinheiro que sai do povo é aplicado pelos seus representantes e deve voltar por meio dos serviços públicos e investimentos sociais, com fins, em última instância, à tutela dos direitos fundamentais, os quais, vale recordar, gozam de atual hierarquia constitucional e situam-se em status elevado na ordem jurídica, a ponto de vincular o poder público as diretrizes nele contidas.

Todavia, não se pode defender uma atuação dos diferentes níveis da administração pública para garantir os direitos fundamentais que comprometa o equilíbrio orçamentário e as finanças públicas, seja no curto, médio ou longo prazo. Também não é possível imaginar a ação governamental que sacrifique a estabilidade monetária¹⁰, pois isso iria penalizar os mais pobres que tendem a sofrer mais com a inflação.

Assim, mesmo que a ordem constitucional venha impor uma série de demandas não é possível que as questões jurídicas sejam colocadas à margem da realidade econômico-financeira do Estado e sua limitação de recursos. Há um conflito que está posto: é necessário garantir o equilíbrio e sustentabilidade das finanças públicas e é necessário, principalmente em um país desigual como o Brasil, garantir políticas públicas que transformem em realidade os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

Como base para essa questão está o importante trabalho de Élide Graziane

⁸ O administrador privado tem ampla liberdade de agir, estando limitado apenas pelas proibições legais. O administrador público só pode agir seguindo as determinações expressas na lei. Isso ocorre, pois o poder do agente estatal é criado e definido em lei, logo ele deve obediência a ordem legal e não poderia agir fora ou de forma contrária a ela. Assim, o gasto público para se efetivar deve ser precedido de uma previsão legal manifesta.

⁹ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

¹⁰ A literatura econômica diverge sobre o impacto de uma política monetária expansiva e do aumento dos gastos do governo no que diz respeito a geração de um surto inflacionário. Tradicionalmente, a hipótese de impacto é defendida pela ortodoxia neoclássica que acredita que a inflação é um fenômeno majoritariamente monetário. Por outro lado, o pensamento Keynesiano diverge dessa posição e não coloca como obrigatório um aumento da inflação em caso de aumento dos gastos públicos. Tal debate é complexo foge do escopo deste trabalho. Assim, será tido como um dos motivos da inflação um aumento dos gastos públicos que venha a fugir da normalidade média da atividade econômica.

Pinto¹¹:

Exatamente pela intensidade dos impactos sobre os direitos sociais que detêm especiais fontes de constitucionais de financiamento (vinculação de receitas e percentual mínimos de gastos), é que o enfoque jurídico-constitucional deve cuidar de apontar limites e orientar (positivamente) a direção da pretensão legiferante estatal. Não pode haver retrocesso social, tampouco as alterações no manejo orçamentário das receitas e despesas (mais ou menos vinculadas) podem impactar desproporcionalmente nos meios financeiros que visam a garantir progressivamente os direitos fundamentais.

Há também o debate sobre o mal uso dos recursos pelo poder público, que leva ao desperdício e ao desvio de finalidade do erário. Tal preocupação é tão grande que foi aprovada a Lei de Responsabilidade social no ano de 2000¹². O uso correto do tripé LDO-LOA-PPA e a estrita obediência aos princípios constitucionais da administração pública são, certamente, as principais ferramentas para evitar os desvios e mal usos dos recursos públicos, que em última análise pertencem a todos os brasileiros.

2. ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RECURSOS E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao trabalhar com a suposição de que agentes econômicos racionais atuam na busca da eficiência, tal hipótese se coloca como uma derivação lógica da atuação mesmo que cotidiana de qualquer um. Pode ser uma pessoa, um sociedade empresária, um Poder da República ou qualquer órgão governamental, todos deveriam, em tese, buscar o uso eficiente dos recursos (próprios ou de terceiros sob sua responsabilidade).

Tal imposição nos parece ainda mais imperativa quando se imagina a atuação do Estado. Para existir, manter a máquina estatal e realizar as mais diversas ações de política pública, o Estado se vale, principalmente¹³, de tributos arrecadados junto a população. Assim, o administrador público trabalha a todo momento com recursos que pertencem a sociedade e com isso a necessidade de buscar a eficiência se torna ainda mais premente.

Tal necessidade (que nasce econômico-financeira) ganha reflexos no mundo jurídico. A Emenda Constitucional 19 de 1998 inseriu explicitamente no *caput* do artigo 37 o princípio da eficiência e essa previsão também está na legislação infraconstitucional.

¹¹ PINTO, Élide Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 43.

¹² BRASIL. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹³ O caso brasileiro é *sui generis*, pois o Estado possui empresas públicas e participa de sociedades de economia mista, com isso surgem novas fontes de receita, como por exemplo, o recebimento de dividendos. De qualquer forma, qualquer país pode ter outras fontes de receita pública além dos tributos, como, por exemplo, as doações.

Antes dessa positivação do Princípio de Eficiência, o STJ “reconhecia a existência do princípio como um dos vários regentes da administração pública”¹⁴. A positivação findou um debate que girava em torno da existência implícita do princípio na CRFB.

É possível e necessário fazer uma diferenciação entre o princípio da eficiência e o princípio da economicidade. A Economicidade está prevista no artigo 70 da Carta Magna, e cabe ao Tribunal de Contas da União (assim como os outros Tribunais de Contas) avaliar se o gasto feito por um órgão público é compatível com o resultado obtido. Assim, a economicidade é um aspecto da eficiência que analisa se ocorreu o melhor resultado possível em uma obra ou em uma compra dada uma determinada alocação de recursos pelo orçamento.

Por suposto, o princípio da eficiência traz a necessidade de o agente público planejar as suas ações no curto, no médio e no longo prazo para que essas possam ter o melhor resultado possível e para que sejam sustentáveis¹⁵ no tempo. O planejamento é necessário para garantir a eficiência do uso dos recursos e impedir um desequilíbrio entre receita e despesa, indo ao encontro da lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00¹⁶). Este fundamento da administração pública busca, portanto, dar “mais qualidade na atividade estatal e na prestação de serviços públicos”¹⁷.

Conclui-se, em consonância com Di Pietro¹⁸, que o Princípio de Eficiência tem dois lados e ambos devem ser sempre contemplados. O primeiro se relaciona ao exercício funcional do agente público. Esse tem a obrigação de desempenhar, individualmente ou em grupo, o seu trabalho da melhor forma possível, obtendo, assim, os melhores resultados.

Em segundo lugar, deve a Administração Pública buscar incessantemente se organizar, estruturar e planejar suas ações com o objetivo de maximizar seus resultados e garantindo que o uso dos cofres públicos sempre tenda ao interesse coletivo. O eminente jurista Eros Grau¹⁹ sempre defendeu que a real eficiência da Administração Pública

¹⁴ MORAES, Alexandre de: *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 315.

¹⁵ A noção de sustentabilidade está sendo usada aqui em uma dimensão mais temporal, ou seja, ser sustentado [se manter] no tempo.

¹⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁷ MORAES, op cit, p 315.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83

¹⁹ GRAU, Roberto Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194.

adquiriu uma grande valoração para a sociedade atual, tornando-se um valor cristalizado e demandado a todo momento, pois não é interessante para a sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente.

Tal posição deve estar presente quando da montagem e a aprovação do tripé LDO-LOA-PPA. É imperioso que sempre seja lembrado que as necessidades de muitos se sobrepõem sobre as necessidades de poucos, ou de um só. Desta forma, o bem da coletividade e a garantia dos direitos fundamentais deve ser sempre o norte da ação estatal (na esfera do Direito Financeiro e do Direito Administrativo).

Isso se deve ao fato de que, no século XIX e posteriormente, o direito deixou de ser apenas instrumento de controle social e manutenção da ordem e se transformou em um instrumento de garantia dos direitos fundamentais e, também, “a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum e do bem-estar coletivo”²⁰.

Essa nova forma de pensar o Direito ocorre em paralelo à um crescimento do atuar do Estado e sua interferência em cada vez mais aspectos da vida em sociedade. Assim, garantir espaço no orçamento público para políticas de efetivação dos direitos e garantias fundamentais ganhou um aspecto ainda mais relevante.

No que tange aos direitos fundamentais é importante destacar que Barroso diferencia eficácia social (efetividade) de eficácia jurídica. A efetividade é a “realização do Direito”²¹ que no dia a dia de um povo passa a ter uma concretude que aproxima a norma constitucional da realidade vivenciada pelas pessoas.

Em um estado democrático de direito, é fundamental que as previsões constitucionais (dotadas ou não de eficácia plena) se materializem e passem a ser o cotidiano do povo. Destarte, as previsões orçamentárias devem fazer valer tais direitos de forma prioritária. Claro que para isso também são necessárias políticas públicas que façam a ponte entre a previsão da LOA e o resultado prático e palpável.

Aqui é importante trazer as lições de Machado²², pois a autora ao trazer para o debate as lições de Cass R. Sustein e Stephen Holmes, na obra *The cost of rights*²³ assevera de forma precisa que para garantir um direito fundamental é necessário um aparato estatal. Isso pode acontecer na efetivação do direito ou quando ele é violado. É

²⁰ DI PIETRO, op cit., p. 81.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85

²² MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 63.

²³ A autora faz referência a seguinte obra: HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

necessário, por exemplo, que seja montada toda uma estrutura judiciária para garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional ou que exista um aparato de segurança pública para garantir uma real liberdade de ir e vir ou o direito de propriedade quando esse é violado.

Dessa forma, Machado demonstra que quaisquer direitos que se possa imaginar, “indistintamente, representam despesas a serem suportadas pelo Estado e, em última análise, pela sociedade”²⁴ por meio dos tributos. Se uma sociedade quer que todos tenham seus direitos respeitados, há que se esperar uma estrutura estatal que dá suporte as políticas públicas que garantem tais direitos e isso tem obrigatoriamente um custo. É forçoso dizer que “chega-se à conclusão de que direitos só existem onde há fluxo orçamentário que permita”²⁵.

Se os recursos são escassos e a Carta Política elenca alguns direitos como fundamentais é preciso que o Estado destine, via orçamento público, recursos para sua efetivação. Também é preciso que, dada a escassez, que os recursos sejam usados da forma mais eficiente possível, para assegurar o maior resultado com os recursos existentes.

Não se deve negar que o orçamento deve ser adequado a realidade econômica e financeira do Estado, todavia, a ordem constitucional impõe uma série de políticas públicas como uma obrigação estatal. Se o país está diante de dificuldades não é pelo fato de se ter um excesso de direitos fundamentais, mas sim pela falta na efetivação desses. Aqui cabe trazer as lições do memorável e histórico voto na ADO 26 do Ministro do STF Celso de Mello. De forma brilhante, asseverou o Ministro, reproduzindo o que já havia afirmado na ADI nº 1.484-DF:

Nada mais nocivo, danoso, ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou executá-la apenas nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos²⁶.

A pedra de toque do debate que aqui se trava é como combinar responsabilidade orçamentária e a garantia dos mais fundamentais direitos do povo brasileiro. Além disso, qual é o papel do Poder Judiciário em garantir tais direitos e interferir em previsões orçamentárias que são oriundas do poder executivo.

²⁴ MACHADO, op. cit, p. 65.

²⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.484-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 21/08/2001. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal, informativo-630-do-stf-2011,32459.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

3. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

A ordem constitucional brasileira pós Constituição de 1988 é marcada por dois pilares que demonstram a face social da Constituição Cidadã (assim nomeada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães²⁷). O primeiro é a mudança da ordem das matérias tratadas no texto final. Inicialmente, a Constituição aborda os direitos e garantias fundamentais, para depois falar da organização do Estado Brasileiro. Essa mudança, inédita até então, mostra que o povo deve ser colocado em primeiro lugar e que o Estado existe para servi-lo.

O segundo é o fato de que o Constituinte deixou positivado²⁸ na Carta Política um rol não taxativo, mas extenso de direitos fundamentais e os transformou em cláusulas pétreas, para garantir que não sejam mais suprimidos, como havia ocorrido no período ditatorial que antecedeu a promulgação da atual Constituição.

Sendo inegável importância dos direitos fundamentais na atual Magna-Carta, e como já foi visto que para cada um dos direitos fundamentais é necessário um aparato estatal além e várias ações para garanti-los, o Estado deve garantir recursos, no orçamento público, para poder concretizar os ditames constitucionais.

Tal característica da Constituição Brasileira é marca do chamado Estado Social. Nas palavras da professora Grinover²⁹:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.

Há uma rede de direitos interligados, pois para garantir uma vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana) vários direitos precisam ser assegurados e deve haver o acesso a uma diversidade de serviços básicos (educação, saúde, segurança, saneamento básico etc.). Sem recursos esses direitos não se concretizam.

Por ser uma ação de política pública (planejamento, previsão orçamentária e

²⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Trinta Anos da Constituição*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos.html5/constituente/index.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁸ A ordem constitucional brasileira pós 1988 estabelece uma série de direitos e garantias fundamentais, como por exemplo aqueles contidos no art. 5º da Carta Política. Tais direitos, por força constitucional, devem ser assegurados a todos, sem nenhum tipo de discriminação, pois independente das diferenças, muito maior deve ser aquilo que nos aproxima, pois toda vida humana deve ter o mesmo valor.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, V. 7, n. 7, 2010, p. 10.

execução), políticas públicas que garantam os mais básicos direitos são mais afeitas ao Legislativo e ao Executivo. Todavia, o Poder Judiciário tem na nossa ordem constitucional o dever de zelar por tais direitos, pois se a *res publica* a todos pertence, a ação do Estado deve garantir, pelo menos, o respeito aos valores fundamentais relativos a dignidade humana.

Como leciona Machado³⁰:

Se o gestor público não incluir no orçamento verba para executar políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais previstas em lei ou na Constituição, ou se registrar crédito orçamentário com a respectiva dotação na lei orçamentária, mas não as implementar, haverá desvio de finalidade, passível de controle jurisdicional.

É de grande relevância trazer para esse debate que todos os atos administrativos devem ser motivados. Assim, a opção do administrador público em restringir ou encerrar programas que promovem direitos e garantias fundamentais também, devem ser fundamentadas com um mínimo de coerência e razoabilidade³¹. Por suposto, pela teoria dos motivos determinantes, tais decisões passam, da mesma forma, a serem possíveis de controle do Judiciário.

Assim, o ativismo dialógico surge para suprir a ausência ou a inação dos outros poderes e para garantir direitos fundamentais dentro de uma ordem republicana e de um Estado Democrático de Direito.

A tradição brasileira, por boa parte do século XX, foi de que as políticas públicas sempre foram insindicáveis pelo Judiciário, pois não se pode simplesmente substituir a vontade do administrador público pela vontade do juiz. Assim, a montagem do orçamento público e a execução das políticas previstas era de exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo.

O orçamento público estabeleceria, dentro da reserva do possível, as ações do poder público dentro daquele exercício fiscal. Tais políticas, normalmente, são oriundas de uma plataforma política escolhida pelos cidadãos no momento da eleição. Com isso os gestores ganham a legitimidade do voto para estabelecer prioridades, incluí-las no orçamento e executar as políticas conforme previsto.

Poderia o Judiciário atuar sobre essas políticas públicas? Seria isso possível e legítimo? Isso não vai ferir a ordem orçamentária e a reserva do possível?

O STF, no Recurso Extraordinário nº 482.611, já firmou jurisprudência de que

³⁰ MACHADO, Clara C. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 141.

³¹ *Ibid.*, p 142.

não se pode opor a ideia de reserva do possível ao mínimo existencial. O mínimo existencial é algo absoluto e não pode ser ponderada com a reserva do possível. E o mínimo existencial quando agregado ao princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser alcançado por uma ação do Estado que assegure os direitos e garantias fundamentais de forma ampla e sem discriminação de qualquer monta.

No referido Recurso o Ministro Celso de Melo adota esta posição, ao afirmar que é “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar de sua aplicação comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial³²”. Destarte, não se aplica a reserva do possível como óbice ao exercício de um direito fundamental. Mas é inegável que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45³³ é o ponto de mudança do paradigma do Poder Judiciário: antes controlava apenas a legalidade das políticas públicas e agora passam a avaliar o contexto maior em que elas estão envolvidas e atuar quando se mostra necessário.

Em pouco tempo a atuação do Judiciário para garantir direitos fundamentais cresceu em escala e escopo. Primeiro porque as políticas públicas também podem nascer de um comandamento constitucional. Por exemplo, art. 170 da Constituição da República³⁴ (redução das desigualdades regionais e sociais). Outrossim, quando as questões envolvem direitos e garantias fundamentais o Poder Judiciário é usualmente convocado para a solução de questões que, em uma visão mais clássica, estariam afeitas ao executivo e ao legislativo.

Surge e cresce, portanto, o fenômeno da judicialização da política que encontra duas vertentes que acabam sendo próximas. A primeira trata das demandas levadas ao judiciário para solução das disputas no próprio poder legislativo, que acabam por criar um impasse que é judicializado. Todavia, o mais comum e está dentro do escopo deste trabalho é a abordagem da judicialização da política por meio das ações políticas que acabam desaguando no Judiciário. Quando essa provocação se dá para o Estado-Juiz atuar em políticas públicas que envolvam direitos fundamentais seria a forma mais plena de judicialização da política.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal.: *RE nº 482.611-SC*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 02 de fev. 2019.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 avançou de forma inegável no que é relativo aos direitos e garantias fundamentais. Após um período em que esses direitos eram sistematicamente violados pelo próprio regime de exceção instalado no Brasil, o Constituinte originário deixou de forma clara e cristalina que o Brasil deve ser guiado pelo respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

O papel do Estado ganha relevância dentro dessa nova ordem constitucional. Mesmo optando por uma ideologia mais liberal e, portanto, mais avessa a participação do Estado, é inegável a importância desse. Para cada bem jurídico que a sociedade considera que deve ser tutelado, surge uma obrigação de atuar do Estado. Isso pode ser visto na defesa do direito constitucional de propriedade, que demanda um aparato judicial e policial e judicial para defendê-lo.

De qualquer forma, dentro da lógica de um contrato social o Poder Judiciário deve sempre estar presente para garantir os contratos e a ordem social. Assim, mesmo que se opte por um Estado mínimo, o que não parece ser a opção da Carta Magna de 1988, a intervenção estatal, via aparato judicial, sempre se fará necessária para garantir a ordem social.

Dentro desse quadro as políticas públicas que visam à efetivação dos direitos mais básicos do povo brasileiro ganham relevância ímpar. Seja a garantia do direito à vida, à integridade física e à liberdade ou seja aqueles que asseguram direitos como saúde, educação, moradia, lazer e, até mesmo, ao meio ambiente, passam por ações diretas do Estado que viabiliza o acesso a uma rede de serviços que possibilitam tais direitos, previstos no Papiro Fundamental, sejam respeitados.

Devido ao princípio da legalidade todos os gastos públicos devem ser precedidos de uma lei que autoriza o administrador estatal a fazer tais despesas. Assim, no que diz respeito as garantias fundamentais, o orçamento ganha um destaque sem precedentes. É por meio das dotações orçamentárias que o Estado empenha recursos para as políticas públicas que garantem o cumprimento dos direitos previstos na Constituição. Parafraseando o provérbio oriental: não importa o tamanho da caminhada o primeiro passo é sempre o mais importante.

Desta forma, o Estado deve planejar suas políticas públicas com antecedência para prever os recursos necessários na Lei Orçamentária Anual e para garantir a eficiência na aplicação dessas verbas. A eficiência, prevista no caput do art. 37 da

Constituição, é uma das bases da administração pública, pois quem ocupa a posição de comando deve ter claro que ao gastar os recursos da população deve ser o mais eficiente possível, para garantir o resultado máximo da aplicação dos recursos e preservar a moralidade da coisa pública.

A Constituição da República impõe a observância e a garantia de diversos direitos fundamentais, isso faz com que o administrador público tenha que usar o erário para garantir, da forma mais eficiente possível, que o comandamento constitucional se materialize no cotidiano de todos os cidadãos. São muitas as previsões constitucionais e os recursos, como sempre, são escassos. Destarte, a eficiência deve ser uma consequência natural do empenho no orçamento público de verbas que garantam o cumprimento integral dos direitos e garantias fundamentais previstos na atual ordem constitucional.

Tudo o que já foi visto deve caminhar *pari passu* com o equilíbrio orçamentário, para que não se sacrifique o futuro em nome de gastos imediatista e que muitas vezes que têm apenas motivações efêmeras. O equilíbrio entre receita e despesa pública é fundamental para a sustentabilidade das políticas acima mencionadas. Um ente estatal em crise financeira e com grande déficit público não poderá manter uma ação vigorosa e necessária para fazer valer os ditames constitucionais que preveem o mais profundo respeito aos direitos fundamentais.

Isso significa que, algumas vezes, será necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir esses direitos de elevada importância na ordem constitucional. O Estado-Juiz é tem o dever de guardar a Constituição e fazer aplicar seus comandamentos, principalmente quando há omissão do poder público. Assim, o Poder Judiciário se transforma na última trincheira do cidadão para garantir o que é dele por direito. O fenômeno contemporâneo da judicialização das políticas públicas ganha corpo e a ação do judiciário é legítima quando faz cumprir a ordem constitucional e garante a os direitos mais fundamentais do povo brasileiro.

O País inteiro deve trabalhar para a construção de um Brasil em que os direitos fundamentais sejam garantidos a todos, sem distinção alguma. Para isso é fundamental que o Estado Brasileiro garanta no Orçamento Público e, por que não dizer, no Plano Plurianual, os recursos necessários para efetivar o que a Carta Política determina: todos devem ter uma vida digna e plena de direitos. Que o Estado cumpra a sua função constitucional, sempre caminhando na direção da justiça social, e que direitos mais básicos sejam assegurados e respeitados por meio de uma intervenção efetiva, eficiente e equilibrada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Trinta Anos da Constituição*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos.html5/constituente/index.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal: *ADI nº 1.484-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 21/08/2001. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-630-do-stf-2011,32459.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal: *RE nº 482.611-SC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, ago. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

DOMINGUES, José Marcos. *Equilíbrio orçamentário vai muito além da projeção*

financeira. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/jose-domingues-equilibrio-orcamentario-projecao-financeira>>. Acesso em: 16 set. 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

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

GRAU, Roberto Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, V. 7, n. 7, 2010.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2010.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PIOVESAN, Flávia. GARCIA, Márcia (Org). *Doutrinas Essenciais Direitos Humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011.

SABBAG, Cesar. *Orçamento e Desenvolvimento: recurso público e dignidade humana*. Campinas: Millenium, 2007.

SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário - 20 ed.* Rio de Janeiro: Processo, 2018.