

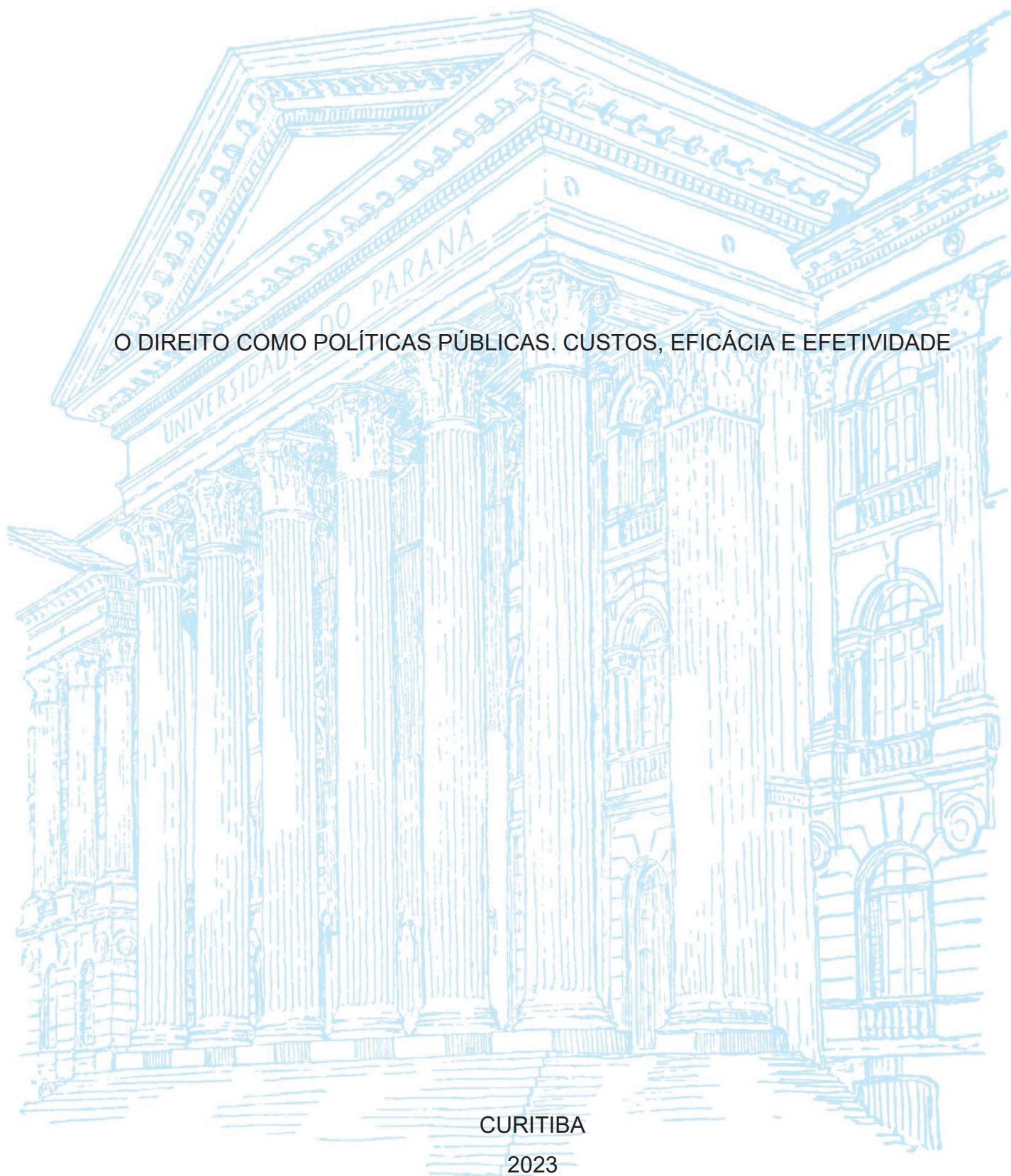
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR

O DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS. CUSTOS, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

CURITIBA

2023



JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR

O DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS  
CUSTOS, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Luís Kanayama

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Carvalho Júnior, José Anselmo de

O direito como políticas públicas: custos, eficácia e efetividade / José Anselmo de Carvalho Júnior. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Rodrigo Luís Kanayama.

1. Política pública. 2. Direitos fundamentais. 3. Norma jurídica. 4. Administração pública. I. Kanayama, Rodrigo Luís. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia quatorze de agosto de dois mil e vinte e três às 16:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR**, intitulada: **O DIREITO COMO POLITICAS PUBLICAS. Custos, eficacia e efetividade.**, sob orientação do Prof. Dr. RODRIGO LUÍS KANAYAMA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RODRIGO LUÍS KANAYAMA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSE MAURICIO CONTI (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO ), FABRICIO RICARDO DE LIMAS TOMIO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), GABRIEL LORETTO LOCHAGIN (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP), ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RODRIGO LUÍS KANAYAMA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 14 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 13:25:13.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/08/2023 22:36:24.0

JOSE MAURICIO CONTI

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO )

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 16:43:03.0

FABRICIO RICARDO DE LIMAS TOMIO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 10:05:34.0

GABRIEL LORETTO LOCHAGIN

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 11:48:10.0

ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR** intitulada: **O DIREITO COMO POLITICAS PUBLICAS. Custos, eficacia e efetividade.**, sob orientação do Prof. Dr. RODRIGO LUÍS KANAYAMA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 14 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 13:25:13.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/08/2023 22:36:24.0

JOSE MAURICIO CONTI

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO )

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 16:43:03.0

FABRICIO RICARDO DE LIMAS TOMIO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 10:05:34.0

GABRIEL LORETTO LOCHAGIN

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE São PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

15/08/2023 11:48:10.0

ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

À Clara e Amanda, minhas filhas, e à Jailma, minha esposa, amores da minha vida, a quem sempre tudo dedico.

À minha mãe Bernarda, que imaginava “ser doutor” algo mais simples.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que se basta e sabe de todas as coisas.

À minha esposa e filhas pelo apoio, compreensão e incentivo.

À Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, pela manutenção do esforço institucional em formar doutores e elevar e manter elevado o padrão de ensino, pesquisa e extensão no semiárido potiguar.

À Universidade Federal do Paraná – UFPR, pelo acolhimento do programa de doutorado interinstitucional em direito, demonstrando concretamente seu papel social, científico e institucional.

Aos Sérgio Júniores (S. Said Staut Jr., da UFPR; S. Alexandre de Moraes Braga Jr., da UERN), pela condução do DINTER, com competência, zelo e dedicação.

Aos colegas da turma de doutorado, com quem dividi os últimos quatro anos de estudos e esforços em viagens, discussões, aprendizado e encorajamento.

Aos professores do PPGD/UFPR, especialmente aos que caminharam conosco e nos conduziram nos seminários e encontros, pela acolhida, compartilhamento de saberes e experiências; pelo empenho e dedicação; pelo altíssimo nível de debates e exposições; por nos proporcionar contato e acesso às mais elevadas e atualizadas produções acadêmicas.

Aos membros da Banca Examinadora, pela compreensão e acolhimento.

Ao Professor Rodrigo Luís Kanayama, meu orientador, pelas gentis e preciosas observações, pela orientação precisa, pela objetividade esclarecedora, pelas sugestões decisivas, pela paciência e atenção e pela cordialidade marcante.

“E a coisa mais certa de todas as coisas  
Não vale um caminho sob o sol”.  
(*Caetano Veloso, 1978, Força estranha*)



## RESUMO

A Política põe o direito no papel. As políticas públicas tiram o direito do papel. Uma política é a manifestação de uma escolha realizada pela autoridade que tem legitimidade e competência constitucional e/ou legal para atingir um objetivo de interesse público, portanto, é uma manifestação do Poder. As decisões políticas visam a cumprir um mandamento constitucional. O Direito normatiza o procedimento de tomada de decisão (escolha). A política pública é uma política especial voltada para dar solução a um problema da sociedade, por meio da formação de programas de ação governamental, estabelecendo objetivos e metas, definindo recursos públicos necessários e suficientes, prazo de implementação de ações e etapas, em sintonia com o Orçamento Público. O ciclo da política pública se inicia com a tomada de decisão, seguida da aprovação e da execução. Neste trabalho, as políticas públicas são tomadas como dados, isto é, como produtos de escolhas políticas já realizadas, e será observada e tratada a partir do momento em que exista, considerando que ela se apresenta como norma, preocupando-se com sua eficácia jurídica, isto é, capacidade de irradiar efeitos/consequência jurídicas. Este trabalho problematiza dogmaticamente o papel das políticas públicas enquanto norma que estatui deveres objetivos, apontando objetivos e metas para a Administração Pública, e direitos subjetivos correlatos a direitos fundamentais para seus destinatários. A pesquisa retratada nesta tese é teórica, dialogando com diversas disciplinas jurídicas, especialmente a teoria geral do direito, o direito constitucional, o direito administrativo e o direito financeiro. O estudo empreendido e as reflexões realizadas nos levaram a compreender as políticas públicas como um tipo específico de política, distinta das demais formas de mobilização do poder estatal, tendo por objeto os direitos fundamentais. Também não se confundem com os serviços públicos ou serviços governamentais, podendo estes ser instrumentos de implementação delas. São, portanto, as políticas públicas, mais do que uma técnica, tecnologia ou ferramenta, uma norma complexa, que encerra objetivos, deveres e direitos, expressa sob a forma de normas-objetivo e regras (eventualmente princípios), promovendo uma vinculação interna de recursos orçamentários para sua execução, com o conteúdo de ações positivas aptas a concretizar direitos fundamentais, cuja tarefa de implementação, ainda que concorram outros atores sociais (iniciativa privada ou terceiro setor), cabe precipuamente à Administração Pública.

Palavras-chave: Políticas públicas. Normas-objetivo. Direitos Fundamentais. Administração Pública. Norma jurídica.

## ABSTRACT

Politics puts the rights on paper. Public policies take the rights off the drawing board. A policy is the manifestation of a choice made by the authority that has legitimacy and constitutional and/or legal competence to achieve an objective of public interest, therefore, it is a manifestation of Power. Political decisions are aimed at fulfilling a constitutional mandate. Law regulates the decision-making procedure (choice). Public policy is a special policy aimed at solving a problem in society, through the formation of government action programs, establishing objectives and goals, defining necessary and sufficient public resources, deadlines for implementing actions and stages, in line with the Public Budget. The public policy cycle begins with decision-making, followed by approval and execution. Public policies are taken as data, that is, as products of political choices already made, and will be observed and treated from the moment they exist, considering that they are presented as a norm, concerned with their legal effectiveness, that is, capable of radiating legal effects/consequences. This work dogmatically problematizes the role of public policies as a norm that establishes objective duties, pointing out objectives and goals for Public Administration, and subjective rights for people related to fundamental rights. The research portrayed in this thesis is theoretical, dialoguing with several legal disciplines, especially the general theory of law, constitutional law, administrative law and financial law. The study undertaken and the reflections carried out led us to understand public policies as a specific type of policy, distinct from other forms of mobilization of state power, having fundamental rights as its object. Nor can they be confused with public services or government services, which may be instruments for their implementation. Public policies are, therefore, more than a technique, technology or tool, a complex norm, which contains objectives, duties and rights, expressed in the form of objective norms and rules (possibly principles), promoting an internal link between budgetary resources for its execution, with the content of positive actions able to materialize fundamental rights, whose task of implementation, even with the participation of other social actors (private initiative or third sector), falls primarily to the Public Administration.

Keywords: Public policies. Standards. Fundamental rights. Public administration. Legal norm.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>16</b>
<b>2 DIREITO, DEVER E CUSTO</b> .....	<b>25</b>
2.1 DIREITO COMO FORMA.....	27
2.2 DIREITO COMO CONTEÚDO .....	45
2.2.1 Os direitos fundamentais.....	47
2.2.2 Direito à boa administração.....	53
2.2.3 Direito, bem público e bem comum .....	57
2.3 DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTO PÚBLICO. ....	62
2.3.1 Estrutura e organização do orçamento público brasileiro.....	67
2.3.2 Os custos dos direitos no orçamento público .....	70
2.4 DEVER E DEVERES.....	74
2.4.1 O papel do Estado como dever .....	76
2.4.2 O dever de elaborar políticas públicas .....	84
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	<b>88</b>
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: SOLUÇÃO DE PROBLEMAS. PROBLEMA COMO OBJETO DO DEVER. ....	94
3.2 OS DEVERES DO ESTADO. O AGIR DO ESTADO. PROCEDIMENTOS. ....	98
3.3 OS CUSTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	104
3.4 DIREITO MATERIAL (CRIAÇÃO DO DIREITO) E EXECUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA (EFICÁCIA) .....	110
<b>4 DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.</b> .....	<b>116</b>
4.1 DIREITO SUBJETIVO E DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.....	119
4.1.1 A norma jurídica que cria uma política pública .....	121
4.1.2 As normas-objetivo.....	126
4.1.3 A natureza jurídica das normas sobre políticas públicas .....	131
4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS, ORÇAMENTO PÚBLICO E CUSTOS.....	141
4.3 CONCRETIZAÇÃO DA NORMA (POLÍTICA PÚBLICA) E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA (EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE). ....	147
4.3.1. Sentidos de concretização da norma e de concretização de políticas públicas 149	
4.3.2. Execução orçamentária, vinculação e afetação de recursos e cumprimento de deveres .....	154

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>164</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>172</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Política põe o direito no papel. As políticas públicas tiram o direito do papel.

Entre esses dois momentos, e tanto na decisão política quanto na atuação administrativa, o Direito atua, definindo procedimentos e atos materiais. O direito tanto é forma quanto é conteúdo, mas sem deixar de ser norma.

O objeto do Direito, enquanto *ciência*, é a “norma jurídica”, entendida como elemento nuclear dessa ciência e do sistema jurídico. A qualificação de “jurídica” da norma remete à ideia de que houvesse outros tipos de “normas”. Informa-se que, “antes da revolução francesa”, haveria outras ordens; logo, outros direitos, que não o estatal. É – para indicar um *marco histórico* – a partir da “Revolução Francesa”, que o Estado passa a ser aceito como síntese da sociedade e único legitimado a estatuir “a ordem”, a ordem jurídica. Esse Estado será laico e racional, com poder de produzir “o Direito”, isto é, elaborar e produzir normas jurídicas pelo exercício da razão humana, cuja fonte de legitimidade já não seria um mandato divino (Igreja) nem uma distinção honorífica (nobreza), mas o povo.

Essa simplificação da história do nascimento da compreensão do Estado e do Direito bem representa a mudança do conceito de Direito e de norma jurídica, que já não era a mesma, nem na produção nem na utilidade: não se prestava apenas para a solução dos problemas (lides) privados, mas passava a reger também todas as relações sociais e institucionais, inclusive nas que o Estado integrasse um dos polos da relação, isto é, as causas entre o Estado e as pessoas naturais ou jurídicas. As bases sobre as quais as instituições existiam também não tinham a mesma fonte de legitimidade (Deus ou a Tradição), nem se impunham como resultado da vontade do monarca ou do Papa, mas a construção racional de regras debatidas e decididas em um parlamento eleito, que se tinha como representante do povo.

A norma jurídica, então, é um produto do Estado, agora entendido como uma instituição que sintetiza a comunidade organizada num território, sob uma única fonte de autoridade e de legitimidade, soberana e impessoal.

Esse objeto (norma jurídica) passou a ser tratado, então, por uma nova ciência (Direito) apenas a partir de meados do século XIX; e o modelo de Estado que a produz se irradiou pela maior parte do mundo, servindo de parâmetro de

organização política. O Estado que produz a norma jurídica é também construído e limitado por ela, uma vez que é o Direito que passa a disciplinar o exercício do Poder político.

Um direito também é popularmente compreendido como algo que alguém tem em face de outrem, capaz de ser exigido. A outra face da norma jurídica, além do direito, é o dever. Assim, ao lado do direito existe o dever.

Kelsen e Hart, no século XX, em suas mais famosas e seminais obras, tecem longo debate sobre o dever jurídico, como se fosse a imagem espelhada do direito. Infere-se que partem da noção ou do conceito de obrigação/dever para chegar ao conceito ou noção de direito. E elucubram sobre a norma primeva, a que daria sustentação lógica aos seus sistemas de normas jurídicas – sempre estatal. Com efeito, ambos tomam a norma jurídica como a norma promanada pelo Estado, já considerando que apenas a norma jurídica é a norma válida e é sempre oriunda do Estado. Contudo, focam – talvez cingidos à compreensão da época em que produziram seus escritos – no dever e no direito de um indivíduo ou de uma coletividade de indivíduos, pouco tratando do dever do Estado para com seus cidadãos e habitantes de seu território.

A concepção liberal do Estado, vista como maior ênfase nos séculos XVIII e XIX, produto do “espírito” da Revolução Francesa, remete à ideia de que o Direito teria a função de limitar o poder do Estado, isto é, o Estado teria o Poder (núcleo da Soberania), mas não mais o poder absoluto, senão o poder limitado, contido, regulado e permitido pelo Direito; o poder não é ilimitado nem discricionário. Assim, o Estado teria uma atuação regrada pela norma jurídica (liberdade negativa), enquanto o indivíduo teria a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de fazer o que a Lei não lhe proibisse. De toda forma, pode-se dizer que o Estado é o único que tem o direito de ter o Poder – cuja fonte, nas democracias, é o povo.

Noutro giro, o Estado do século XX começa a ter outras tarefas, além das já clássicas: manutenção da defesa externa e interna, administração da justiça e coleta de impostos e outras afins; começa a assumir deveres instrumentais, de modo a promover um estado de coisas intermediado por serviços, que serão qualificados de públicos<sup>1</sup>, a partir da percepção dupla de que (i) interessa ao público e (ii) pode ser

---

<sup>1</sup> A palavra “público” é polissêmica, adquirindo sentido no contexto em que utilizada, podendo ser tanto um substantivo quanto um adjetivo; nesse último sentido, adquire feições diferentes, podendo,

provida pelo poder público. Com efeito, muitas utilidades de interesse e de proveito para mais de um indivíduo, para uma coletividade, foram prestadas, desde fins do século XIX, por empresas, ficando o Poder Público ao largo de sua prestação ou mesmo de sua regulação<sup>2</sup>. Essas atividades a cargo do Poder Público são os esboços do que se veio a chamar de “políticas públicas” como expressão sintética daquilo que o Governo faz, sob o ponto de vista da Política ou da Administração. Mas, o Direito, como ciência, ainda não a tinha abordado ou se preocupado em analisá-la. O direito administrativo, pelo menos no Brasil, ainda se concentrava na organização da estrutura da Administração Pública e com conceitos atinentes a essa estrutura: órgãos públicos, ato administrativo e serviço público dominaram o panorama conceitual do direito administrativo; a atuação da Administração Pública era escrava da lei, na visão mais restrita do princípio da legalidade – ainda não contemplando a juridicidade<sup>3</sup>. Assim, o ato administrativo, com seus diversos atributos (especialmente a competência) era a lente com a qual o Direito Administrativo enxergava a atuação administrativa, sem se preocupar, dogmaticamente, com a eficiência ou efetividade da ação administrativa – o que parece ter ficado expresso apenas com a Emenda constitucional n. 19, de 1998.

As tarefas do Poder Público de dar respostas concretas a problemas reais se expandem no mesmo passo em que as reivindicações de direitos se avolumam, não bastando garantir formalmente a liberdade, mas dar passos concretos em direção da igualdade e de promover alterações na vida social. Mas é sobretudo com a afirmação dos direitos humanos, após a II Guerra Mundial e a constituição da ONU, que o papel do Estado na promoção desses direitos e na efetiva melhoria da qualidade de vida das pessoas – culminando com o direito ao desenvolvimento, os pactos internacionais dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos civis e políticos – passa a ter novo *status*, sobretudo quando eles são incorporados nas constituições e no direito comum nacionais, à guisa de direitos fundamentais.

É perceptível que o papel do Estado, conquanto possa ser concebido e pronunciado pela Política, apenas é afirmado pelo Direito; e, mais do que isso, se torna exigível pelo Direito, constituindo deveres do Estado e direitos dos cidadãos e

---

dentre outros significados, ser entendida qualificando algo como “estatal” (do Estado) ou “popular” (do povo).

<sup>2</sup> PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2 ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

cidadãos de cada lugar. E é por meio de concepção e implementação de políticas públicas que os direitos fundamentais são concretizados, isto é, saem do papel e se tornam realidade.

Esse panorama nos remete ao núcleo do presente trabalho, que entende o dever do Estado como o dever-poder<sup>4</sup> de concretizar políticas públicas adremente estabelecidas em norma jurídica; é o conjunto de atos para “tirar do papel” o direito inscrito pela Política. Em contraponto ao Poder, pois, há o dever de estabelecer as normas jurídicas que dão os contornos dessas mesmas políticas públicas. Portanto, parte-se da consideração de que as políticas públicas são expressões da manifestação do agir do Estado disciplinado precipuamente pelo chamado Direito Administrativo, porém em plena sintonia, sobretudo, com os Direitos Constitucional e Financeiro.

Também se defende que haja distinções conceituais e semânticas entre Política e políticas públicas. A primeira é compreendida como as manifestações e exercício do poder; com a ajuda da distinção dos equivalentes em língua inglesa *policy*, *politics* e *polity*, se torna fácil compreender o polissêmico termo em língua portuguesa “política”, isto é, enquanto produto, enquanto atividade e enquanto sistema, conforme será oportunamente apresentado no texto. Já políticas públicas, conquanto equivalha à expressão *politics/policies*, representa, como dito, aquilo que “o Governo faz” – talvez melhor se pudesse dizer aquilo que o Governo concebe e a Administração Pública faz ou precipuamente faz.

Concebendo as políticas públicas como um dever do Estado, tem-se que o direito dos cidadãos, frente ao Estado, é o de obter e de usufruir dos produtos dos atos materiais concebidos por essas políticas públicas, compondo o binômio direito-dever característico da relação jurídica. Portanto, em face do dever do Estado há o direito das pessoas. É nesse sentido que se pode, por exemplo, compreender a fórmula “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

O presente trabalho, então, foca-se no direito como políticas públicas, isto é, o direito na forma “norma jurídica” se expressa como políticas públicas encartando deveres e direitos, quando alberga um conjunto de tarefas do Governo e da Administração Pública voltadas para resolver um problema social e concretizar um

---

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 73



direito fundamental. A hipótese de trabalho, portanto, é de que as políticas públicas são, elas mesmas, uma norma jurídica, que encerra comandos objetivos (deveres) para a Administração Pública e estabelecem *ipso facto* um direito subjetivo para os destinatários dessa mesma política pública ao proveito material do dever: a concretização de um direito fundamental.

Essas reflexões surgem e se mostram importantes porque, como se tentou refletir no primeiro parágrafo desta Introdução, o direito precisa de sair do papel. Não se encontrou, na perspectiva da dogmática jurídica, uma explicação objetiva do papel das políticas públicas para concretizar direitos fundamentais. Ela ora é compreendida como “tecnologia jurídica” (Maria Paula Dallari Bucci<sup>5</sup>) ou como “caixa de ferramentas” (Diogo Coutinho<sup>6</sup>), sempre como um instrumento, um meio; jamais como algo que contenha direitos e deveres. É certo que as tarefas do Estado, cometidas pela Constituição e pelas leis, não podem ser implementadas apenas pela expedição da norma. Mesmo as normas programáticas implicam em tarefas, cuja eficácia não se dá unicamente com a expedição de outras leis (gerais e abstratas). Nem os atos administrativos, mesmo se entendidos como normas individuais e concretas ou como atos vinculados ou discricionários, são suficientes. Discute-se, então, o papel que as políticas públicas têm, com outros sentidos de normatividade e de positividade, no cumprimento das tarefas do Estado, porquanto elas obriguem e vinculem a Administração Pública. Também se questiona, sendo a política pública uma norma, qual seria sua natureza ou que tipo de normas encerram? De que modo ela é eficaz, eficiente e efetiva? Como se posiciona frente aos ramos do direito, sobretudo do direito constitucional, administrativo e financeiro?

Portanto, do ponto de vista metodológico, este trabalho problematiza dogmaticamente o papel das políticas públicas enquanto norma que estatui deveres objetivos, apontando objetivos e metas para a Administração Pública, e direitos subjetivos para as pessoas correlatos a direitos fundamentais. Dessa maneira, entende-se adequado à linha de pesquisa e área de concentração do PPGD da

---

<sup>5</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 50/51

<sup>6</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206. BUCCI, *op. cit.*, afirma que essa expressão foi utilizada “por Jean-Claude Thoenig. L’analyse des politiques publiques. In: *Traité de Science Politique* (Madeleine Grawitz e Jean Leca – coords.). Paris: PUF, 1985, p. 3” (*Fundamentos*, p. 256, nota de rodapé 427).

UFPR, qual seja “perspectivas da dogmática crítica” e Direito do Estado, respectivamente.

Neste trabalho, não se preocupará com o, nem será dada ênfase ao, procedimento de como uma política surge nem sobre os mecanismos, métodos e fórmulas para elaboração, escolhas e tomada de decisão – na linha do que vislumbrado por Diogo Coutinho<sup>7</sup>, ao destacar que as políticas públicas podem ser enxergadas, na pesquisa em Direito, por dois ângulos não antagônicos, um dos quais seria tomá-las “como dados, isto é, como produtos de escolhas políticas em relação aos quais o direito ou o jurista têm pouca ou nenhuma ingerência”, e o outro vê o direito como “uma fonte definidora dos próprios objetivos aos quais serve como meio”. A política pública será observada e tratada a partir do momento em que exista, por considerarmos que ela se apresenta como norma, portanto será dada ênfase a sua eficácia jurídica, como sói com o fato jurídico, isto é, aquele fenômeno capaz de irradiar efeitos/consequência jurídicas. Nada obstante, será enfatizado que os processos de criação da política pública devem ser – embora não necessariamente sejam – juridicamente regulados ou disciplinados em todas suas fases ou etapas. Embora a Constituição aponte objetivos a serem alcançados, via normas programáticas ou princípios, o conteúdo de cada política pública é definido politicamente por meio de normas jurídicas (“põe o direito no papel”), sejam leis ou decretos. Com efeito, o processo legislativo de formação de leis é regido pelos Regimentos das Casas Legislativas; mas nem sempre o da formação dos Decretos são minuciosamente estabelecidos em todas as esferas federativas.

No recorte metodológico, destacam-se os direitos fundamentais (como liberdades positivas e negativas) e as tarefas do Estado orientadas para concretização deles por meio de implementação de políticas públicas, segundo o programa constitucional. Nesse sentido, o Estado-Administração deverá ser tanto o titular (posição ativa) das ações concretizadoras desse programa, quanto o encarregado de concretizar as aspirações sociais (posição passiva).

Assim, a pesquisa retratada nesta tese é teórica, dialogando com diversas disciplinas jurídicas, especialmente a teoria geral do direito, o direito constitucional, o direito administrativo e o direito financeiro, cujos institutos e preceitos são expostos e

---

<sup>7</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

combinados, a fim de demonstrar a hipótese de trabalho. Explora-se, ademais, proposições jurídicas positivadas na Constituição e algumas leis relativas a respeito do dever estatal de dar resposta aos problemas sociais no sentido de concretizar direitos fundamentais. Também se abre, embora não explore amplamente, a diálogos com a Ciência Política e as Finanças Públicas, no sentido de que a opção pelo direcionamento dos recursos públicos, conquanto tenham disciplina jurídica, são decisões políticas e técnicas conformadas às balizas postas pelo Direito.

No percurso da exposição, é resgatado e discutido o conceito de direito, destacando dois vieses: (a) direito como forma (baseado em algumas posições doutrinárias clássicas), expondo o conceito de norma, ordenamento, relação jurídica e posições ativas e passivas, ou seja, o direito; e (b) direito, contido numa norma jurídica, como conteúdo, o que se pretende efetivamente materializar, isto é, um direito, resgatando os conceitos de direitos fundamentais e alguns elementos de atuação do Estado e da Administração Pública para materializá-los. Entende-se oportuno fazer esse resgate para demonstrar, adiante, que as políticas públicas têm conteúdo normativo, criando direitos e deveres.

Pretende-se, ainda, discutir se o direito ou um direito, sob essas óticas, pode ser considerado um bem, ou seja, pode ser elemento de um patrimônio (jurídico). Se sim, surgem as questões: se o titular desse bem/direito seria um indivíduo e/ou a coletividade, e se ele (direito) abstratamente poderia ser defendido/buscado em juízo. Isso também dá azo a questionar sobre, sendo um bem, se teria uma expressão patrimonial e se é possível calcular o custo/preço desse direito.

A premissa é de que, nesse caso, o custo só poderia ser definido ou estimado quando se tratar de políticas públicas, a partir da expressão orçamentária dos programas de governo incluídos na LOA – Lei Orçamentária Anual. Daí, seria, quando menos, inviável ou até mesmo inútil, calcular o custo de um direito de um indivíduo – sem esquecer o que disse Alexy: “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, pág. 499.

Também se propõe a apresentar elementos sobre o conceito de dever, a fim de enquadrar o agir do Estado como um dever – e tentar acomodá-lo nas posições passivas do quadro de Hohfeld, conforme a demanda.

Em seguida, mirando aspectos de eficácia das normas e da eficiência do Estado, apresentam-se as noções de políticas públicas, do ponto de vista da Administração Pública e do Direito, ou seja, como método de solução de problemas e como objeto de um dever. E dispõe-se a apontar, a partir dos objetivos do Estado brasileiro (CF, art. 3º), que o Estado há de se organizar para melhor prestar os serviços (boa administração) ao menor custo (eficiência). Em paralelo, serão tecidas discussões sobre a criação de direitos (como objeto) e a eficácia dessa norma que cria uma política pública – tangenciando elementos da análise de impacto legislativo e o art. 113 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por fim, discute-se se os direitos subjetivos (posição ativa) são oponíveis ao Estado ou se eles apenas o são se se adequarem/integrarem a uma política pública. Para exemplificar, serão apresentados alguns aspectos da judicialização “da saúde” e alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação de políticas públicas. É discutida a natureza jurídica das normas que criam políticas públicas e do conteúdo delas, resgatando o conceito de norma-objetivo, entendendo-a como aplicável à normatividade e positividade das políticas públicas, ao lado das normas tipo regra. E, na perspectiva da concretização, apresentam-se dois sentidos da expressão “concretização”, diferenciando a concretização da norma da concretização de um direito, sobretudo de um direito fundamental.

Defende-se, ao final, que essas políticas públicas serão mais efetivas e eficientes, quanto mais seus custos possam ser dimensionados e cobertos pelo Orçamento, a fim de terem sustentabilidade e facticidade. Em paralelo, apresentam-se as dificuldades normativas da tomada de decisão dada a rigidez orçamentária, e aborda-se a concretização da norma de política pública e execução orçamentária dela, sob os critérios de eficiência e efetividade.

Esperando que essas reflexões possam contribuir para compreender e reconhecer um papel mais efetivo das políticas públicas enquanto meio normativo de concretizar direitos, e não somente como instrumento, tecnologia ou ferramenta de

atuação administrativa, parafraseamos Eros Grau<sup>9</sup>: se houver proveito ou mérito na presente tese, terá sido recompensado o exercício da humildade diante do tema.

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 252.

## 2 DIREITO, DEVER E CUSTO.

Há muitos modos de compreender – e de estudar – o direito: como norma jurídica, como expressão da norma jurídica, como contraposto do dever, como decisão, como objeto de uma ciência (Direito) etc.

O Direito (grafado com inicial maiúscula) significará a ciência do Direito, enquanto direito (grafado com inicial minúscula) significará a norma jurídica produzida pelo órgão competente, seja o parlamento, seja o judiciário ou mesmo pela administração pública. Assim, teremos a ciência e o objeto dessa ciência, que compartilham a mesma palavra: direito.

A noção clássica mais comum do termo “direito” é a de norma jurídica, que expressa o caráter deôntico ínsito no comando, implicando um dever-ser voltado ao comportamento do destinatário da norma, se realizados seus pressupostos fáticos. Daí, se extraem os conceitos de vigência, eficiência e efetividade da norma, além da eficácia do fato jurídico; noutro bordo, se vislumbram as noções de ordenamento jurídico, de eficácia sintática e de eficácia semântica, que dão sentido ao imbricamento de normas.

Portanto, uma norma jurídica é orientada para que haja uma alteração de comportamento do indivíduo, segundo os modais deônticos *obrigatório*, *proibido* ou *permitido* – no sentido de serem normas de comportamento. Hohfeld<sup>10</sup>, no início do século XX, já destacava que esses modais, conquanto importantes, não esgotavam as posições dos sujeitos da relação jurídica, que assumiam diferentes sentidos segundo o conteúdo do interesse.

Disso também se consegue vislumbrar a existência e importância do dever, que significa o resultado da incidência da norma, uma vez que o destinatário da norma deverá se comportar segundo a indicação por ela dada. Assim, ao direito de um implicará o dever de outrem, que poderão mudar suas posições e comportamentos de acordo com a incidência da norma.

Mas isso não esgota o fenômeno jurídico, dado que nem sempre os indivíduos, por si sós, cumprirão o comando normativo, sendo necessário que o Estado, via Judiciário, determine o cumprimento coercitivo da norma jurídica caso

---

<sup>10</sup> HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. 3 ed. Volume 2 de Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara: Ciudad de Mexico, 1997.

não a cumprida espontaneamente, ou, excepcionalmente, a Administração imponha seu cumprimento nos casos de autoexecutoriedade do ato administrativo. Destarte, o fenômeno da efetividade da norma pode ficar em crise, quando necessite de um ato estatal a fim de lhe garantir o cumprimento (*enforcement*), ou seja, quando houver uma pretensão resistida no cumprimento do dever e na satisfação do direito – tema que o chamado direito processual ou a teoria geral do processo se ocupam, e que não será explorado neste trabalho.

Para além desses aspectos teóricos e formais em torno da norma e de sua produção, há elementos práticos e materiais, que devem ser considerados no processo político de criação da norma jurídica geral e abstrata – previstos na Constituição Federal no art. 59 – bem como da norma jurídica individual e concreta – mormente o ato administrativo normativo. No Brasil, a lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 – conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – disciplina alguns desses elementos, ao estatuir que o ato normativo (legislativo ou administrativo) que crie “despesa obrigatória de caráter continuado”, qual seja aquela que “fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios” (art. 17), deverá explicitar o “impacto orçamentário-financeiro”; esse preceito foi reforçado com o art. 113 do ADCT, instituído pela EC 95. Dessa forma, o “custo do direito” passa a ser elemento fundamental a ser considerado pela decisão política, sob pena de serem consideradas “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público” (art. 15) as despesas geradas por essa norma. A exigência normativa tem óbvio efeito sobre a elaboração de políticas públicas, que pode ser entendida como a ação estatal organizada para “resolver um problema” por meio de adoção de atos administrativos e alocação e emprego de recursos públicos<sup>11</sup>. Noutro sentido, produzir norma jurídica ou garantir direitos é realizar despesa pública – ainda que não seja redutível a isso.

Neste Capítulo, propõe-se a expandir esses argumentos sumariados acima, tecendo considerações sobre o Direito e o Dever, nele introduzido, e adiante

---

<sup>11</sup> O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 488/2017 propõe alterar “a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o encaminhamento de proposições legislativas que instituem políticas públicas”. Este projeto de lei complementar foi aprovado no Senado em 05/04/2018, e remetido à Câmara dos Deputados, onde recebeu o número PLP 494/2018. Em 07/07/2023 ainda aguardava designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, mesmo tendo sido consignado regime de tramitação de “prioridade” (Art. 151, II, RICD).

explorar o conceito de políticas públicas como uma das expressões do dever do Estado correspectivo ao direito dos cidadãos.

## 2.1 DIREITO COMO FORMA

Direito é relação jurídica intersubjetiva? É objeto ou é conteúdo de um objeto?

A palavra direito não tem uma definição ou conceito preciso, ainda hoje, gerando muita dificuldade, mesmo para seus operadores mais hábeis e respeitados, para expressar, com objetividade, qual o sentido em que se emprega o termo; a questão da linguagem não pode ser desprezada<sup>12</sup>. A palavra direito tem muitas aplicações, tanto no uso científico, quanto técnico ou mesmo popular – afinal, todas as pessoas têm uma noção ou ideia do que seja “direito” ao empregá-la no cotidiano. Vejamos alguns conceitos de uso corrente na doutrina.

É corrente a aceitação de que o direito é relação jurídica intersubjetiva, como exposto e defendido por Bobbio<sup>13</sup>, com fundamento em Kant. De fato, destaca Bobbio que a relação jurídica é aquela caracterizada pela forma e não pelo conteúdo; tal forma é a jurídica, sendo, portanto, a relação jurídica a regulada por uma norma jurídica; enquanto não for, são apenas relações de fato (econômicas, sociais, morais etc.). E a intersubjetividade marca essa relação, uma vez que envolve (pelo menos) dois sujeitos dispostos sempre em dois polos: um que tem um direito e outro, um dever correlato<sup>14</sup>. Bobbio, então, apresenta o conceito de direito como relação jurídica de pessoas (sujeitos de direitos), distribuídas em dois polos opostos, em torno da norma jurídica. E diz que a norma jurídica é a norma que integra um ordenamento jurídico. Esse conceito, um tanto quanto tautológico à primeira vista, remete a uma outra noção que qualifica a norma jurídica: o ordenamento jurídico, que é o conjunto de normas jurídicas, estruturado racionalmente, editadas pelo Estado; não de outro tipo de norma. Assim, a norma jurídica é sempre uma norma estatal, a única com força coercitiva sobre o agir das pessoas naturais ou jurídicas (normas de comportamento) e do próprio Estado

---

<sup>12</sup> HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

<sup>14</sup> Idem. *Ibidem*.



(normas de estrutura). Afastam-se, com essa ideia, a imperatividade de outras normas e ordens capazes de contrastar com a norma jurídica (estatal)<sup>15</sup> e bem revelam a noção de Soberania, cujo único titular é o Estado.

Afastam-se, portanto, outras ordens/ordenamentos de normas, que não serão tidas por jurídicas, isto é, não constituirão nem instituirão direitos, não serão imperativas nem válidas ou reclamadas perante um tribunal estatal. Com isso, o chamado direito canônico (católico), por exemplo, não servirá de parâmetro para exigir ou reclamar uma alteração de comportamento alheio, a reivindicação de uma coisa ou o cumprimento de uma exigência perante o Estado. É bem verdade que outras normas, tidas por “técnicas”, podem se fazer obedecidas, mas não *sui juris*, senão quando prevista em norma jurídica estatal, como ocorre ao se estipular, por exemplo, obediência às “normas de contabilidade” (art. 50 e 69 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000), ou seja, quando uma norma jurídica determine a aplicação de uma norma técnica.

Mas continua em aberto o que se pode entender, formalmente, por norma jurídica, como uma unidade capaz de ser analisada cientificamente, do ponto de vista das ciências “da natureza”, isto é, capazes de serem analisadas ou estudadas pelos critérios ou métodos que se fazem com os elementos da natureza: peso, massa, composição, origem/fonte etc. Embora esses critérios não possam ser aplicados aos objetos ideais, como sejam as normas, muito das nomenclaturas utilizadas na práxis do Direito as emprega, como quando se refere a “fonte do direito”, “peso dos princípios”, “elementos da norma”, “família ou classe” de direitos, “espécies ou tipos” de normas ou de direitos ou mesmo “natureza do direito”; até a consagrada expressão “autopoiese” do direito é inspirada em sistemas biológicos.

Por óbvio, o Direito tem outro método, que analisa a norma jurídica ora como objeto ideal, ora como um objeto próprio da teoria linguística etc.

De todo modo, vê-se que o direito, como forma, é conhecido a partir de sua expressão linguística, ou seja, de uma comunicação de uma ideia, que é recebida, compreendida e aceita por um indivíduo, por um conjunto de indivíduos, por uma comunidade, por uma sociedade. Daí se apresenta a norma jurídica como

---

<sup>15</sup> Convém lembrar que essa descrição calha com a noção do direito produzido na Europa pós-Revolução Francesa e que se espalhou para, ao que tudo indica, a maioria dos países civilizados, que também adotam o modelo de tripartição dos “poderes” do Estado e o regime democrático (ainda que numa paleta multicolor).

proposição linguística, expressando um juízo e, quase sempre, um comando, no sentido de determinar/implicar a alteração ou a conservação de comportamentos. Sendo juízo, também contém um valor, que pretende implementar ou fazer valer<sup>16</sup>. Da perspectiva deontológica (dever-ser) remete ao fazer um *bem* e repelir ou evitar um *mal*. Por óbvio esses conceitos de *bem* e de *mal* são culturalmente dados, não necessariamente pretendendo materializar um valor universal e imutável. Com isso se quer dizer, desde já, que o conteúdo do Direito não terá correspondência necessária com a Moral ou com a Teologia Moral, mas que expressam as ideias de *bem* e de *mal* que uma dada sociedade, num dado tempo e lugar, aceitam<sup>17</sup> e, de certa maneira, delineiam as noções de *certo* e de *errado* impressos no caráter dos indivíduos.

Hart<sup>18</sup> discorre sobre uma migração do conceito de norma desde o costume até a norma positiva, isto é, a norma escrita dada por um órgão legitimado socialmente, à medida que dada sociedade se torne mais complexa e demande por instituições. Essas instituições, ao fim e ao cabo, cuidarão de definir o direito (a norma), estabelecendo os procedimentos de sua elaboração e reconhecimento, bem como de sua aplicação e resolução de conflitos, que surjam em torno da norma; também formularão como decidir sobre conflitos não regulados, isto é, produzirão novas normas, que representem a sociedade em funcionamento.

Sendo, porém, a norma uma proposição escrita (linguística), observam-se elementos formais na norma positiva, tanto de sintaxe quanto de semântica, quer na elaboração, quer na aplicação das normas, além de aspectos pragmáticos; também no ordenamento jurídico poderão ser observadas essas características de concatenação sintática e semântica entre normas. Logo, a proposição jurídica precisa de comunicar seu conteúdo ao grupo social, a fim de expressar uma “ordem” ou “comando”<sup>19</sup> (alteração de comportamento) e realizar um valor, do ponto de vista semântico. Do ponto de vista sintático, há a preocupação da relação das normas entre si e das palavras empregadas na própria proposição (frase), ou seja, a norma

---

<sup>16</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>17</sup> É sempre válido e perturbador lembrar que durante a maior parte da história a escravidão foi aceita, como também foi aceito que os seres humanos não seriam iguais nem teriam a mesma dignidade. E que os conceitos de liberdade e de dignidade se ampliaram significativamente ao longo dos últimos dois séculos.

<sup>18</sup> HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

<sup>19</sup> HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, pág. 26-33.

há de corresponder àquilo que outras normas dispuseram sobre seu processo de criação e de relacionamento (hierarquia) e há a articulação entre o suposto fático e a consequência jurídica, especialmente das normas do tipo regra. Essas duas perspectivas revelam os níveis de eficácia da norma jurídica no ordenamento jurídico. Além dessas há o nível pragmático, que remete à efetividade das normas, no plano da materialização daquilo que pretendeu a norma gerar no plano fático, especialmente em fazer prevalecer o valor nela contido.

Bobbio, discorrendo sobre a classificação das normas sob critério formal – isto é, “o que se relaciona exclusivamente à estrutura lógica das proposições prescritivas” – destaca que as prescrições podem ser universais ou singulares, enquanto a norma (proposição prescritiva) tem dois elementos: sujeito (destinatário) e um objeto (ação prescrita)<sup>20</sup>. Daí, conjugando com a “velha doutrina da *generalidade e abstração*”<sup>21</sup> das normas jurídicas, diz que “gerais são as normas que são universais em relação aos destinatários” (classe de pessoas) e “abstratas são as normas que são universais em relação à ação” (ação-tipo ou classe de ações).

Portanto, combinando-se os quatro requisitos (generalidade, abstração, individualidade e concretude), tem-se quatro tipos de normas: *normas gerais e abstratas* (a maior parte das leis; por exemplo, as leis penais); *normas gerais e concretas* (voltada a uma classe de cidadãos e prescreve uma ação singular, que, uma vez cumprida, exaure a eficácia da norma: alistamento eleitoral); *normas individuais e abstratas* (atribui a uma determinada pessoa um ofício, por exemplo; a nomeação para membro de Corte constitucional, se dirige a um só indivíduo e lhe prescreve não uma ação singular, mas todas aquelas que são inerentes ao exercício da função); *normas individuais e concretas* (sentenças do juiz; lançamento tributário).<sup>22</sup> A exemplificação, mais que a conceituação, de Bobbio, porém, se volta ao conteúdo da norma, ou seja, àquilo que está positivado pelas proposições jurídicas encartadas nas normas. Porém, enquanto forma, também é possível vislumbrar que uma lei abstratamente considerada, isto é, o veículo introdutor de

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, pág. 178.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, pág. 180 e 182. Bobbio reputa à “velha doutrina da generalidade e abstração” uma origem ideológica e não lógica, no sentido de haver um juízo de valor para corresponder ao ideal da *norma justa*, correspondendo o ideal de generalidade à *igualdade* (perante à lei) e o da abstração à *certeza* (norma-tipo). “Assim como a generalidade da norma é garantia de igualdade, a abstração é garantia da certeza”.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, pág. 183.

norma no ordenamento jurídico, seja também ela uma norma geral e concreta, posto que tenha um direcionamento para toda a coletividade (generalidade) e comande uma ação específica: introduzir normas (expressas nas proposições jurídicas dos artigos, parágrafos, incisos, alíneas e números). Quando tratarmos da norma que aprova uma política pública (4.1.1) resgataremos essas discussões.

Dessa forma, o ente legitimado a produzir a norma a produzirá numa dessas formas, segundo sua finalidade e previsão constitucional ou legal. O Poder Legislativo, na função típica de legislar, produz normas gerais e abstratas, como sejam a Lei e seus equivalentes<sup>23</sup>. O Poder Judiciário, ao proferir sentença/acórdão, produz norma individual e concreta, assim como a Administração Pública, quando produz a maioria dos atos administrativos. Já quanto às normas gerais e concretas e normas individuais e abstratas são mais raras de se encontrar, embora, pelo nosso ponto de vista, sejam frequentes no manejo das políticas públicas, como exporemos adiante.

As normas podem, ainda, ser tidas por regra ou princípio, conforme as teorias de Dworkin e Alexy, que provocaram grandes discussões acadêmicas nas últimas décadas. De uma maneira simplificada, as normas do tipo regra têm uma estrutura lógica que se expressa pela fórmula “Se A, então (deve-ser) B”, isto é, indicam um suposto fático A, que, uma vez realizado no plano pragmático, implica a consequência (jurídica) B, sendo essa consequência dada pelo fenômeno da imputação (deôntica) e não por uma relação naturalística de causa-efeito, ou seja, é a própria norma jurídica que determina sua consequência, imputando ao fato a produção desse efeito, revelando que o Direito é autorreferenciado (autopoiese). Essa descrição fática (hipótese) corresponde a um fato, que, uma vez acontecido, será chamado de fato jurídico, isto é, um fato que gera(rá) uma consequência jurídica. A norma do tipo regra será realizada (eficácia) caso seu suposto fático se realize, numa relação “tudo ou nada”, como pontua Dworkin, quase que numa relação de necessidade, isto é, tem de (deve) acontecer a consequência, dada a

---

<sup>23</sup> O art. 59 da Constituição apresenta os “veículos introdutores de normas” equivalentes a Lei, isto é, na mesma posição hierárquica da Lei, diferenciando-se uma das outras segundo o conteúdo abstrato (normas introduzidas) que carreguem para o Ordenamento Jurídico e de acordo com a previsão constitucional: II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Sobre “veículos introdutores de normas” ver CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, especialmente o capítulo III – Fontes do Direito Tributário. Entende-se que o veículo introdutor de norma é norma geral e concreta, enquanto seu conteúdo introduzido é geral e abstrato.

imperatividade da norma. Essa questão “tem de” como “dever” é bastante discutida por Kelsen (Teoria Pura), tentando explicar as condições de possibilidade e a necessidade de outra norma (individual e concreta) para sua materialização<sup>24</sup>.

Já a norma do tipo princípio, tem uma outra estrutura lógica, sem obedecer a fórmula “Se A, então B”, remetendo-se à realização de um “estado ideal de coisas” ou correspondendo a um “mandado de otimização” (Alexy), a partir de outros pressupostos fáticos ou normativos sem indicar uma consequência clara ou unívoca; sob certo sentido, a norma *princípio* se dirige mais ao aplicador da norma do que ao indivíduo. Importa destacar que o termo “princípio”, nesse sentido, não equivale ao termo que a ortodoxa teoria geral do direito utiliza, como quando se refere ao “princípio da boa-fé” ou ao “princípio da confiança legítima”. “Princípio”, então, se referirá ao que a Teoria dos Direitos Fundamentais, desenvolvida por Alexy, a emprega, e que foi extrapolada para outras “áreas” do Direito, até mesmo para a Teoria Geral, conforme critica Poscher<sup>25</sup>. Com efeito, a expressão “princípio”, classicamente empregada, corresponde a um tipo de “alicerce”<sup>26</sup> do sistema jurídico, podendo, de outra parte, outros “subsistemas” terem seus próprios “princípios”. O sentido que se dará ao termo “princípio”, porém, quando não expressamente indicado, corresponderá ao que a Teoria dos Direitos Fundamentais a emprega.

Humberto Ávila<sup>27</sup> discorre sobre a diferenciação entre princípios e regras, compõe um quadro comparativo, que pode ser sumariado a seguir. Ele defende que os princípios são normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado pelo Estado por meio de comportamentos necessários a essa realização ou mandados de otimização – que, contudo, não se dirigem às normas, mas aos objetos fáticos, segundo Poscher<sup>28</sup>. Depreende-se que esse tipo de norma, no mínimo, ampara não apenas a atuação dos poderes Legislativo, ao

---

<sup>24</sup> Embora determinada conduta seja descrita numa norma jurídica como crime (homicídio), não é suficiente, embora necessário, que A mate B para que a consequência prisão por dado período (pena) se realize; a decisão judicial, ao final de um processo (trânsito em julgado), é necessária, embora não suficiente, já que a polícia judiciária tenha de recolher A ao sistema penitenciário para que a consequência seja cumprida, isto é, a punição de A.

<sup>25</sup> POSCHER, Ralf, “Teoria de um Fantasma – A Malsucedida busca da Teoria dos Princípios pelo seu Objeto”, in CAMPOS, Ricardo (org.), **Crítica da Ponderação, Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** – Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 63-96.

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo, 2015.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

<sup>28</sup> POSCHER, Ralf, “Teoria de um Fantasma”. *op. cit.*

produzir a norma geral e abstrata (positiva), e Judiciário, ao decidir com esteio nessa norma positiva e gerar a norma individual e concreta, como também o agir do Executivo, ao formular as políticas públicas que darão concretude material ao programa constitucional revelado por vários princípios jurídicos, no sentido de ser “mandado de otimização” de uma situação fática prevista na Constituição ou em uma lei, a fim de materializar um “estado ideal de coisas”. Esse ponto será desenvolvido adiante (Capítulo 4).

Os princípios, como amplamente sabido, têm a característica de, quando em conflito com outros, não implicarem em ab-rogação ou derrogação, mas em “derrotabilidade”<sup>29</sup>, posto que continuem eficazes no Ordenamento, prevalecendo “o mais forte” no caso concreto, a fim de produzir o resultado juridicamente mais relevante ou mais justo. Esse vetor (*justo*) abre o Direito para a Moral, e não são poucas as reflexões, discussões e críticas sobre ter o Direito de ser mais ou de ser menos dogmático e ortodoxo, ou seja, mais próximo ao texto da norma do que aos (supostos) fins da norma, sejam esses fins os idealizados pelo legislador/político (*mens legislatoris*) seja pela própria norma (*mens legis*).

Embora não se referindo estritamente aos princípios, Friedrich Müller<sup>30</sup> discorre sobre o “âmbito da norma” e o “programa normativo” a fim de diferenciar esses pontos com os quais o aplicador da norma (mormente o juiz) se depara, sendo o primeiro o contexto fático, enquanto o segundo é decorrente da interpretação do texto da proposição jurídica, mas com ele não se confunde. Destarte, o texto, ainda que permaneça intacto, pode ser aplicado (vigente) em várias épocas e sob diferentes contextos fáticos (mutabilidade), cabendo ao aplicador e intérprete decidir com base neles (texto e contexto), quer para solucionar uma lide, quer para formular uma política ou outras normas (infraconstitucionais, regulamentares etc.).

Conforme Alexy (Teoria dos Direitos Fundamentais), sendo os princípios normas relativizadas pelas possibilidades fáticas e jurídicas, eles são mais “flexíveis” quanto a sua aplicação, não implicando, como dito, sua não incidência em

---

<sup>29</sup> FIGUEROA, Alfonso García. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. **Diritto & Questioni pubbliche**, n. 3, pág. 197-227, 2003. Em sentido contrário, que somente as regras são derrotáveis, ver BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, pág. 55-82, jan./jun. 2011.

<sup>30</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

revogação ou ab-rogação, o que ocorreria com as normas do tipo regra; haveria a derrotabilidade da norma (princípio) afastada no caso concreto, que continuaria, porém, a existir e vigor no ordenamento jurídico. Diversamente porém, dada uma hipótese fática, uma regra – e somente uma – incide (subsunção) e produz o resultado (imputação) previsto na norma, caso esse suposto ocorra no mundo dos fatos; caso mais de uma regra pudesse incidir, geraria um conflito de normas, que o aplicador da norma deve resolver utilizando um dos critérios que a Dogmática lhe fornece: hierarquia, anterioridade ou especialidade, culminando com a extirpação do ordenamento jurídico da norma afastada (derrogação ou ab-rogação), caso não se tratasse de uma exceção, prevista na própria norma-regra.

Poscher<sup>31</sup>, contudo, lembra que há casos ou hipóteses em que as regras também poderiam ser vistas como “mandados de otimização”; abrindo à indagação se, havendo conflito entre regras, ocorreria uma “derrotabilidade” de regras ou mesmo aplicação da ponderação como critério ou método de solução de conflito entre elas. Reflexões mais atualizadas do próprio Alexy<sup>32</sup>, por outro lado, pontuam o “dever-ser ideal” para se referir aos comandos normativos, que remetem à conclusão de que os “mandados de otimização” são um tipo especial de regra, que incorporam ao mesmo tempo um princípio – o que é fortemente criticado por Poscher<sup>33</sup>.

Esses debates e desenvolvimentos teóricos e prático derivam das seminais posições teóricas desenvolvidas por Kelsen e Hart, sobretudo, quanto à norma jurídica como objeto nuclear do sistema jurídico. Antes deles, porém, convém resgatar algumas reflexões, de forte preocupação prática embora sendo uma construção lógica, desenvolvidas por Hohfeld<sup>34</sup>, que apresentou as “posições” das pessoas que se relacionam em torno da norma jurídica, sobretudo para solução de uma lide.

Tentando iluminar algumas obscuridades acerca do termo “direito”, Hohfeld propôs, com preocupação lógica, um esquema de “conceitos fundamentais” para servirem como “o mínimo denominador comum do Direito”<sup>35</sup>, que visava a destacar

---

<sup>31</sup> POSCHER, Ralf, “Teoria de um Fantasma”. *op. cit.*

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

<sup>33</sup> POSCHER, Ralf, “Teoria de um Fantasma”. *op. cit.*

<sup>34</sup> HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. 3 ed. Volume 2 de Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara: Ciudad de Mexico, 1997.

<sup>35</sup> HOHFELD, W. N. *op. cit.*, pág. 86.

os elementos que estariam presentes em todo e qualquer tipo de interesse jurídico<sup>36</sup>, sendo necessária a separação entre as relações puramente jurídicas das relações oriundas de fatos físicos e mentais<sup>37</sup> (psíquicos). Pode-se, então, identificar as seguintes categorias ou posições:

“(i) ativas – que designam a posição ocupada pelo titular do direito -, em correlação com as (ii) passivas – que designam a posição da outra pessoa frente a quem pode-se dizer que o titular possui um direito -, e por oposição às posições (iii) inativas – a situação que se encontra alguém que não é titular nem do direito nem do dever em questão. As posições passivas são os correlativos e as posições inativas são os opostos”.<sup>38</sup>

São quatro as posições ativas: pretensão (*claim*), faculdade (*privilege*), postestade (*power*) e imunidade (*immunity*), em cuja correlação estão as posições passivas: dever (*duty*), não-direito (*no-right*), sujeição (*liability*) e impotência (*disability*)<sup>39</sup>. Por sua vez, são posições inativas<sup>40</sup>: não-direito, dever, impotência e sujeição. Para o sentido que se emprestará à palavra “direito” no presente trabalho, se referirá ao sentido dogmático de “direito subjetivo”, correlacionados aos conceitos de “pretensão” e de “dever”, nos termos postos por Hohfeld segundo Flávio Galdino, a saber:

“(a) **pretensão** (*claim*): uma pessoa tem pretensão quando pode exigir de outrem um determinado comportamento, que constitui, para esta outra pessoa, um dever, logo, **pretensão deve ser entendida como a possibilidade de exigir de outrem um determinado comportamento**”.  
(...)

<sup>36</sup> FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.31, p. 33 a 57, jul/dez 2007, pág. 35.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, pág. 36.

<sup>38</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2005, pág. 137.

<sup>39</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 137-139. Robert Alexy, segundo a tradução de Virgílio Afonso Da Silva da sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, assim destaca, empregando termos ligeiramente diferentes: “Nesse esquema lógico, segundo Hohfeld, existem oito ‘relações jurídicas estritamente fundamentais (...) sui generis’ (*strictly fundamental legal relations . . . sui generis*). Ele as designa com as expressões ‘direito’ (*right*), ‘dever’ (*duty*), ‘não-direito’ (*no-right*), ‘privilégio’ (*privilege*), ‘poder’ (*power*), ‘sujeição’ (*liability*), ‘incapacidade’ (*disability*) e ‘imunidade’ (*immunity*). Os quatro primeiros dizem respeito ao âmbito dos direitos a algo; os quatro últimos, ao das competências” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, pág. 210).

<sup>40</sup> Flávio Galdino destaca que a “a expressão ‘inativa’ não consta dos textos consultados, mas parece-nos ser, s.m.j., a que melhor designa o oposto de oposição ativa, referindo quem não seja titular do direito em questão” (*op. cit.*, nota 45).



(a) **dever** (*duty*): uma pessoa possui um dever quando está adstrita a um determinado comportamento, logo, **dever deve ser entendido como a adstrição à prática de um determinado comportamento**".<sup>41</sup>

Destarte, estabelecem-se os seguintes nexos entre as situações ativas, passivas e inativas:

"(A)" sempre que se refere a uma **pretensão** há um **dever** correlato. A ausência de pretensão refere uma situação de **não-direito**.

"(B)" sempre que se refere uma **faculdade**, há um **não-direito** correlato. A ausência de faculdade refere uma situação de **dever**.

"(C)" sempre que se refere uma **potestade**, há um estado de **sujeição** correlato. A ausência de potestade refere uma situação de **impotência**.

"(D)" sempre que se refere uma **imunidade**, há uma **impotência** correlata. A ausência de imunidade refere uma situação de **sujeição**".<sup>42</sup>

Nesse sentido, direito subjetivo corresponde a uma situação jurídica ativa, como destacado acima, e a "pretensão" refere ao que se considera o núcleo do direito subjetivo, qual seja o "poder de exigir de outrem um determinado comportamento"<sup>43</sup>; daí poder-se aplicar esse conceito aos direitos fundamentais. Porém, há de se tomar a polêmica proposição de, tratando-se de direitos prestacionais, considerar os custos dos direitos como um elemento intrínseco para conhecer de sua factibilidade<sup>44</sup> – embora não seja esse o foco do presente trabalho.

Assim, por exemplo, para se falar em "direito à saúde", há de se considerar que "saúde" seja o objeto<sup>45</sup> exigível, realizável, concreto, que se constitua um objeto de um dever de outrem. Então se pode indagar: pode alguém (mesmo o Estado) dar saúde a outrem? Poderia se falar propriamente em "direito à saúde", considerando que a saúde seja um conteúdo capaz de ser objeto de uma prestação?<sup>46</sup> Noutras palavras, a saúde pode ser o objeto mediato da relação jurídica?

Esses elementos, trazem à baila as expressões "fatos operativos" e "fatos evidenciais (ou probatórios)", empregadas por Hohfeld, a respeito de saber ser a "saúde" (ou ações e serviços públicos de saúde, conforme estatuído nos arts. 196 a 198) o objeto da pretensão jurídica a ser buscada em juízo. Com efeito, a expressão

<sup>41</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 137-138. Negritos no original.

<sup>42</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 139-140. Negritos no original.

<sup>43</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.* pág. 140.

<sup>44</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 235.

<sup>45</sup> O "direito" como objeto/contéudo será desenvolvido no tópico 2.2 a seguir.

<sup>46</sup> MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Introdução aos Direitos Plurifuncionais**. Os direitos, suas funções, e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016. ISBN 978-85-917635-4-2

“fato operativo” (constitutivos, causais ou dispositivos), em Hohfeld<sup>47</sup>, se assemelha a ideia de “fato jurídico”, ou seja, “aqueles que, de acordo com as normas jurídicas gerais aplicáveis, bastam para modificar as relações jurídicas, isto é, para criar uma relação nova ou extinguir uma anterior, ou para cumprir ambas as funções simultaneamente. Por exemplo, a criação de uma obrigação contratual”. Assim, uma demanda por “saúde/ações e serviços de saúde” poderia ser o fato operativo para desencadear a pretensão oponível ao Estado.

Kelsen<sup>48</sup> constrói, como pontuado, o conceito de direito a partir da noção de dever, isto é, a partir de uma obrigação que se impõe ao indivíduo pela norma jurídica promanada pelo Estado. É essa proposição coercitiva, que tem imperatividade, quem implica numa alteração do comportamento do indivíduo – semelhante à noção de força rompendo o estado de inércia formulada pela Física –, apresentando-lhe, via os modais deônticos *permitido*, *obrigatório* ou *proibido*, uma conduta a ser realizada.

Kelsen tenta depurar, na sua análise, o conceito de direito de outros elementos que não o normativo, sobretudo da Moral. Com efeito, há um grande esforço de separar o Direito da Moral – o que lhe rendeu fortes críticas. Dessa maneira, sobrelevam-se os aspectos formais e lógicos do direito. Contudo, isso não significa que a direção do “justo” não seja considerada em sua Teoria. Com efeito, há um destaque ao papel dos juízes no sentido de construir a norma (individual e concreta), que dará concretude àquilo idealizado na norma; a ideia de “quadro” ou “moldura” permite que os elementos fáticos e normativos sejam vistos pelo aplicador da norma, a fim de extrair a melhor interpretação da norma e imprimir-lhe eficácia. Disso se percebe que não é o Direito tratado como mera formulação lógico-dedutiva, capaz de absorver qualquer conteúdo – embora, em sua obra mais famosa (Teoria Pura do Direito) a dimensão do “justo” não ocupasse grande monta.

Já Hart<sup>49</sup> apresenta o direito também como norma, que se vai historicamente construindo e depurando, a ter o reconhecimento estatal a lhe dar validade, numa relação de normas primárias e secundárias.

Por fim, merece ser explicada a noção de direito proposta por Alexy, que se esforça para incluir, numa proposição, junto com os elementos formais o

---

<sup>47</sup> HOHFELD, W. N. *op. cit.*, pág. 39.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. 5t. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>49</sup> HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

componente “justiça” no conceito de direito, ao formular a ideia de “pretensão à correção”, nos seguintes termos:

“O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção”.<sup>50</sup>

Além dessas considerações, releva destacar que, ainda sob o aspecto lógico, no plano da “vida” da norma, se pode identificar o surgimento, desenvolvimento e “morte” do direito no ordenamento jurídico que o abriga. Falamos dos planos da existência, da validade e da eficácia, da revogação, derrogação e ab-rogação das normas, além da solução de conflitos, aparentes ou não, entre as normas; tanto entre regras, entre princípios e entre princípios e regras.

A norma surge no ordenamento jurídico quando o órgão legitimado a produz, segundo um procedimento fixado pelo próprio ordenamento. Nesse ponto, a noção de legitimidade diz respeito à obediência do procedimento previamente estabelecido para sua produção, isto é, segundo os princípios jurídicos<sup>51</sup> e regras de produção. Essa “legitimidade pelo procedimento”, bem desenvolvida por Luhmann<sup>52</sup>, implica em que será tida como adequada e legítima a norma que seguir a regra de sua produção.

Daí, dá para vislumbrar que existem normas sobre produção de normas (normas de estrutura) e normas que se dirigem às pessoas visando a estabelecer padrões de conduta (normas de comportamento). Essas normas de produção se orientam à composição e unidade do ordenamento jurídico, definindo como as normas são produzidas, mantidas e excluídas desse ordenamento. Assim, a norma “nasce” pela aprovação do órgão legitimado do Poder Legislativo (Parlamento) e

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validez do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

<sup>51</sup> Princípios Gerais do Direito.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. ESTEVES, João Pissarra, Legitimação pelo procedimento e deslegitimação da opinião pública, in SANTOS, João Manuel (Org.) **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

sancionado e publicado pelo órgão legitimado do Poder Executivo<sup>53</sup> ou da Coroa. E é da interpretação dessas normas que emergem os conceitos de existência, validade e eficácia sintática e semântica, bem como derivam as definições de inconstitucionalidade, revogação, derrogação e ab-rogação.

Existente é a norma que foi produzida pelo órgão legitimado; a lei é produzida pelo Parlamento e introduzida no ordenamento pela sanção (ato político) do Poder Executivo. Tem validade a norma que existe no ordenamento capaz de gerar efeitos. É eficaz a norma que produz efeitos; esses efeitos ocorrem dentro do ordenamento. Se uma norma está de acordo com a de maior hierarquia, até a Constituição, dizemos ter eficácia sintática; se a descrição hipotética da norma corresponde à descrição fática, diz-se que tem eficácia semântica. Por outro lado, a chamada eficácia jurídica é atributo dos fatos supostos no antecedente da norma jurídica, que, uma vez que haja a justaposição da descrição fática à hipótese normativa, dispara o efeito jurídico, a consequência jurídica estabelecida pela mesma norma; é o fenômeno da causalidade jurídica, de que tratou Lourival Vilanova, conforme expõe Paulo de Barros Carvalho<sup>54</sup>.

Portanto, partida do difundido esquema piramidal inspirado na Teoria de Kelsen, observa-se um imbricamento de normas jurídicas que se relacionam numa hierarquia, em cujo vértice se encontra a “norma fundamental”, que dá sentido e unidade a todo o Ordenamento Jurídico, enquanto suposto lógico. Formalmente, a Constituição é a norma por excelência, que conforma o Estado e os órgãos legitimados tanto a produzir quanto a executar as normas, estando a elas submetidos todos que se encontrem no território do Estado<sup>55</sup>, inclusive e principalmente o próprio Estado – se quiser ser Estado de Direito.

Uma norma, porém, deixará de existir no Ordenamento se for dele excluído também por outra norma. Ocorrerá a revogação quando determinado por uma outra norma, de forma expressa ou tácita; chamar-se-á ab-rogação se deixar de existir completamente uma norma anterior, ou se chamará derrogação quando ocorrer parcial revogação. Essa noção simplificada esconde a noção de “veículo introdutor de norma”, que corresponde aos tipos de normas de acordo com sua posição

---

<sup>53</sup> Nas Repúblicas, o Presidente. Há outros arranjos nos regimes parlamentaristas.

<sup>54</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

<sup>55</sup> Há as exceções da extraterritorialidade das normas, quando vigem fora do território do Estado produtor, bem como as imunidades de Estados estrangeiros, conforme as relações diplomáticas adotadas pelo Estado, no plano internacional e interno.

hierárquica. Assim, o que frequentemente chamamos de “lei” é um tipo de “norma” que, comumente, tem uma posição logo abaixo da Constituição; de “decreto”, a que está imediatamente abaixo da “lei”, e assim sucessivamente – esses são “veículos” que conduzem outras normas (“proposições jurídicas”). O conteúdo dessas normas, que o intérprete descortinará, é o significado haurido da proposição, achada nos artigos, parágrafos, incisos, alíneas e números da “norma”. São fatos jurídicos as “leis número tal”, que chamamos de norma geral e concreta, capazes de carrear para dentro, para fora e dentro do ordenamento jurídicos diversas outras “normas”, enquanto normas *tout court* são seus dispositivos (artigos, parágrafos etc.), que serão as normas gerais e abstratas. Já as normas individuais e concretas serão aquelas que correspondam à aplicação a casos concretos das normas gerais e abstratas, como ocorre quando o juiz profere uma sentença ou um agente administrativo lança um tributo. De sua vez, será individual e abstrata a norma que se dirija a um destinatário, mas não solucione um caso concreto ou gere um direito subjetivo, servindo para dirimir controvérsia jurídica, como ocorre na solução de consulta, na expedição de um salvo conduto etc.

Sobre direito subjetivo, diz-se ser aquele que um indivíduo tem com possibilidade de exigir de outrem a prática de um ato, que, então, terá um dever; a ele está associado o *facultas agendi*, que expressa, por outro lado, a disponibilidade desse direito, no sentido de que o titular desse direito poderá exercê-lo ou não, inclusive reclamá-lo judicialmente, caso o fato jurídico previsto na norma aconteça. Viu-se que Hohfeld desenvolveu as posições ativas no sentido de explicar os múltiplos relacionamentos entre os indivíduos em torno de uma norma. Esse conceito será retomado quando discutirmos se, no âmbito das políticas públicas, pode-se dizer que há um direito subjetivo frente ao Estado.

Em contraponto ao direito subjetivo, existe o direito objetivo, que consiste na proposição jurídica, no direito geral e abstrato, que descreve os fatos jurídicos que desencadearão a consequência jurídica (incidência), tratando-se de regra, ou as hipóteses meramente jurídicas, tratando-se de princípio.

Noutro bordo, quanto as normas constitucionais, as sempre relevantes posições de José Afonso da Silva têm lugar, quando discorre sobre a perspectiva da eficácia das normas jurídica, sobretudo quando aponta para o grau de resposta do Poder Público aos direitos subjetivos. Falamos da classificação das normas em de eficácia imediata, de eficácia plena, de eficácia limitada e de eficácia contida, além

das normas programáticas, cuja terminologia foi dispensada pois “o termo ‘programático’ não exprime com rigor o sentido dessas normas e porque se trata de expressão comprometida com teorias ultrapassadas que viam na Constituição normas sem valor jurídico que dava aquela denominação”<sup>56</sup>.

A norma é de eficácia plena e aplicabilidade imediata é aquela fixada na Constituição que “desde a entrada em vigor, produzem, ou têm possibilidades de produzir, todos os efeitos que (...) o constituinte, direta e normativamente, quis regular”<sup>57</sup>. Nesse sentido, cabe destacar que “a Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>58</sup>. A norma será de eficácia contida, quando a Constituição, discorrendo sobre as liberdades, possam cometer lei para “restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos”, sendo certo que enquanto “o legislador, neste caso, não produzir a normatividade restritiva” a eficácia da norma constitucional sobre liberdades será de eficácia plena<sup>59</sup>.

A norma constitucional é de eficácia limitada quando depende de lei para sua efetiva aplicação<sup>60</sup>, ou seja, são as “que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”<sup>61</sup>. Nesse campo, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais* (p. 118), José Afonso da Silva defendia que tais normas são de dois tipos: as normas constitucionais de princípio institutivo e as normas de princípios programáticos. Quanto a essas últimas, as definia como sendo normas que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, estabeleceu “princípios<sup>62</sup> para serem cumpridos” pelos órgãos estatais como “programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”<sup>63</sup>.

---

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 98, nota de rodapé n. 21.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 3t. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 101.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**, *op cit*, pág. 182.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**, pág. 271. Vide SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, pág. 116.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**, pág. 255.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, pág. 118.

<sup>62</sup> A locução “princípio” aqui se assemelha à ideia de diretriz ou objetivo, como será exposto e discutido no item 4.1.2, com base nas reflexões de Eros Grau sobre “norma-objetivo”, dialogando com Dworkin, lá apresentadas.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, pág. 138.

Dworkin<sup>64</sup>, discorrendo sobre as normas, destaca que, em casos difíceis, quando se debate a respeito de direitos e obrigações jurídicas, os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”. E destaca que o utiliza o “termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras”. Sobre uma distinção entre princípios e políticas, afirma que política é um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por sua vez, apresenta uma primeira ideia de *princípio* como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, a política visa a um objetivo material a ser alcançado, enquanto o princípio visa à justiça ou “outra dimensão da moralidade”; sabendo-se que a Moral lida com o binômio certo/errado, enquanto a Ética com o binômio bem/mal<sup>65</sup>. Essa distinção entre política e princípio remete-nos à inferência de que seja possível, da perspectiva do Direito, falar em boas ou más políticas segundo se faça ou não “justiça”.

Andreas Krell<sup>66</sup> destaca que, “o moderno Estado Intervencionista trabalha com as chamadas ‘normas-objetivo’ ou ‘normas de criação’ (*Gestaltungsnormen*), que possuem uma programação finalista e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais”, não se enquadrando no tipo regra (Se A, então B). Assim, esse padrão ou tipo de norma “têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade”, sendo frequente o uso de conceitos jurídicos indeterminados, conferindo à Administração

---

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 36. No original da obra *Taking Right Seriously* (1978) encontramos a seguinte passagem: “My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards (...) I call a ‘policy’ that kind of standard that set out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community” (p. 22).

<sup>65</sup> BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre humanos**. Brasília: Letraviva, 2000.

<sup>66</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 8, dez. 2004, p. 177-204.

Pública discricionariedade e responsabilidade para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras. Com efeito, defende que “nas normas sobre planejamento administrativo (setorial e espacial), o ‘esquema se-então’ foi substituído quase totalmente pelo ‘esquema fim-meio’”.

A confluência das “normas-programáticas”, de “padrões que não são regras” e “normas-objetivo” nos leva a raciocinar sobre uma normatividade que não se adequa ao tão debatido padrão “regra” ou “princípio”, pelo menos no plano das políticas públicas (objeto deste trabalho), como adiante será retomado.

Não se pode, por fim, deixar de referir que as instituições, entendidas como as “regras do jogo” ou restrições (constraints)<sup>67</sup> ou “arranjos jurídicos reconhecidos em geral”<sup>68</sup> ou ainda como os “procedimentos, os protocolos, as normas e as convenções oficiais inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política”<sup>69</sup>, exercem papel fundamental na criação e implementação do direito (no sentido de normas jurídicas), posto que também lhes confere legitimidade, forma e reconhecimento. Para Neil MacCormick<sup>70</sup>, por exemplo, o direito é uma “ordem normativa institucional” – e o direito do Estado é uma (não a única) forma de direito, tendo em comum com as demais a “pretensão de ordenar (no sentido de ordenação não de mandato)” – que põe “um conjunto ordenado de padrões de comportamento *vinculante* para as pessoas no âmbito ordenado” (normas)<sup>71</sup>. Nessa linha, também encontramos o escólio de Alf Ross<sup>72</sup>, que aponta ter o direito um *caráter institucional*, funcionando por meio de uma “maquinaria jurídica” (legislação, juízo e execução), e se apresenta perante o indivíduo como “algo objetivo e

---

<sup>67</sup> NORTH, Douglass C. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993. (Primera edición electrónica, 2014). SALAMA, Bruno M.. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis Of Law Review**, [S.L.], v. 2, n. 2, p. 404-428, 30 dez. 2011. Universidade Católica de Brasília. <http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v2n2p404-428>.

<sup>68</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 35

<sup>69</sup> FONTES, Mariana Levy Piza. Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2313, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202313>

<sup>70</sup> MacCORMICK, Neil. *Instituciones de derecho*. Madri: Marcial Pons, 2011, pág. 27.

<sup>71</sup> Importante lembrar que Dworkin (**Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 36) refere a existência de “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.

<sup>72</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000, pág. 87.



externo”. Por outro lado, segundo Santi Romano *apud* Maria Paula Dallari Bucci<sup>73</sup>, dado que Direito não se reduz às normas, mas compreende também a entidade que põe a norma; “a instituição é expressão da objetividade do direito” enquanto consagra a despersonalização do poder, posto que “a objetivação do direito é a propriedade que faz com que o ente criado seja distinto das pessoas que o criaram” e assegura a continuidade da instituição. Nesse sentido, há uma identidade entre Instituição e Ordenamento Jurídico por meio do processo de objetivação do direito, que “põe as normas”<sup>74</sup>.

Ainda segundo Maria Paula Dallari Bucci<sup>75</sup>, Maurice Hauriou formula postura institucional um tanto distinta defendendo que o direito seria composto pela dualidade direito subjetivo e direito objetivo. Assim, pondo a questão de saber onde se encontra, na sociedade, o poder criador<sup>76</sup>, a resposta se apresenta como composição da dualidade entre elementos subjetivos e objetivos<sup>77</sup>; destarte, afirmar que “uma instituição é uma *ideia de obra* ou empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social” e que “as instituições nascem, vivem e morrem juridicamente”, existindo, portanto as “instituições-pessoas” e as “instituições-coisas”. Nesse passo, Maria Paula Dallari Bucci<sup>78</sup>, defende que as instituições-pessoas “aproximam-se bastante das instituições definidas por Santi Romano, uma vez que se trata dos “corpos constituídos” (Estados, associações, sindicatos), enquanto as instituições-coisa “entre as quais se define a própria regra de direito, não correspondem a um princípio de ação ou empresa, mas, ao contrário, a um princípio de limitação (...) pode[ndo]-se inferir que se trata das estruturas permanentes do Estado”<sup>79</sup>. Hauriou, contudo, usa a alegoria “o papel do legislador é o de um agrimensor que põe limites entre campos de atividade”; e conclui a obra em comento

---

<sup>73</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 233.

<sup>74</sup> Idem, *ibidem*, pág. 236.

<sup>75</sup> Idem, *ibidem*, pág. 239.

<sup>76</sup> “se são as regras de direito que criam as instituições ou se não são antes as instituições que engendram as regras de direito, graças ao poder de governo que elas contêm”. HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 2009, pág. 16.

<sup>77</sup> “os elementos subjetivos são os que são as forças criadoras e que são a ação; os elementos objetivos, a regra de direito, o meio social, a ordem pública, são apenas elementos de reação, de duração, de continuidade”. HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 2009, pág. 18.

<sup>78</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 243

<sup>79</sup> Essa inferência da Autora, por outro lado, não está explicada na obra citada.

destacando que as regras do direito representam “apenas ideias de limite” e que “são as instituições que fazem a regra de direito, não são as regras de direito que fazem as instituições”<sup>80</sup>.

Essas breves considerações visaram a demonstrar que o direito, do ponto de vista formal e lógico, se apresenta quase sempre como uma formulação linguística, que pode ser objeto de interpretação a partir dos arranjos frasais e de sua posição dentro do ordenamento jurídico, visto como um sistema, ou um objeto a ser interpretado que medra no meio social. Destarte, os aspectos semânticos e mesmo sintáticos têm relevo acentuado, porque permitem que haja um amplo desenvolvimento hermenêutico e exegético, tomando a norma jurídica como um juízo que ganha “vida própria” a partir de sua expressão linguística, isto é, a proposição jurídica (lógica) recebe um tratamento especial e passa a se constituir no núcleo de significado. Não à toa, os brocardos *mens legis* e *mens legislatoris* bem expressam essa “vida própria” que a norma obtém, ou seja, a “distância entre intenção e gesto”<sup>81</sup>, entre “o político” e “o jurídico” fica bem caracterizada, apenas tendo importância para o jurista o que seja “jurídico”, isto é, o que nasce com a norma e pela norma – somente conhecido a partir da formulação frasal, mesmo que se socorra, como orientam Friedrich Müller, Umberto Eco e Eros Grau e tantos outros, à compreensão e diferenciação do texto e do contexto.

Porém, o direito não é apenas proposição, apenas texto; é também conteúdo, que é experimentado individualmente e dá sentido à organização da vida em sociedade, como se pretende explanar a seguir.

## 2.2 DIREITO COMO CONTEÚDO

O Direito visa a estabelecer a pacificação social, segundo a lição clássica, construindo uma sociedade em que a norma jurídica seja a referência objetiva dos comportamentos de todas as pessoas: pessoas naturais e pessoas jurídicas, inclusive o próprio Estado. Esta é a perspectiva do chamado “estado de direito”, em

---

<sup>80</sup> HAURIUO, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 2009, pág. 53.

<sup>81</sup> Inspirado em “Fado tropical”, música de Chico Buarque de Hollanda e Ruy Guerra.

que ninguém fica à margem ou imune<sup>82</sup> ao ordenamento jurídico estatal, quando no território desse Estado.

O direito criado racionalmente<sup>83</sup> – e não mais revelado – está vinculado aos elementos culturais no momento de sua criação, quase sempre voltado a “solucionar um problema” social. Com efeito, não se veem mais tantas “declarações de direitos”, como se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial, por exemplo, em que foram fixadas as bases objetivas, com a Declaração Universal de 1948, dos chamados “direitos humanos” – o que poderia até soar como tautologia, não fosse a brutalidade da guerra recém-finda – não mais satisfeita apenas com a visão liberal oriunda do século XIX. Isto remete à ideia de que o próprio papel do Estado não mais seria passivo (“não intervenção”), mas seria ativo, ou seja, tinha um papel promotor a desempenhar, com a elaboração do que veio, posteriormente, a ser chamado de políticas públicas.

Também após esse período se firmaram as bases dos chamados direitos fundamentais, a partir do direito alemão, com sua nova Lei Fundamental. É verdadeiro que a expressão “direitos fundamentais” já existia antes da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, mas foi a partir daí que foi alçada a um *valor* inquebrantável das ordens jurídicas nacionais, dada sua íntima ligação com a doutrina dos direitos humanos. Luís Afonso Heck<sup>84</sup> explica que não há diferenças ônticas entre essas expressões, mas, fundamentalmente ideológicas, porque o peso semântico das expressões indica uma diferença entre elas. Portanto, não é exagero dizer que o direito hoje estudado, desenvolvido e vivido é o Direito pós-segunda guerra, com toda a carga semântica e ideológica da doutrina dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, Joaquim Herrera Flores<sup>85</sup> pontuou que os direitos fundamentais cumprem uma função importantíssima na hora de delimitar a atuação dos valores jurídicos e da formulação concreta do novo tipo de Estado que foi se consolidando no pós-segunda guerra mundial.

---

<sup>82</sup> As chamadas imunidades de jurisdição, baseada no princípio “*par in parem non habet iudicium*” e as imunidades diplomáticas (Convenção de Viena), são as únicas exceções admitidas pelo chamado “Direito Internacional”. Mesmo assim, seu fundamento é uma norma jurídica de direito internacional aceita (“internalizada”), voltando ao ponto de que as próprias exceções se acham no próprio ordenamento.

<sup>83</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>84</sup> In. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 109, p. 321-348, jan./mar. 1991

<sup>85</sup> *Apud* Luís Afonso Heck, *op. cit.*, p. 331

Esse novo Direito e esse novo Estado, que incorporam, além dos valores de inspiração liberal (liberdade, igualdade e fraternidade), os valores hauridos das doutrinas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais tem seu desenvolvimento na segunda metade do século XX até os dias atuais, que também enfrentam outros desafios (“problemas a resolver”) que não mais se encerram numa relação jurídica que envolvem apenas direitos subjetivos clássicos (vida, patrimônio e liberdade), mas também outros interesses, cujo titular é o conjunto dos indivíduos e cujo responsável (dever), de um modo ou de outro, é o Estado; responsável pela formulação e implementação de soluções no campo dos chamados direitos coletivos, ambientais e ao desenvolvimento. Esse quadro se mostra mais evidente após a celebração dos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotados na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e internalizados no direito nacional pelos Decretos n. 591 e 592, de 1991.

Para essas questões, em ordem a apresentar elementos para as discussões dos próximos capítulos, serão desenvolvidas as reflexões postas nos tópicos seguintes sobre a tônica do conteúdo objetivo das normas protetoras e promotoras dos direitos humanos e fundamentais e, de resto, de toda a atuação do Estado. No caso brasileiro, a Constituição dá esse mesmo “tom” ao fixar, no art. 3º, os objetivos da República Federativa do Brasil, vinculando, legitimando e pautando a ação estatal das três esferas federativas.

### 2.2.1 Os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são o núcleo essencial do constitucionalismo desenvolvido no pós-segunda. Como dito, sua formulação mais objetiva – e mais difundida no Brasil – deriva não apenas da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, mas, sobretudo, da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>86</sup>. Com algum exagero, pode-se dizer que os direitos fundamentais são a (atual) “ideologia” do Direito, isto é, a base de formulação do pensamento, que forma um “todo lógico,

---

<sup>86</sup> “A ciência dos direitos fundamentais - a despeito das controvérsias em torno do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal - tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. 4T. São Paulo: Malheiros, 2015.

sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e normas ou regras de conduta que indicam aos membros da sociedade o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer”.<sup>87</sup>

Tão forte é a ligação dos direitos fundamentais, a partir dessa visão, com a doutrina dos direitos humanos, que ressignificaram a compreensão do Direito, isto é, qualquer formulação da norma jurídica e do Direito que não tenha como pressuposto o respeito a esses paradigmas não será considerado direito nem será respeitado como direito justo. Poderá mesmo ser mera forma, sem conteúdo ou com um conteúdo falho, incompleto, corrompido. Sobre essa ideia de direito como direcionado ao justo, Alexy destacou a “pretensão à correção” como referido.

Essa posição basilar dos direitos fundamentais ganha mais notoriedade quando são positivados, especialmente se positivados numa Constituição, como sói com a Constituição brasileira de 1988, que, além de defini-los como de aplicação imediata confere o mesmo *status* a outros decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados sob o mesmo rito das emendas constitucionais<sup>88</sup>. De raciocínio semelhante – e indo além – é Alexy, ao pontuar que “diante da existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico associado a esses direitos é, em primeiro lugar, um problema relativo à interpretação das formulações do direito positivo”<sup>89</sup>, que se torna mais agudo e problemático quando vazado em formulações abertas, sobretudo quando “regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”, capazes de serem “utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas”<sup>90</sup>.

De um modo mais geral e raso, os direitos fundamentais expressam a positivação jurídica de aspectos da dignidade humana, que imputam uma obrigação (prestação positiva) ao Estado. A maneira de cumprir esse dever, conforme defenderemos, é formulando e implementando por políticas públicas, visto que, para

---

<sup>87</sup> CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1981.

<sup>88</sup> CF, art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. 4T. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 25.

<sup>90</sup> Idem, *ibidem*, p. 26.

além de atender ou satisfazer o direito de uma pessoa (mesmo que mediante uma decisão judicial), devem ser adotadas soluções que alcancem todas as pessoas em semelhante situação (fática), de modo a respeitar o direito (também fundamental) de igualdade.

Os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”<sup>91</sup>; daí se falar em direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Também Jorge Miranda faz uma advertência metodológica para o conceito de direitos fundamentais ao pontuar que essa noção implica necessariamente dois pressupostos: não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; e não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem<sup>92</sup>. Sem atentar a esses elementos, deixa o conceito de ser operacional, isto é, de funcionar no sistema.

Há o entendimento de que, historicamente, os direitos fundamentais tiveram um alcance cada vez maior, irradiando-se tanto vertical quanto horizontalmente, isto é, para perpassar todo o ordenamento jurídico, bem como para alcançar as relações privadas. Nesse sentido, a expressão “gerações” de direitos, conquanto muito utilizado, recebe inúmeras críticas, embora seu uso didático mais sirva para demonstrar os passos evolutivos na Doutrina do que para expressar um sentido de superação. De fato, o estudo e a compreensão sobre os direitos fundamentais levam à consideração de que, à medida em que “evoluíam”, não havia superação nem abandono daquilo que já houvera sido alcançado. Daí alguns preferirem o termo “dimensão” como o mais apropriado para expressar essa ideia<sup>93</sup>.

Importa destacar que os direitos fundamentais são a pedra angular do sistema constitucional, tal como se entende na atualidade. De fato, não são apenas

---

<sup>91</sup> MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Año 6, Núm. 18 pág. 107-138. Septiembre-Diciembre 1986.

<sup>92</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, pág. 108.

<sup>93</sup> MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Introdução aos Direitos Plurifuncionais**. Os direitos, suas funções, e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016. ISBN 978-85-917635-4-2

direitos que se opõem ao Estado, no sentido de uma abstenção – como marcou a época do “estado liberal” oitocentista – como também expressam uma pretensão exigível do Estado, isto é, como um direito (subjeto) correlato a um dever do Estado. Desta forma, os direitos fundamentais têm um caráter prestacional, no sentido de exigir um fazer ou um dar do Estado, e não somente uma abstenção respeitante à liberdade.

Os direitos de liberdade (“primeira geração”), ou direitos civis e políticos<sup>94</sup>, portanto, não são suficientes; necessitam-se de outros direitos (“segunda e terceira gerações”), que se traduzem nas prestações relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>95</sup>, que visam a garantir a igualdade, e aqueles chamados direitos de “fraternidade” ou de “solidariedade” referidos ao meio ambiente e ao desenvolvimento. Isso implica em que os direitos fundamentais, tendo um caráter prestacional, e não somente de abstenção, demandam recursos públicos para poderem ser materializados, isto é, fruíveis pelos cidadãos – sem olvidar de que todos os direitos têm custo, como adiante será explorado.

O conceito de liberdade comporta duas noções elementares: liberdade negativa, que se refere à ausência de interferência do Estado na esfera individual, e a liberdade positiva, que se refere à capacidade de participação política, de influenciar nas decisões políticas e legislativas<sup>96</sup>. Na quadra atual, também merece destaque o conceito de “liberdade substantiva”, que permite ao indivíduo participar do desenvolvimento com suas capacidades, e de “liberdades instrumentais”, que servem de instrumentos para que o indivíduo aumente a sua liberdade substantiva total; são liberdades instrumentais: as liberdades políticas, as disponibilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a proteção social.<sup>97</sup>

Os direitos econômicos, sociais e culturais enfeixam *grosso modo* as prestações positivas a que o Estado deve garantir aos cidadãos, embora a recíproca

---

<sup>94</sup> Vide Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (DOU 07/07/1992, Seção 1, pág. 8716-8720), que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

<sup>95</sup> Vide Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (DOU, 7/7/1992, Seção 1, pág. 8713-8716), que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>96</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 6, jul-dez./2005, pág. 541-558. Sobre os conceitos de liberdade negativa e positiva, consultar BERLIN, Isaiah. **Quatro conceitos sobre a liberdade**. Col. Pensamento Político. Editora UnB: Brasília, 1981.

<sup>97</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

não seja necessariamente verdadeira, isto é, nem toda exigência de prestações por parte do Estado é decorrência de direitos sociais ou econômicos<sup>98</sup>.

O conceito de Alexy sobre direitos a prestações serve bem para expressar o papel do Estado nas tarefas de promover ações que visem a melhoria das posições dos cidadãos. Com efeito, ele destaca que “Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”. Daí que “o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa”, em que colocam todos os direitos a uma ação negativa do Estado, ou seja, a uma abstenção estatal<sup>99</sup>

Esse conceito engloba, de sua vez, o chamado conceito a “prestação em sentido amplo”, segundo essa doutrina, enquanto as prestações em sentido estrito substanciarão o direito subjetivo (pretensão). Segue, então, Alexy pontuando que “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Nessas prestações se incluem os direitos fundamentais sociais, tais como direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.<sup>100</sup>

Os direitos sociais, sem dúvida, envolvem os direitos fundamentais sociais. Mas a satisfação desses direitos demanda recursos financeiros do Estado em maior proporção do que os chamados direitos de liberdade. Sob essa perspectiva do custo – de que trataremos adiante –, isto é, da capacidade de atendimento por parte do Estado, não se pode desconsiderar igualmente a capacidade de o Estado obter e despender os recursos da sociedade. O custo do direito há de ser compreendido em sua própria formulação conceitual, a fim de se conhecer do seu alcance<sup>101</sup>. Também merece evidenciar a demonstração segundo a qual, sejam prestacionais ou de defesa, todos os direitos têm custos e são garantidos pelo Estado<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **A evolução dos direitos fundamentais (...)**. *cit.* pág. 548.

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, pág. 442.

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*, pág. 499.

<sup>101</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 235.

<sup>102</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.



Também não se pode desconsiderar, por outro lado, que há de haver um “limite para os limites” ou “limite dos limites”<sup>103</sup>, no sentido de que, se a “concessão” de direitos fundamentais (formais) deve ser limitada à capacidade de resposta do Estado, há um mínimo a ser garantido, que demandará do próprio Estado capacidades de atendimento adequado e suficiente; vale dizer: o Estado encontra-se limitado na tarefa de estabelecer limites. Esses limites são estabelecidos na própria Constituição ou são decorrentes do sistema constitucional, que define e limita a liberdade de conformação do Poder Legislativo e da Administração Pública<sup>104</sup>, mas, ao mesmo tempo, o impele a elaborar e implementar, do modo mais eficiente a respostas aos problemas concretos via políticas públicas.

Neste diapasão, as considerações acerca do suporte fático e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais que exigem resposta (intervenção) do Estado ganham relevo. De fato, o suporte fático de um direito é composto pelo âmbito de proteção e pela intervenção do Estado, aliada à fundamentação constitucional<sup>105</sup>; no caso dos direitos fundamentais, a intervenção estatal é positiva, no sentido de realização do direito em questão<sup>106</sup>. Com isso, as restrições aos direitos fundamentais têm de encontrar amparo constitucional e exigem um esforço argumentativo adicional para permanecer válido juridicamente no caso concreto<sup>107</sup>.

Exemplificando, tem-se que a saúde é direito fundamental social, conforme inscrito no art. 6º da Constituição Federal, que corresponde a um dever do Estado expresso na fórmula “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (CF, art. 196). Conforme acentuado, é um direito prestacional para cuja satisfação não de

---

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>104</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>105</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 73.

<sup>106</sup> A formulação lógica de suporte fático e consequência jurídica é exposta minudentemente por Virgílio Afonso da Silva na obra *Direitos Fundamentais (op. cit.)*, apoiado na formulação de Alexy e Borowski. Quando afirmamos acima que “a intervenção estatal é positiva, no sentido de realização do direito em questão”, no plano lógico exposto por Virgílio Afonso é outra, ou seja, de acordo com a formulação, a intervenção estatal seria o evitável, uma vez que se adapta daquela fixada para os direitos de defesa; assim, para ser fiel ao autor, teríamos: “Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, *intervir* significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: *intervir*, nesse sentido, é *não agir ou agir de forma insuficiente*” (pág. 77). Assim, ter-se-ia a consequência jurídica, qual seja o dever de realizar o direito (pág. 78). Sugere-se consultar a obra original para apreender todas as nuances do conceito e da fórmula lógica e da necessidade da fundamentação constitucional da intervenção estatal.

<sup>107</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais op. cit.**, pág. 94.

concorrer recursos públicos no âmbito de uma política pública, também constitucionalmente exigida (CF, art. 196); e, como tal, no caso concreto, o suporte fático precisa ser conveniente e exaustivamente avaliado para se saber de sua procedência.

O art. 6º, encabeçando o capítulo dos Direitos Sociais (II) do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traz em seu programa normativo<sup>108</sup> definição e proteção de chamados “mínimos existenciais” a serem satisfeitos ou garantidos pelo Estado, convolvendo-os, desta forma, em direito subjetivo (prestação), assumindo-se que direitos fundamentais sociais são direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação por meios de políticas públicas, observados os limites fáticos e jurídicos no caso concreto<sup>109</sup>. Esse dispositivo, de igual forma, remete à ideia de que esses “mínimos” também sejam o conteúdo de “mínimos prestacionais”, isto é, o núcleo da atividade do Estado no âmbito de políticas públicas elaboradas e implementadas para atender a esse objetivo constitucional.

## 2.2.2 Direito à boa administração.

Um direito fundamental à “boa administração” foi explicitamente introduzido no Direito europeu pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice)<sup>110</sup>, assumida com valor de Tratado no âmbito da União Europeia pelo Tratado de Lisboa, nos seguintes termos:

Artigo 41º.  
Direito a uma boa administração

<sup>108</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

<sup>109</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Dissertação de Mestrado. UFBA, 2010 (mimeo).

<sup>110</sup> “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”, conforme n. 8 do Tratado de Lisboa, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13/12/2007. Carta de Nice, que entrou em vigor em 01/12/2009. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_pt.htm](https://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm), acesso em 26/11/2022. As constituições italiana e espanhola, por exemplo, albergam esses preceitos, ao referirem ao “bom andamento e imparcialidade da administração” (art. 97) e atuação “de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação” (art. 103), respectivamente. RECK, Janriê Rodrigues.; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 20, n. 79, 2020.

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
  - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
  - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
  - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Vanice Regina Lírio do Valle explora esse tema, questionando inicialmente se, no ordenamento jurídico brasileiro, esse direito teria o mesmo conteúdo ou se “boa administração” poderia se particularizar no caso brasileiro dadas as peculiaridades que distingue nosso país daqueles integrantes da comunidade europeia. Em seguida, indaga sobre qual projeto de Direito, evocando a “boa administração”, lhe conferiria “caráter jurídico e ainda o torna justiciável, como direito fundamental, por qualquer cidadão que se julgue desatendido pela administração pública”<sup>111</sup>.

Esses questionamentos, como se vê, enquadram o tema na realidade brasileira, de modo que as condições objetivas da administração pública têm repercussão sobre a efetividade do direito posto; noutras palavras, as possibilidades de “tirar o direito do papel” são dadas pela estrutura, não apenas orgânica e normativa, mas também funcional, e pelo comprometimento da Administração Pública em fazer valer o direito posto, mormente os direitos fundamentais – reflexão também travada no seio da União Europeia antecedentes à Carta de Nice e demais tratados sobre direitos fundamentais, e a assimetria entre os países integrantes do Bloco<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração: democratizando a função administrativa. 2010. 254f. Tese (Pós-Doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>112</sup> Vide Resolução do Parlamento Europeu sobre o Tratado de Nice e o futuro da União Europeia (2001/2022(INI)), disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-5-2001-0301\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-5-2001-0301_PT.html), acesso em 26/11/2022.

A expressão *positivada* da “boa administração” no direito comum europeu não parece divergir dos princípios da administração pública brasileira, inscrita nos textos legais<sup>113</sup> e mesmo na doutrina do direito administrativo, desde Hely Lopes Meirelles<sup>114</sup>, passando por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>115</sup>, Alexandre Santos de Aragão<sup>116</sup> e Marçal Justen Filho<sup>117</sup>, por exemplo, quando tratam dos chamados “princípios da administração pública”. Dessas posições *tradicionais* despontam, porém, duas características: (i) posicionam esses princípios no plano infraconstitucional e (ii) os tratam, com maior ênfase, no âmbito do “processo administrativo”. A posição europeia, entretanto, parece revelar duas outras características: (i) trata-se de direito fundamental (ii) posicionado no plano supralegal, “com valor jurídico de Tratado”<sup>118</sup>, que vincula, ou pelo menos orienta, a formulação e aplicação do direito interno de cada país membro da União.

Contudo, esse conceito de “boa administração”, na doutrina do direito administrativo brasileiro, parece ter surgido com Juarez Freitas<sup>119</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>120</sup> destaca o papel do Estado em formular o direito, manter a ordem jurídica e administrar consoante os interesses gerais, assume o dever de executar suas atribuições “no mais alto grau possível de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo (...) [com] a melhor gestão possível que possa realizar com os recursos por ela disponíveis”; nesse diapasão, defende que a boa administração “não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional” do gestor ao que “corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania.”

De outra banda, pode-se inferir que esse tema está implícito no *caput* do art. 37 da Carta, ao estatuir os princípios da administração pública: legalidade,

---

<sup>113</sup> Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – serviu de “modelo” para as leis estaduais e municipais sobre o mesmo tema.

<sup>114</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>115</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. (eletrônico)

<sup>116</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>117</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014.

<sup>118</sup> Conforme Tratado de Lisboa, n. 8.

<sup>119</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<sup>120</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, posição 117.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>121</sup>, conforme a atual redação do dispositivo dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998. Com efeito, o movimento da “constitucionalização” do direito administrativo<sup>122</sup> elevou muito do que se continha na doutrina e nas leis para o plano constitucional, implicando não apenas numa elevação de *status* (formal) das normas, mas imprimiu um novo significado e – mais ainda – um *peso* a essa matéria, porque o efeito se irradia para além do *direito administrativo*, e atingiu diretamente a *Administração Pública*, ou seja, pode-se vislumbrar uma substanciação do desenho institucional (estrutura) voltado aos fins, aos elementos funcionais<sup>123</sup> para que o resultado eficiente – não somente no plano da norma (cumprir a lei), mas atingir o resultado e transformar a realidade – seja alcançado pela Administração Pública.

Disso, portanto, observa-se que a *função administrativa*, como destaca Vanice Regina Lírio do Valle, ganha relevo, porque “no âmbito da função administrativa, se concretizam os demais direitos fundamentais explícitos e implícitos no texto constitucional” que revela “um dever de formulação de *escolhas administrativas legítimas*”.<sup>124</sup> Escolhas essas que devem ser formuladas com esteio nos princípios democráticos, que seja sinceramente abertos à participação dos cidadãos e demais instituição da sociedade. A mesma Autora defende ser possível falar num “Estado incitador”, que agiria no intuito de influenciar por meios mais persuasórios, a partir de estratégias, como “a máxima abertura à informação, a difusão de conhecimentos e outras técnicas dirigidas a exercer ascendência sobre os comportamentos”<sup>125</sup>.

Essa última observação remete ao uso de técnicas de *nudge*<sup>126</sup> na formulação, implementação e execução de *políticas públicas*, isto é, a estruturação de um agir administrativo, legitimado democraticamente, orientado para solucionar

---

<sup>121</sup> MENDONÇA, *op. cit.*, aponta que mais do que ligar-se à noção de “eficiência” no plano da dogmática jurídica ou da teoria geral do direito (às normas), a eficiência de que trata o princípio constitucional se dirige à atividade da Administração Pública.

<sup>122</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

<sup>124</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração. *op. cit.*, pág. 129.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem.*, pág. 142

<sup>126</sup> *Vide* THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. SUNSTEIN, C. R. Nudging: um guia (muito) resumido. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 1023–1034/1035, 2018.

um problema, a fim de aumentar não apenas o grau de legitimação, mas de incremento de resultados.

De todo modo, sendo a “boa administração” um princípio (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou um direito fundamental (Vanice Regina Lírio do Valle), certo é que ele não encerra um conjunto acabado de preceitos normativos e científicos, que sejam aplicados em qualquer lugar ou circunstância. Do contrário, ele é “datado”, porque expressa (ou deveria expressar) o *estado da arte* das Ciências da Administração e do Direito, atento às circunstâncias políticas, econômicas e sociais do momento em que formulados, tendo em vista que a concertação e o consenso na sociedade é uma de suas premissas metodológicas básicas. Nesse sentido, adverte ainda Vanice do Valle<sup>127</sup> que a “boa administração” não constitui conceito monolítico e imutável e requer permanente revisitação e reconfiguração de suas escolas teóricas”.

Portanto, na formulação das políticas públicas, a função administrativa deve ser otimizada para, cumprindo o ordenamento jurídico para concretizar os direitos fundamentais, atingir os mais elevados graus de resolutividade e promoção do direito ao desenvolvimento e ao bem-estar.

### 2.2.3 Direito, bem público e bem comum

O Direito há muito não mais se limita a proteger a vida, a liberdade e o patrimônio dos indivíduos<sup>128</sup>, tendo emancipado o universo dos bens da vida a proteger e/ou a promover. Embora o direito civil, ao lado do direito penal, sejam os ramos elementares da experiência jurídica na História, à medida que a vida em sociedade se tornou mais complexa, outros ramos se formaram, se desenvolveram e ganharam relevo, a fim de disciplinar o convívio das pessoas e suas relações entre si, tanto no nível individual quanto com o Estado; mesmos grupos, ainda que não organizados juridicamente (“personalizados”) obtiveram lugar nas relações jurídicas. O advento do “Estado de Direito”, provavelmente, impulsionou essa realidade, porque também o Estado ficou submetido à Ordem Jurídica por ele mesmo criada,

---

<sup>127</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração. *op. cit.*, pág. 159

<sup>128</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

havendo igualmente a subordinação do Poder político ao Direito; mesmo a sua legitimidade recebe tratamento jurídico<sup>129</sup>.

Do direito civil colhemos a lição de que os direitos patrimoniais são alienáveis, e não apenas as coisas, sejam tangíveis ou intangíveis (corpóreas ou incorpóreas). Por exemplo, no direito civil brasileiro (art. 1.164), temos que, embora o nome empresarial não seja alienável, o estabelecimento é. Certos direitos patrimoniais, em regra, são alienáveis, isto é, capazes de serem transmitido por negócio jurídico entre pessoas naturais ou jurídicas. Também de nosso Código Civil (art. 1.393), é a regra de que “não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”.

Assim se vê que “direitos” e não apenas coisas são objeto de negócio; noutras palavras, são bens. O mercado mobiliário, indiscutivelmente se erigiu e se desenvolveu sobre essa patrimonialização dos direitos, ou seja, os direitos mesmos são tidos como objeto de negócios; assim, certos direitos são coisas, para efeito do Direito. Mas nem todos os direitos são coisas, para esse fim; vários direitos estão “fora do mercado”, como os inerentes à personalidade, por exemplo, embora o dano moral seja indenizável (CF, art. 5º, V e X).

Nessa senda, os direitos humanos *grosso modo* são inalienáveis, como se depreende do primeiro dos *consideranda* do preâmbulo da Declaração Universal, que apontar existir “direitos iguais e inalienáveis”, ao lado da dignidade humana, que são “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”<sup>130</sup>.

Destarte, os direitos fundamentais não são alienáveis, ainda que possam ser encontrados seus equivalentes no mercado<sup>131</sup>.

Os direitos a prestações do Estado, como se destacou anteriormente, formam uma relação jurídica (direito/preensão) em torno de um direito público subjetivo, que coloca o cidadão e o Estado nos polos, cujo objeto imediato é uma prestação, um fazer do Estado; e como objeto mediato, a utilidade que o cidadão espera receber. Esse fazer do Estado é um dever, que revela, na ótica dos direitos

---

<sup>129</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. 8. T. Malheiros: São Paulo, 2000.

<sup>130</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos disponível em <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese>

<sup>131</sup> Não custa lembrar o conceito de direito à prestação em sentido estrito formulado por ALEXY na **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, pág. 499.

fundamentais, por exemplo, a perspectiva objetiva deles<sup>132</sup>. Apoiado em Bobbio<sup>133</sup>, pode-se falar em “direito que se tem” e “direito que não se tem e se busca”, sob o ponto de vista do conteúdo da relação jurídica; embora não se possa demandar, por exemplo, “saúde” do Estado, pode-se demandar “ações e serviços [públicos] de saúde” como aponta a Constituição Federal (art. 197). Sendo a saúde “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou enfermidade”<sup>134</sup>, não seria um objeto próprio de uma relação jurídica, mas sim as ações e serviços que levem a esse “estado de coisas” a ser promovido<sup>135</sup>. Nesse ponto, se vê que esse “estado de coisas a ser promovido” o é por meio de políticas públicas.

Mas, o que se visa a discutir nesse tópico é se o direito é um bem, isto é, se ele é capaz de ser encontrado ou posto “no mercado”. Segundo nossas premissas, apenas os direitos patrimoniais têm essa característica, não os fundamentais que reclamam uma prestação do Estado para obtê-lo. Essa discussão parece, sob certa perspectiva, um truísmo.

Segundo Holmes e Sunstein todos os direitos são garantidos pelo Estado, sejam os prestacionais (positivos), sejam os de defesa (negativos)<sup>136</sup>, e defendem que “os direitos negativos excluem e afastam o Estado; os positivos o incluem e o exigem”, no sentido de que as autoridades públicas devem se abster de agir, para que existam os primeiros, enquanto, com relação aos segundos, devem intervir ativamente. Esses direitos negativos, em regra, protegem a liberdade e a esfera privada, de caráter privativo ou obstrutivo; e os positivos promovem a igualdade com caráter redistributivo dos recursos públicos, de caráter caritativo e contributivo. Em

---

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>134</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**: cuadragésima novena edición (con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de mayo de 2019) [Basic documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019)]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2020. Disponível em [https://apps.who.int/gb/bd/pdf\\_files/BD\\_49th-sp.pdf#page=7](https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=7) Acesso em 20/10/2022.

<sup>135</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

<sup>136</sup> Sobre a classificação dos direitos fundamentais como positivos e negativos, conforme sejam prestacionais ou de defesa, e outras chaves/critérios classificatórios, ver SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, pág. 155ss.



suma, “se os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado.”<sup>137</sup>

Em seguida, porém, esses autores afirmam que essa distinção entre direitos negativos e positivos é inútil, já que, todos os direitos são, de um modo ou de outro, garantidos pelo Poder Público; e concluem, todavia: “todos os direitos são positivos”<sup>138</sup>. Por outro lado, defendem ser importante a distinção entre “direitos que exigem uma ação e aqueles que proíbem uma ação”, o que não deve ser confundida com a distinção entre direitos positivos e negativos, como esses conceitos são usados comumente, que “nada tem a ver com a oposição entre a imunidade contra a intromissão do Estado e o direito a um serviço do Estado”.<sup>139</sup> O que remete à reflexão de que, ação ou abstenção, sempre será uma atuação do Estado.

E afirmam – para nosso específico interesse nesse tópico – que, uma vez que os direitos são custeados por impostos (*tax*) – isto é, por um tributo não-contraprestacional, diferentemente das taxas [*fee*] que custeiam serviços contraprestacionais<sup>140</sup> – “os direitos individuais são bens públicos, não bens privados”<sup>141</sup>. E arrematam esses Autores, então, que “o financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos”, no sentido de serem “serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual”; daí, portanto, que “todos os direitos são positivos”.<sup>142</sup>

Assim, dada a utilidade e a função social do Direito e dos direitos, pode-se compreender que os direitos sejam bens públicos, porque têm uma importância para a manutenção da vida em sociedade. Mas isso não significa dizer que todos eles “estejam no mercado”, isto é, que sejam *mercadoria*. Por outro lado, não significam dizer que não tenham custo; pelo contrário, também é asseverado que “todos os direitos têm custo”. Esse custo, porém, dizem os autores, é o “custo orçamentário”,

---

<sup>137</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade dependem dos impostos. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, 2019,. Posição 492.

<sup>138</sup> *Idem, ibidem*, posição 628.

<sup>139</sup> *Idem, ibidem*, posição 691.

<sup>140</sup> Sobre a “definição de imposto” e o “conceito de taxa” serem tributos, respectivamente, não vinculados (não-contraprestacionais) ou vinculados (contraprestacionais) a uma prestação do Estado, ver BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro**. CTN comentado Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 14. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>141</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade dependem dos impostos. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, 2019,. Posição 197.

<sup>142</sup> *Idem, ibidem*, posição 628.

enquanto “direitos” são vistos como “interesses importantes que possam ser protegidos de modo confiável por indivíduos ou grupos mediante o uso dos instrumentos disponibilizados pelo Estado”<sup>143</sup>. Esse ponto será discutido a seguir.

Todavia, a ideia apresentada acima, ao que parece, se refere aos direitos da perspectiva individual, isto é, os direitos de uma ou mais pessoas individualmente consideradas. Mas, não fica muito claro se outras categorias de direitos, interesses ou pretensões que transcendem à dimensão individual sejam de igual forma alcançados pela exposição apresentada. Embora, obviamente, não seja feita referência explícita aos chamados direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – categorias positivadas no direito brasileiro<sup>144</sup> – parece-nos que eles também se encaixam nessa compreensão, porque se prestam ao aperfeiçoamento do bem-estar coletivo e individual.

Por outro lado, os chamados bens comuns (*commons*), que tem um cuidadoso tratamento pelo direito italiano, são categorias de bens que remetem a um tipo de direito coletivo mais alinhado à ideia de terceira “geração” ou “dimensão”, isto é, àqueles que transcendem à esfera individual e dizem respeito a um interesse coletivo comum de especial proteção, como o meio ambiente, a cultura, às paisagens, aos elementos da natureza (água, solo, ar, fauna, flora etc.), além de outros elementos intangíveis como o “equilíbrio ambiental”, o “desenvolvimento sustentável” e outros conceitos jurídicos indeterminados; noutras palavras, para utilizar expressões correntes, ao meio ambiente natural, construído ou cultural.

Essas “coisas comuns” também remetem a um novo desafio para o direito, que – como assinalado no início desse tópico – não mais se restringe ao trinômio “vida, liberdade e patrimônio”. Aliás, é o conceito de “patrimônio” que é colocado em crise.

---

<sup>143</sup> *Idem, ibidem*, posição 114.

<sup>144</sup> Vide Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor): Art. 81. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O conceito de “bem comum”, segundo apresentam Vincenzo Cerulli Irelli e Luca De Lucia<sup>145</sup>, pretende superar o de propriedade, típica da ideologia burguesa, que se basearia na apropriação e no usufruto individual exclusivo do proprietário, ou seja, como direito, a propriedade é oponível a todos as demais pessoas não-proprietárias; como fato, refere-se a bens no mercado. Em última análise, esse conceito envolve uma definição do que deve estar no mercado e o que deve estar fora dele, e, conseqüentemente, impõe a identificação dos bens que devem ser geridos com a lógica do acesso geral e garantido. Esse tema assina também um aspecto da crise da “estatalidade”, que veio se formando ao longo do Século XX. Estatalidade que se exerce, dentre outros, em torno da ideia de administração pública responsável pela defesa do interesse público em favor da coletividade.

Então, se vislumbra um direito ao uso dos bens comuns, que interessam a todas as pessoas – quiçá às gerações futuras, remetendo à ideia de supraindividualidade na obtenção e exercício de direitos (sobretudo os fundamentais), que, ao fim e ao cabo, devem ser resguardados por uma ação estatal (políticas públicas), mas que, ao mesmo tempo, não se limitam ao ente estatal a titularidade e responsabilidade por sua preservação, conservação e uso.

### 2.3 DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTO PÚBLICO.

Como advertem insistentemente Sunstein e Holmes<sup>146</sup> ao longo da obra “O custo dos direitos”, todos os direitos têm custo, que são cobertos pelos tributos e demandam de uma ação do estado; por isso, todos os direitos são positivos. Associando essa ideia à tese das gerações de direitos fundamentais, destacam que, do ponto de vista das finanças públicas, “elas se dispõem num contínuo de custos [e] não são pretensões de tipo radicalmente diverso”. Noutra borda, é “a incapacidade de definir prioridades [que] aflige todo o domínio da proteção de

---

<sup>145</sup> IRELLI, Vincenzo Cerulli; DE LUCIA, Luca. Beni comuni e diritti collettivi. **Politica del Diritto**. a. XLV, n. 1, marzo 2014. “I beni comuni sono «a titolarità diffusa», appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere a essi e nessuno può vantare pretese esclusive. Devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà. Incorporano la dimensione del futuro, e quindi devono essere governati anche nell’interesse delle generazioni che verranno. In questo senso sono davvero «patrimonio dell’umanità» e ciascuno deve essere messo nella condizione di difenderli, anche agendo in giudizio a tutela di un bene lontano dal luogo in cui vive.” RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma: Laterza, 2012, pág. 115/116.

<sup>146</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade dependem dos impostos. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, 2019,.

direitos”, uma vez que é o grau de proteção a questão crucial posta diante do gestor com competência para “garantir e impor direitos”, ou seja, sobre ele recairá o peso de “tomar decisões difíceis acerca de quais problemas e quais grupos têm a melhor pretensão” de modo a fazer o melhor uso dos recursos coletivos em determinadas circunstâncias”.<sup>147</sup>

Antes, é importante entender – ou delimitar – o alcance das expressões “custo” e “direito”, para esses autores (adotadas neste trabalho), que indicam ser entendido “‘custo’ como custo orçamentário, e ‘direitos’ como interesses importantes que possam ser protegidos de modo confiável por indivíduos ou grupos mediante o uso dos instrumentos disponibilizados pelo Estado”.<sup>148</sup>

Assim, o *custo* como custo orçamentário é a chave para compreender a ação estatal para satisfazer o exercício, seja individual ou coletivo, dos direitos; e o *direito* como pretensão (interesse). Com efeito, uma vez que as ações do Estado demandam a movimentação de sua máquina, por meio de servidores e pela obtenção de bens adquiridos e serviços contratados no mercado, há muito tempo não mais é lícito exigir os serviços gratuitos<sup>149</sup>, não tendo previsão legal (pelo menos no Brasil) de que as pessoas prestem tributos *in natura*<sup>150</sup> para satisfazer uma demanda estatal. Essas práticas devem ter se acentuado com o fortalecimento dos mercados livres, em que a *moeda*, como meio circulante de riquezas, substituiu e preferiu o escambo e outras trocas de mercadorias.

O direito financeiro encerra normas sobre as receitas e as despesas, e é a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado (Fazenda Pública), destacada da Ciência das Finanças (doutrina econômica)<sup>151</sup>. Contudo, conciliando elementos subjetivo (Fazenda Pública) e objetivo (atividade financeira), o aspecto funcional ganha relevo, assim entendido no esforço de delimitar o objeto do direito financeiro como “a atividade financeira na forma do conjunto integrado de atividades da

---

<sup>147</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Kindle. Posição 1853.

<sup>148</sup> *Idem, ibidem*, posição 114.

<sup>149</sup> Talvez as únicas exceções sejam, no Direito brasileiro, o exercício das funções de jurado (CPP, art. 436) ou de mesário nas eleições (CE, art. 120) e o serviço militar obrigatório (CF, art. 143).

<sup>150</sup> Código Tributário Nacional: “Art. 3º Tributo é toda *prestação pecuniária* compulsória, em *moeda* ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Os signos *pecuniária* e *moeda*, da definição legal, afastam qualquer possibilidade de tributo *in natura*. Vide CARVALHO, Paulo de Barros, *op. cit.*

<sup>151</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

fazenda pública, segundo as receitas e despesas necessárias ao cumprimento das suas funções constitucionais”<sup>152</sup>.

Essa disciplina jurídica, ou ramo do Direito como se convencionou, contudo, tem no Orçamento Público seu principal foco, posto que “o orçamento converte-se no principal instrumento da Constituição Financeira, do qual depende toda a atividade financeira do Estado, a partir da estimativa das receitas, aprovação das despesas e controle político que nele se opera”.<sup>153</sup> Nesse sentido, também se pode afirmar, conforme exposto por Irene Rubin<sup>154</sup>, que os orçamentos refletem as escolhas sobre o que o governo fará e o que não fará, as prioridades e o grau de importância que os legisladores atribuem à satisfação de seus eleitores e a disposição dos legisladores de ouvir as demandas dos grupos de interesse; fornecem uma ferramenta poderosa de prestação de contas aos cidadãos e refletem as preferências dos cidadãos por diferentes formas e diferentes níveis de tributação; a nível nacional, o orçamento influencia a economia; e os orçamentos refletem o poder relativo de diferentes indivíduos e organizações para influenciar os resultados orçamentários. Daí, que essas “escolhas do governo” sejam expressas pelas políticas públicas e pelos orçamentos; e devam ser consideradas em conjunto.

É inegável e indiscutível que o Orçamento Público encerra elementos e tem aspectos econômicos, financeiros e políticos. Kiyoshi Harada<sup>155</sup> bem destaca esses elementos, pondo em relevo que o Orçamento veicula determinadas políticas financeira e econômica do Estado, capazes de estimular ou desestimular o consumo, a produção e o investimento pelo manejo de *déficits* ou de *superávits*. Por outro lado, o orçamento reflete o plano de ação do governo, elaborado com base em uma decisão política.

Com efeito, no Brasil, a Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, é taxativa ao dispor, já no seu artigo 2º que: “a Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica-financeira e o programa de trabalho do Governo”. Dessa maneira, é inegável que as decisões políticas alocativas repercutem sobre toda a atividade econômica do país,

---

<sup>152</sup> *Idem, ibidem*, pág. 55.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem*, pág. 340.

<sup>154</sup> RUBIN, Irene S. **The Politics of Public Budgeting**. Getting, Spending, Borrowing and Balancing, 6ª ed. Washington: CQ Press, 2010.

<sup>155</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

afetando mesmo a economia privada nos países de liberdade de mercado. Pela decisão política, se resolve aplicar mais ou menos recursos nessa ou naquela área de atuação do Governo. Esse processo encerra uma escolha<sup>156</sup> dos representantes eleitos para o Poder Executivo e para o Poder Legislativo das Unidades da Federação (União, Estados e Municípios), que devem observar os parâmetros e limites postos na Constituição e nas Leis. Noutras palavras, “os orçamentos públicos descrevem o que os governos fazem listando como os governos gastam dinheiro”<sup>157</sup>.

É de se lembrar, outrossim, que no Brasil, desde a Constituição, há inúmeras normas que limitam a margem de discricionariedade política, com várias vinculações de receitas a despesas, nem sempre com afetação clara<sup>158</sup>. Embora a Carta de 1988, como regra geral, vedasse essas vinculações (CF, art. 167, IV), as exceções admitidas no texto constitucional e disciplinadas pela legislação infraconstitucional, via fundos e despesas obrigatórias (despesas com pessoal, gastos previdenciárias e serviço da dívida etc.<sup>159</sup>), “engessam” a quase totalidade do orçamento da União, por exemplo. Inúmeros foram os esforços e tentativas de impor uma disciplina fiscal no país, que remetesse ao controle das “contas públicas”, reduzindo o endividamento público, e equilibrasse o orçamento público.

De um modo geral, sob o ponto de vista econômico e financeiro, as vinculações de receita a despesa provocam a chamada “rigidez orçamentária”<sup>160</sup>,

---

<sup>156</sup> CORREIA, Carlos Pinto. A teoria da Escolha Pública: sentidos, limites e implicações. **Boletim de Ciências Económicas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998.

<sup>157</sup> RUBIN, Irene S. **The Politics of Public Budgeting**. Getting, Spending, Borrowing and Balancing, 6ª ed. Washington: CQ Press, 2010.

<sup>158</sup> SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura *versus* garantia dos direitos sociais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016, pág.167: “Outro conceito é o de afetação, que possui correlação com finalidades. Enquanto a vinculação cria um liame normativo entre receita e despesa, a afetação diz respeito a uma finalidade a ser realizada com aquela despesa. A vinculação é um instrumento financeiro formal, enquanto a afetação é uma técnica financeira de conteúdo, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia”.

<sup>159</sup> Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101, de 2000: Art. 9º. § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

<sup>160</sup> Ver o sumário das teorias e teses a favor e contra em CÂMARA, Maurício Paz Saraiva. **Uma análise sobre algumas causas da rigidez orçamentária após a Constituição de 1988**. Instituto Serzedello Correa/Tribunal de Contas da União, 2008. Monografia (Especialização em Orçamento Público). ISC/TCU, 2008. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178058/MonografiaMauricioCamara.pdf>, e DANTAS, Karlo Eric Galvão. **A Vinculação de Receitas Pós-Constituição Federal de 1988: rigidez ou flexibilidade da política fiscal? O caso da Cide-Combustíveis**. Monografia. Prêmio

fenômeno que limita a discricionariedade alocativa dos recursos públicos, considerando a quantidade de despesas obrigatórias<sup>161</sup> existentes no ordenamento jurídico, principalmente de ordem constitucional, como soem as despesas com saúde (art. 198, §2º) e com educação (art. 212), dentre outras. Para enfrentá-las, especialmente no âmbito federal, desde 1994, com a adoção do Programa de Estabilização Fiscal (PEF), foram promovidas alterações constitucionais, inicialmente com a adoção do Fundo Social de Emergência<sup>162</sup> e, depois, com mecanismos de desvinculação de receitas da União – DRU<sup>163</sup>, além da adoção do “Novo Regime Fiscal” (EC 95), que estabeleceu um polêmico “teto de gastos”<sup>164</sup>.

O Orçamento Público tem, portanto, dupla utilidade prática: (i) estimar a receita legal e adredemente definida, a fim de cobrir as despesas públicas, e, no plano ideal, não gerar desequilíbrios insustentáveis; ocorrendo *déficit*, programado ou acidental, o endividamento público o cobrirá, conforme os permissivos legais, a realidade econômica e a decisão política. E (ii) fixar as despesas que serão cobertas pelas receitas; essas despesas se legitimam por permitir que o Estado atinja seus objetivos, que no Brasil, estão previstas no art. 3º da Constituição<sup>165</sup>, ou seja, todas

---

Tesouro Nacional. Tema IV Qualidade do Gasto Público. 2009. Disponível em [http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XIVPremio/qualidade/3qualidadeXIVPTN/Monografia\\_Tema4\\_Karlo\\_Eric.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XIVPremio/qualidade/3qualidadeXIVPTN/Monografia_Tema4_Karlo_Eric.pdf).

<sup>161</sup> SCAFF, Fernando Facury. *op. cit.*, pág. 169: “Conceito distinto dos anteriores é o de despesa obrigatória, ou gasto obrigatório, também conhecido como despesas de execução obrigatória”. Ver LRF, art. 17.

<sup>162</sup> Vide Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994, e Emenda Constitucional n. 17, de 1997. Quando proposta, a rigidez orçamentária da União ultrapassava inacreditáveis 90%, segundo destacado por BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier. Plano Real, consolidação da estabilidade, crise internacional e desequilíbrios (1994-1998). In: RIBEIRO, Fernando José da S. P. (Org.). **Economia brasileira no período 1987-2013**. Relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea. IPEA: Brasília, 2015. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

<sup>163</sup> Vide Emendas Constitucionais n. 27, de 2000, n. 42, de 2003, n. 56, de 2007, e n. 68, de 2011, cujos efeitos expiraram em 31/12/2015. A Emenda Constitucional n. 93, de 2016, originada da PEC 4/2015, à qual foi apensada a PEC 87/2015 de iniciativa da Presidente da República, prorrogou a DRU até 31/12/2023; segundo a Exposição de Motivos Interministerial n. 88/2015 MP MF (Diário da Câmara dos Deputados de 16/07/15, pág.469), “A prorrogação na vigência da DRU justifica-se porque a estrutura orçamentária e fiscal brasileira possui elevado volume de despesas obrigatórias, tais como as relativas a pessoal e a benefícios previdenciários, e também vinculação expressiva das receitas orçamentárias a finalidades específicas. Esse delineamento tende a extinguir a discricionariedade alocativa, pois reduz o volume de recursos orçamentários livres que seriam essenciais para implementar projetos governamentais prioritários”.

<sup>164</sup> Instituído em 2016 e previsto para durar vinte exercícios financeiros (anos), a partir de 2017, o “teto de gastos”, aplicável aos Poderes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública da União, consistia em limitar o crescimento da despesa pública à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA (IBGE), “apurado no exercício anterior a que se refere a lei orçamentária”, conforme definido pela Emenda n. 113, de 2021.

<sup>165</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e

as ações e despesas públicas devem ser orientadas para alcançar esse “estado de coisas”.

Assim, é o Orçamento Público que encerra o programa de Governo, como expressão de um planejamento para um dado exercício financeiro<sup>166</sup>, e, juridicamente, indicará os recursos alocados para o custeio das atividades administrativas, o investimento público e, ao fim e ao cabo, o exercício dos direitos das pessoas, especialmente por meio de políticas públicas. Daí, ser extremamente importante e necessário compreender que direitos têm custos, e que esses custos são *a priori* os indicados no Orçamento.

### 2.3.1 Estrutura e organização do orçamento público brasileiro.

No Brasil, desde a Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, foi introduzida a técnica do “orçamento-programa”<sup>167</sup>, para orientar a elaboração e execução dos orçamentos<sup>168</sup>. A concepção básica desse sistema foi extraída da experiência federal americana obtida com a implantação do Orçamento de Desempenho (*performance budget*). No final dos anos 1950 e início dos anos 1960, a ONU, por meio de seus diversos organismos, inclusive a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), estimulou seus países-membros a adotá-lo<sup>169</sup>.

O Orçamento-Programa tem os seguintes elementos essenciais:

- “a) os objetivos e propósitos perseguidos pela instituição e para cuja consecução são utilizados os recursos orçamentários;
- b) os programas, isto é, os instrumentos de integração dos esforços governamentais no sentido da concretização dos objetivos;
- c) os custos dos programas medidos por meio da identificação dos meios ou insumos (pessoal, material, equipamentos, serviços etc.) necessários para a obtenção dos resultados; e

---

a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>166</sup> O exercício financeiro é o “ano fiscal” coincidente com o ano civil, conforme art. 34 da Lei Federal n. 4.320, de 1964.

<sup>167</sup> Sobre o orçamento-programa, ver com mais profundidade GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>168</sup> Sobre a natureza gerencial e as técnicas de elaboração dos orçamentos, ver GIACOMONI, James. **Orçamento governamental**: teoria, sistema, processo. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>169</sup> GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 164. Giacomoni, por outro lado, informa que o orçamento de desempenho foi difundido “na América Latina sob a denominação de orçamento-programa”. GIACOMONI, **Orçamento governamental**, pág. 76.



d) medidas de desempenho com a finalidade de medir as realizações (produto final) e os esforços despendidos na execução dos programas.”<sup>170</sup>

Nesse sistema, a medição dos resultados (*outcomes*) é mais importante do que dos produtos (*outpus*)<sup>171</sup>.

Vê-se que, apesar de o Orçamento incluir receitas e despesas, o foco da ação governamental (e da disputa política) é a despesa, visto que é por meio dela que se materializam as tarefas que a ordem jurídica comete ao Estado.

O orçamento-programa, por óbvio, tem no programa seu elemento basilar, podendo ser entendido, em que pese ser uma técnica, como um “instrumento de organização da atuação governamental”, articulando várias ações “que concorrem para a concretização de um objetivo comum preestabelecido, visando à solução de um problema ou ao atendimento de determinada necessidade ou demanda da sociedade”.<sup>172</sup> Nesse sentido, organizam ações e recursos para dar solução às necessidades públicas.

O objetivo, de sua vez, é o núcleo de atuação não apenas do planejamento, mas do próprio orçamento-programa; o objetivo é capaz de ser aferido pelas metas que pretenda atingir, permitindo que haja um controle efetivo da ação governamental. Do ponto de vista das políticas públicas, a clareza de objetivos do orçamento, tanto qualitativos (finais) quanto quantitativos (derivados)<sup>173</sup>, concorrem para resolução do problema alvo, com a disponibilidade dos recursos suficientes.

Assim, o orçamento público, no Brasil, está organizado em programas, que se desdobram em ações orçamentárias, estas podendo ser atividades, projetos ou operações especiais<sup>174</sup>, especificando os respectivos valores e metas e as unidades

---

<sup>170</sup> GIACOMONI, **Orçamento público** (...), pág. 166.

<sup>171</sup> GIACOMONI, **Orçamento governamental**, pág. 88.

<sup>172</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP). 9ª ed. [s.l.], 2021. (publicação eletrônica) disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2021/26> Consulta em 20/11/2022.

<sup>173</sup> GIACOMONI, **Orçamento público**, pág. 174.

<sup>174</sup> A Portaria n. 42, de 14 de abril de 1999, do então Ministro de Estado do Orçamento e Gestão (ainda vigente), define esses elementos do seguinte modo: Art. 2º Para os efeitos da presente Portaria, entendem-se por: a) Programa, o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual; b) Projeto, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo; c) Atividade, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto

orçamentárias (geralmente órgãos administrativos) responsáveis pela realização da ação. A cada projeto ou atividade só poderá estar associado um produto, que, quantificado por sua unidade de medida, dará origem à meta<sup>175</sup>.

De outro bordo, também é adotada a classificação das despesas no chamado “nível funcional-programático”, desdobradas em várias “funções”<sup>176</sup> e “subfunções”<sup>177</sup> desempenhadas pelos Governos, segundo suas competências ou missões institucionais; quase sempre espelha a organização da administração pública, desdobrada nos Ministérios ou Secretarias Estaduais ou Municipais (educação, saúde, transportes, segurança etc.).

A Constituição Federal adota três principais “leis orçamentárias”: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA), compatíveis entre si, cujas funções estão postas da seguinte forma no art. 165:

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

(...)

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

---

necessário à manutenção da ação de governo; d) Operações Especiais, as despesas que não contribuem para a manutenção das ações de governo, das quais não resulta um produto, e não geram contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços

<sup>175</sup> BRASIL, MCASP, pág. 80.

<sup>176</sup> “A classificação funcional segrega as dotações orçamentárias em funções e subfunções, buscando responder basicamente à indagação “em que área” de ação governamental a despesa será realizada. A atual classificação funcional foi instituída pela Portaria nº 42/1999, do então Ministério do Orçamento e Gestão, e é composta de um rol de funções e subfunções prefixadas, que servem como agregador dos gastos públicos por área de ação governamental nas três esferas de Governo. Trata-se de uma classificação independente dos programas e de aplicação comum e obrigatória, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que permite a consolidação nacional dos gastos do setor público.” BRASIL, MCASP, pág. 78.

<sup>177</sup> A subfunção “representa um nível de agregação imediatamente inferior à função e deve evidenciar cada área da atuação governamental, por intermédio da agregação de determinado subconjunto de despesas e identificação da natureza básica das ações que se aglutinam em torno das funções.” BRASIL, MCASP, pág. 79.

O PPA tem um horizonte de vigência temporal mais abrangente, iniciando no segundo ano de mandato do Poder Executivo e findando no primeiro ano do mandato subsequente (ADCT<sup>178</sup>, art. 35, §2º). Dessa forma, permite a continuidade da ação governamental, em linha com o princípio da continuidade do serviço público; e vincula, no nível de planejamento, a LDO e a LOA. Em que pesem serem leis ordinárias, logo, estarem num mesmo nível hierárquico (segundo a “pirâmide kelseniana”), por expressa disposição constitucional, contudo, há uma hierarquia entre esses diplomas legislativos, que somente podem ser alterados por lei específica, isto é, por uma quarta lei.

A ação governamental, em qualquer nível de governo da federação brasileira, deverá realizar seu planejamento, de modo a compatibilizar suas missões e tarefas constitucionais e institucionais com os recursos disponíveis (vinculados e não vinculados) e segundo a estrutura lógico-normativa presente. Diz-se “compatibilizar as ações com os recursos disponíveis” e não o contrário, porque a disponibilidade de recursos é dada pela realização das receitas, inclusive as provenientes de endividamento público, seja por meio de operações de crédito ou de emissões de títulos da dívida ou outra solução técnica e legalmente possível. Assim, não basta ter a demanda social (necessidade coletiva) ou necessidade pública, há de se ter os meios financeiros e instrumentais para satisfazê-las. Aqui também fica o desafio para a Administração cumprir os direitos fundamentais postos em sua perspectiva objetiva, segundo põe Sarlet<sup>179</sup>.

### 2.3.2 Os custos dos direitos no orçamento público

A noção de custo envolve muitas acepções, não apenas econômica ou financeira, nem se confunde com preço; daí também se falar em custos sociais. Remete, porém, a uma ideia de valor, e a um trabalho, ou seja, um esforço para produzir algo que será posto em comparação com outro objeto. De todo modo, a ideia mais comum é a que aproxima o custo do gasto, isto é, o dispêndio de um valor em troca de outro(s) para produzir um terceiro<sup>180</sup>; essa parece ser a noção

---

<sup>178</sup> Ato das Disposições Constitucional Transitórias.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op. cit.* pág. 146.

<sup>180</sup> CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. “**Custos dos direitos**” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

legal, posta na Lei Federal n. 4.506/64<sup>181</sup>. Por isso, ele está presente numa relação entre duas pessoas, que têm interesses opostos.

Não se pretende, neste trabalho, apresentar nem desenvolver discussões próprias das ciências econômicas, das ciências das finanças ou de finanças públicas, senão tomá-las na medida em que sejam aproveitadas pelo Direito, isto é, enquanto sejam tratadas por uma norma jurídica. Por outro lado, não se furtará de apresentar algumas discussões, no que toca ao direito financeiro, sobre como aproveitá-las para evidenciar uma melhor racionalidade na elaboração e execução dos orçamentos públicos.

A Constituição Federal faz referência aos custos das ações orçamentárias apenas com relação aos investimentos; e após a emenda constitucional n. 102, de 2019, que acrescentou o §15 ao art. 165.

De sua vez, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – erigida no pressuposto da “ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições” para geração de despesas (art. 1º, §1º) – atribuiu à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), uma nova função, qual seja a de dispor sobre “normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos” (art. 4º, I, e). Além disso, determina que a Administração Pública mantenha “sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial” (art. 50, §3º), e os Tribunais de Contas que alertem aos órgãos da administração pública quando constatarem “fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária” (art. 59, §1º, V). Também estatui (art. 67, III), que haja “disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal”, por Conselho de Gestão Fiscal<sup>182</sup>.

Essas disposições revelam uma nítida preocupação com a eficiência na formulação, planejamento e execução das ações governamentais, sobretudo das

---

<sup>181</sup> Art. 46. São custos as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria, tais como: *omissis*.

<sup>182</sup> Até abril de 2023 tal Conselho não fora instituído, passados quase 23 anos da LRF.

políticas públicas, deixando transparecer uma opção pelo ciclo PDCA, sigla que representa as palavras em inglês “*plan, do, check, act*”, referindo às fases ou etapas Planejar (plan), Executar (do), Verificar (check) e Agir corretivamente (act), visando a melhorar os processos e os produtos oferecidos pela Administração Pública<sup>183</sup>. Embora anterior à formulação dessa técnica, a Lei Federal n. 4.320/64 não deixa de apresentar esses ciclos nos Títulos II, III e IV (plan), V (do), VII (check).

No nível do orçamento-programa, a mensuração das ações realizadas, seja em nível de programa seja em nível das ações orçamentárias (projeto, atividade e operações especiais), é de importância evidente, porque permite não apenas a avaliação dessas ações, como permite otimizá-las, tanto do ponto de vista gerencial quanto da disponibilidade de recursos; ou mesmo para subsidiar a decisão de manutenção, reformulação ou de extinção de dada ação. Portanto, o sistema de mensuração e a escolha dos indicadores é imprescindível.

No Orçamento-programa o sistema de mensuração tem por base a relação insumo/produto. Qualquer instituição ou unidade organizacional existe para viabilizar determinadas realizações (produtos) utilizando para isso de uma variada gama de recursos (insumos). Medindo os insumos e os produtos, o sistema de mensuração realiza comparações e cria medidas e padrões de grande utilidade para a tomada de decisões dentro do processo orçamentário.<sup>184</sup>

De igual forma, o custo é um fator crítico. Obviamente, o conhecimento dos problemas a serem resolvidos permite a elaboração da melhor solução técnica. Porém, nem sempre “a melhor” solução técnica é possível ou viável, dado seu custo. Devido a limitação ou escassez dos recursos<sup>185</sup>, os custos para realização de

---

<sup>183</sup> LUCIARDO, R. O.; REINALDO, I. A.; DOS SANTOS, I. C.; DA SILVA, L. B. Inovação na Administração Pública: O Programa de Modernização da Administração Financeira no Estado de Mato Grosso Quinze Anos Depois. **Revista de Estudos Sociais**, [S. l.], v. 16, n. 32, p. 23-44, 2014. DOI: 10.19093/res.v16i32.2116. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/2116>. Acesso em: 5 out. 2022.

<sup>184</sup> GIACOMONI, Orçamento público, pág. 182.

<sup>185</sup> “La Administración de los recursos de la sociedad es importante porque los recursos son escasos. Escasez significa que la sociedad tiene recursos limitados y, por tanto, no puede producir todos los bienes y servicios que las personas desearían tener. De la misma manera que un miembro del hogar no puede tener todo lo que quiere, la sociedad no puede proporcionar a todos sus miembros el máximo nivel de vida al que cada uno aspira. La economía es el estudio de como la sociedad administra sus recursos escasos.” MANKIOW, N. Gregory. **Principios de Economía**. 7 ed. Cidade de Mexico: Cengage, 2017. “Não é a existência dos recursos em si que define a sua escassez relativa, mas a forma como os indivíduos, a partir e através das instituições, fazem as escolhas sobre o uso. Seja considerando o indivíduo como *homo economicus* ou como “homem contratual”, o *mainstream* parte do princípio metodológico de que o comportamento dos indivíduos é regido pela “lei da escassez”, desconsiderando que a ação dos indivíduos possa ser ela mesma responsável

determinada ação governamental não de ser considerados, a fim de garantir o máximo de eficiência tanto na utilização desses recursos quanto no impacto sobre o problema a ser resolvido.

Frequentemente, a noção de custo é associada intuitivamente a preço ou a um valor financeiro; mais sofisticadamente, se fala em custo como a opção de uso alternativo de um dado fator: seja uma soma em dinheiro (comprar ou alugar; viajar ou trocar de carro etc.), seja o tempo (estudar ou trabalhar; passear ou ler etc.). Para além dessa noção de “usos alternativos”, quando se trata de recursos públicos, mesmo sob o prisma de dispêndio, pela simplicidade e objetividade, calha a advertência posta por Carla Sofia Dantas Magalhães<sup>186</sup> ao destaca o “domínio extrafinanceiro” das despesas públicas e ação governamental:

“Uma despesa pública consiste na realização de dinheiro público tendo por fim a satisfação de uma necessidade colectiva. Uma despesa tem uma finalidade jurídica financeira, portanto, de provisão daquele bem público medido e quantificado em dinheiro público. Todavia, hoje, uma receita pública e uma despesa pública não podem centrar-se no objecto financeiro “dinheiro público”, porque, cada vez mais, a melhor decisão radica numa maior atenção ao domínio extrafinanceiro (para-além-dos-números). Não é só utilizar o dinheiro público, mas pensar e aplicar esses recursos de modo a que sejam atingidas outras vantagens além da do mero equilíbrio financeiro. Por exemplo, se estivermos perante a construção de uma estrada pública devem ser ponderados os custos financeiros e extra-financeiros: custo orçamental, custo ambiental, custo fiscal, custo social, porque a necessidade pública em si não é apenas financeira, mas também económica, social, ou seja, extra-financeira. A Despesa Pública tem que ser pensada e programada no meio e para o meio. Por isso a importância da decisão orçamental em todo o seu processo: a despesa condiciona a decisão/poder de gastar”.

Por outro lado, a noção de custo engloba, numa perspectiva de tomada de decisão para satisfação de direitos, três custos *lato sensu*, segundo propõe Casalta Nabais<sup>187</sup>: a) própria existência e sobrevivência do estado, materializados no dever de defesa da pátria; b) funcionamento democrático do estado; c) custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados no dever de pagar impostos.

---

pela escassez, quando esta ocorre. (...) A escassez seria apenas uma condição, dentre outras possíveis, e não uma lei geral de caráter universal que guia as ações individuais, especialmente no que se refere ao processo de escolha individual”. PEREIRA, Adriano José; MARIN, Solange. Lei da escassez e comportamento econômico: uma leitura institucional. **Revista Econômica**, vol. 18, n. 2, dez. 2016.

<sup>186</sup> MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. **Regime Jurídico da Despesa Pública**: do direito da despesa ao direito à despesa. Universidade do Minho, Escola de Direito (Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal), 2011.

<sup>187</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 3, n.2, p. 9-30, 2010.

A Lei do Orçamento, porém, trata apenas dos custos financeiros que impactam as finanças públicas, isto é, que demandam recursos financeiros, obtidos pela atividade financeira Estado (receita tributária, patrimonial ou de serviços).

Essa premissa será utilizada ao longo deste trabalho, que considerará que o custo do direito será o que estiver expresso no Orçamento Público para cobrir dada ação governamental, especialmente aquela realizada no sentido de efetivar dada política pública e concretizar direitos fundamentais. Mesmo assim, não será possível indicar qual o custo real do direito de *uma* pessoa, senão do dever do Estado de garanti-lo a todos. Noutras palavras, o custo do direito será considerado igual ao custo do dever do Estado, será expresso pelo valor consignado ao orçamento para dada ação. Noutras palavras, ainda, o custo do direito, num dado exercício financeiro, será considerado o valor do gasto do Estado para concretizá-lo<sup>188</sup>.

## 2.4 DEVER E DEVERES

Ao lado dos direitos existem os deveres. Muitas vezes são considerados reversos de uma mesma moeda – com mais clareza no âmbito do direito privado; defendemos que no âmbito do direito público também.

---

<sup>188</sup> Este Autor não dispõe de conhecimentos suficientes para demonstrar o real custo de um direito – nem sabe se alguém é capaz disso –, mas o admitirá como igual ao gasto do Estado, intuindo que sejam aproximados, embora o gasto seja superior, se considerado unitariamente um indivíduo (demanda). Por outro lado, caso haja uma disponibilidade (oferta) superior à demanda, o gasto será maior. Essa intuição pode ser exemplificada da seguinte forma: para realizar uma cirurgia de catarata em uma pessoa, serão necessários médicos, enfermeiros, hospitais, medicamentos, instrumentos, energia elétrica etc., além da atividade burocrática no Serviço de Saúde e no Hospital (consulta, formulários, energia, comunicações etc.). Por óbvio o preço pago pela cirurgia não cobrirá unitariamente todo esse dispêndio, nem no serviço público nem no privado. Mas, são organizados e realizados investimentos para que esses serviços possam ser realizados. Se ninguém procurar ou se a procura for aquém da capacidade instalada do hospital, o custo da oferta será maior do que o da demanda. O empreendimento privado calcula os custos desses investimentos e a manutenção dele, além da oferta dos serviços, visando a recuperação do valor investido num prazo inferior à vida útil do empreendimento, remuneração do capital empregado, cobertura de custos de manutenção e melhoria, além, claro, do lucro, dentre outros; daí, calcula o quanto cobrará (preço) por cada cirurgia, por exemplo, numa situação de liberdade de mercado. O mesmo não se pode dizer do Serviço Público, que não atua visando lucro nem se preocupa de recuperar investimentos, mas de otimizar seu uso. Ainda que conheça todos seus custos, a Administração Pública não conseguirá estabelecer “um preço” com a mesma visão do empreendimento privado, podendo até mesmo “subsidiá-lo” – o que aumentará seu custo. Enquanto o empreendimento privado visa o lucro prestando serviços, o Estado visa a concretização de direitos. Essas ideias remetem a inúmeras propostas de financiamento dos serviços públicos, mormente os de saúde, como o uso de *vouchers*, estímulos fiscais, deduções dos gastos com saúde da base de cálculo do imposto de renda, contratação de serviços privados etc. Vide Grossektler apud Flávia Dantas Pinto, *op. cit.*, nota 669, e José Casalta Nabais, *Estado Fiscal de Taxas*, *op. cit.*

Tanto Kelsen quanto Hart, por exemplo, deduzem a noção ou conceito de direito a partir do fato da existência de uma obrigação. Direito e dever surgem simultaneamente, no seio de uma relação jurídica: ao direito de um corresponde o dever de outrem. Contudo, muito se fala dos direitos e muito pouco, dos deveres.

Casalta Nabais<sup>189</sup> talvez seja uma voz quase solitária a reclamar da pouca atenção que se dá a esse tema, defendendo existir mesmo um dever fundamental de pagar tributos – uma vez que eles dão sustentação para que o Estado possa garantir os direitos fundamentais. Defende ele que haja uma autonomia em relação aos direitos fundamentais, no sentido de que não devem ser confundidos com deveres que são contrapartidas de direitos fundamentais, ainda que se apresentem “como um conceito correlativo, contraste, delimitador do conceito de direitos fundamentais”; “os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional própria, expressão imediata ou directa de valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais”. Esses deveres fundamentais colocam, portanto, o indivíduo perante o Estado e a coletividade, numa posição passiva.

Luís Afonso Heck, contudo, não passou ao largo desse tema, quando afirmou que a Lei Fundamental de Bonn “também cuida de Deveres Fundamentais i.é, obrigações prescritas pela citada Lei aos cidadãos em relação ao estado”.<sup>190</sup>

Essas disposições acima listadas, de uma forma ou de outra, encontram-se na Constituição brasileira, sem, todavia, ser identificado com esse epíteto de “deveres fundamentais” pela maior parte da doutrina.

De outro bordo, tem-se que, na doutrina dos direitos fundamentais, as perspectivas subjetivas e objetivas, tratadas por Sarlet<sup>191</sup>, dispõem os titulares desses direitos (indivíduos) numa posição ativa frente ao Estado, isto é, numa

---

<sup>189</sup> NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. Para uma síntese da obra, ver ROCHA, Sergio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: BUISSA, Leonardo; RIEMANN, Simon; MARTINS, Rafael Lara. **Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição**: experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018. pág. 293-318.

<sup>190</sup> “São, é verdade, em número pequeno, e estão assim enunciados: art. 5º, alínea 3ª (a fidelidade do ensino à Lei Fundamental), art. 6º, alínea 2ª (a obrigação primordial dos pais em cuidar e educar os seus filhos), art. 12, alínea 2ª (a obrigação de prestar o serviço militar ou, se por razões de consciência recusar, a obrigação de prestar outro serviço a título de substituição) e art. 14, alínea 2ª (a obrigação inerente a propriedade que, mesmo assim, deve servir ao bem comum)”. HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 109, p. 321-348, jan./mar. 1991

<sup>191</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op. cit.* pág. 146ss.



situação de demandar que o Estado adote as providências que a Ordem Jurídica, mormente a Constitucional, lhe comete, planejando, elaborando e executando políticas públicas, a fim de concretizar direitos.

Esse tópico visa a discutir os deveres do Estado, que, desde sua configuração pós-revolução francesa, além de ser um garantidor de direitos (século XIX) e um prestador de serviços (século XX), é também responsável pela manutenção das condições de vida salubres e ecologicamente equilibradas, embora sem exclusividade (século XXI), numa perspectiva de Estado Democrático de Direito.

#### 2.4.1 O papel do Estado como dever

Não há dúvidas, atualmente, de que o Estado tem um papel preponderante não apenas na estabilidade da vida em sociedade, como garantidor da ordem e da paz, via o Direito, como também tem inúmeros papéis promocionais, no sentido de prestar utilidades, via serviços públicos, aos seus cidadãos e àqueles que estiverem em seu território. Essa concepção, que se harmoniza com a igualdade das pessoas no plano dos direitos humanos, não faz distinções entre nacionais e estrangeiros, nem impõe qualquer distinção negativa ou odiosa entre as pessoas, seja por qual critério for (origem, raça, sexo, cor, idade etc.).

Como indicamos alhures, essa ideia do papel do Estado foi formada e desenvolvida a partir dos princípios que inspiraram a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), colocando a pessoa humana no centro da atuação estatal e como valor fundamental para orientar a elaboração, interpretação e aplicação do Novo Direito. Sim, defende-se que seja Novo Direito, porque, ainda que utilizando os mesmos vocábulos e institutos, a “ideologia” dos direitos humanos e dos direitos fundamentais imprimiram um novo sentido, tanto semântico quanto deontológico, às normas jurídicas e à ciência política, que também viram nos conceitos de “democracia” e de “estado de direito” novos sentidos. Não basta ao Estado assegurar direitos; há de promovê-los, concretizá-los. Já não é suficiente enunciar direitos, mas desenvolver ações efetivas, mover recursos e insumos para implementá-los. A teoria das “gerações” ou “dimensões” dos direitos é um indicador desse novo consenso conceitual.

Deslocando-se para o plano do Direito Constitucional, as proposições jurídicas que formam as Constituições são entendidas não somente como compromissos políticos, mas têm força normativa (Hesse<sup>192</sup>); não podem ser encaradas como uma “promessa inconsequente” (STF, ADPF 45).

Não obstante, não se pode descurar de que as condições fáticas são limitantes para a atuação estatal, inclusive e especialmente a realidade econômica e as disponibilidades orçamentárias, exigindo contínua avaliação de cenários para que melhor desempenhe suas missões institucionais e constitucionais.

Partindo da premissa de que os direitos têm custos e que dependem de prestações estatais positivas para sua efetivação<sup>193</sup>, há de se considerar, igualmente, que as realidades orçamentárias do Estado precisam ser compreendidas. De fato, não é possível se falar em despesas estatais sem considerar a necessária autorização para realização dos gastos, o que se dá conforme a Lei Orçamentária Anual (CF, art. 167, I e II). Neste sentido, em matéria de realização (efetivação) dos direitos fundamentais, é necessário que se dê a “redescoberta do orçamento”<sup>194</sup>.

Nesse campo, dois conceitos são fundamentais para avançar nas discussões e análises sobre a temática da realização dos direitos fundamentais, ou seja, daqueles que demandam prestações positivas do Estado: “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

O mínimo existencial se refere ao respeito aos direitos humanos, na perspectiva de garantir um padrão socioeconômico mínimo, abaixo do qual não se pode afirmar haver respeitos à condição humana. Esse “mínimo existencial”<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>193</sup> GALDINO, Flávio. *op. cit.*, pág. 226. Cf. SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *op. cit.* AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>194</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento**. 2010. Dissertação de mestrado (Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, 2010. (mimeo). “Indiscutivelmente, o orçamento é o caminho por meio do qual se permite realizar políticas públicas, [sic] essenciais à concretização dos direitos fundamentais sociais. Vislumbra-se, por conseguinte, nítida conexão entre direitos sociais e orçamento” (pág. 67).

<sup>195</sup> “Cumprir ressaltar que em torno da expressão – mínimo existencial há uma plurivocidade de sentidos que remete, por exemplo, ao plano filosófico (direito à felicidade, à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana) e ao plano econômico-social (direito ao desenvolvimento humano, a questão da pobreza e miséria, a redistribuição de rendas). Na perspectiva jurídica, aqui perseguida, esses fatores filosóficos, econômicos e sociais serão considerados de maneira mediata

consiste em um núcleo básico de prestações e serviços, que o Estado deve oferecer aos cidadãos como elementos materiais da dignidade, ou um precedente do princípio da dignidade da pessoa humana que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas, sem as quais o indivíduo estará em situação de vulnerabilidade e/ou risco.

A “reserva do possível” tanto sinaliza ausência de autorização para determinado gasto ou quando se aproxima da exaustão orçamentária.<sup>196</sup> Por outro lado, o tema evoluiu, para determinar que a reserva do possível fosse entendida como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que, mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só estaria obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários<sup>197</sup>. Aqui, convém lembrar reflexão de Casalta Nabais, quanto à profusão ou um “excesso de carga” de direitos fundamentais ou uma panjusfundamentalização de direitos, sem atentar para o plano da realidade fática<sup>198</sup>.

De todo modo, está-se falando de restrição ou limite (normativo)<sup>199</sup> aos direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos<sup>200</sup>. Assim, se há um “mínimo” a ser considerado e protegido, abaixo do qual não se admite transigir pelo consenso social, por outro lado há que se considerar as possibilidades e limites (fáticos) do Estado em prover o atendimento dos direitos fundamentais sociais, ou seja, dos direitos/deveres prestacionais. A definição deste conteúdo tanto é polêmica quanto histórica, isto é, varia no tempo e no espaço. Bem de ver que a expressão surgiu na jurisprudência do Supremo Tribunal Alemão no acórdão denominado “*numerus clausus*”, de 1972, pontificando que a Reserva do Possível deve limitar pretensões dos cidadãos a prestações positivas estatais àquilo que o indivíduo possa racionalmente exigir da sociedade, ao consignar, com a

---

e insita para exigibilidade do direito fundamental mínimo no caso concreto, que será consequência do modelo de ponderação”. MACHADO, Clara Cardoso. *op cit.*, pág. 55.

<sup>196</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>197</sup> FISCHER, Octavio Campos; OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Algumas aproximações entre políticas públicas de saúde, orçamento e decisões judiciais. **Revista da AJURIS**. v. 42, n. 137, pág. 387-430, Março 2015.

<sup>198</sup> CASALTA NABAIS, José. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **RDPE – R. de Dir. Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 61-95, abr./jun. 2008.

<sup>199</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo 4 ed. 3 tir. Saraiva: São Paulo, 2014.

remissão aos princípios do Estado Social e a necessidade de equilíbrio econômico, que uma pretensão subjetiva ilimitada às custas da comunidade é com ele incompatível<sup>201</sup>.

A nosso sentir, porém, antes de se falar em “direito ao mínimo existencial” talvez se pudesse falar em “mínimo prestacional”, cujo “máximo” seria dado pelas possibilidades materiais (financeiras) do caso concreto sob atenção (dever) estatal; no caso de formulação e de execução de políticas públicas, que seja conforme o prescrito pelo PIDESC, art. 2.1, que orienta aos Estados partes a adotar “medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, *até o máximo de seus recursos disponíveis*, que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto”.<sup>202</sup> De fato, parece-nos impróprio falar em “direito a um mínimo”, quando se trata de direito fundamental; o direito subjetivo visto como pretensão<sup>203</sup> é correlato a um dever do Estado para sua satisfação. Então o direito e o dever se correlacionam numa relação (jurídica) integral; não é que exista um direito mínimo, mas um conteúdo mínimo a ser exigido, logo “mínimo” deve se referir ao objeto da prestação e não ao objeto do direito subjetivo público (prestação). Direito, é sempre conveniente lembrar, nesse caso, é relação jurídica prestacional, em cujos polos se encontram, de um lado, um detentor de um direito (credor) e, do outro, um devedor, em torno de uma prestação, isto é, do conteúdo da relação jurídica; outra coisa é o objeto da prestação<sup>204</sup>. *Mutatis mutandis*, mesmo que o direito (interesse) do vendedor de exigir o cumprimento da obrigação (dever/prestação) redunde no pagamento (conteúdo da prestação), não se pode falar em “mínimo” ou “máximo”, pois é integral o direito; se o pagamento será feito integralmente ou não, à vista ou parcelado, com ou sem desconto, talvez já não se tratasse do direito em si, mas ao conteúdo da prestação e a forma de adimplemento. Neste sentido, podendo apontar um núcleo material do

---

<sup>201</sup> GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL – ALEMANHA: THOMPSON FLORES, 2., 2011, Florianópolis. **Cadernos do CEJ n. 27**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, pág. 14-21 (tradução de Márcio Flávio Mafra Leal).

<sup>202</sup> Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Grifamos.

<sup>203</sup> Cf. GALDINO, Flávio, *op. cit.*, pág. 137.

<sup>204</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 377: “É oportuno expressar, com o propósito de amarrar melhor os conceitos, que uma coisa é o objeto da obrigação: no caso, a conduta prestacional de entregar uma porção de moeda; outra, o objeto da prestação, representado aqui pelo valor pecuniário pago ao credor ou por ele exigido”.

princípio da dignidade humana que se confunde com o mínimo existencial, posto que descrevam um mesmo fenômeno<sup>205</sup>, não se poderia, portanto, tratar de “direito mínimo”, mas de um conteúdo mínimo desse direito.

Quanto à chamada “reserva do possível”, trata-se de considerar as limitações fáticas do ponto de vista orçamentário, isto é, do direito financeiro, numa relação entre direito subjetivo e dever do Estado<sup>206</sup>. Essa reserva pode ser entendida tanto sob o aspecto fático quanto jurídico, isto é, tanto a “inexistência absoluta de recursos” quanto a “ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”<sup>207</sup> respectivamente. No aspecto fático, convém destacar a chamada “exaustão orçamentária”, que, além de se referir ao esgotamento do orçamento público, isto é, completa falta de recursos financeiros, vincula-se igualmente às opções políticas que privilegiem ou não determinada prestação estatal (dever jurídico)<sup>208</sup>. Mas essa consideração doutrinária merece um esclarecimento: sabe-se que o direito financeiro trata da atividade financeira do Estado, que compõe as receitas e despesas públicas<sup>209</sup> no duplo aspecto orçamentário e financeiro, isto é, previsão/autorização e execução desta atividade; vale dizer, o plano orçamentário propriamente dito alcança a “previsão da receita e fixação da despesa” e créditos adicionais (dimensão normativa), segundo expressa o art. 165, §8º, da Constituição Federal, enquanto o plano financeiro cuida da entrada e saída dos recursos públicos na fase da execução orçamentária (dimensão fática). Assim, a *exaustão do orçamento público* pode ser considerada como a falta ou insuficiência de créditos orçamentários (autorização normativa) para executar a despesa pública, enquanto a *exaustão financeira* deva ser considerada como a insuficiência da arrecadação da receita prevista seja pela frustração, seja pelo esgotamento propriamente dito da receita arrecada, que fora despendida com despesas

---

<sup>205</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pág. 247.

<sup>206</sup> “La cuestión de la «reserva de lo posible» (*Vorbehalt des Möglichen*), de la necesaria ponderación que han de efectuar los poderes públicos (*Abwägung*) en lo que respecta al modo de garantizar, con efectividad, ese derecho («mejora de la capacidad existente», «ampliación de la capacidad», «subvenciones a establecimientos alternativos») nos lleva a un tipo de derecho *prima facie* al que corresponde, por parte de los poderes públicos, un deber *prima facie*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 1, p.239-260, set/dic. 1988.

<sup>207</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, pág. 278.

<sup>208</sup> Cf. GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, pág. 235.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993.

autorizadas pela Lei Orçamentária. Maior aprofundamento sobre esta temática está fora do âmbito de interesse deste trabalho.

A “reserva do possível”, mercê de implicar em inviabilidade de cumprir o dever estatal, não pode ser oposto como impedimento sem fundamentação e demonstração da situação fática, como ressaltou o STF<sup>210</sup>, a esse respeito, por ocasião do julgamento da ADPF 45, em que teceu judiciosa lição que identificamos apoio no precedente *numerus clausus* alemão<sup>211</sup>, donde se pode destacar:

“Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

---

<sup>210</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004, pág. 12. RTJ, vol. 200, n. 1, pág. 191.

<sup>211</sup> GAIER, Reinhard. *op. cit.*

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração de implantação sempre onerosa, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo”.

Essas restrições orçamentárias destacam a necessidade de ser incluído no conceito mesmo de direito subjetivo público, de cunho prestacional, a noção de custos. Os custos tanto podem ser óbices como pressupostos dos direitos<sup>212</sup>. Assim, os recursos econômicos, vistos como pressupostos, dão possibilidade de concretização dos direitos; por outro lado, vistos como óbices, apontam os desafios a serem superados<sup>213</sup> – inclusive a exaustão orçamentária (reserva do possível fático) – especialmente ao impor um esforço adicional para o planejamento e execução das políticas públicas.

Ainda a reserva do possível, agora sob o ponto de vista jurídico, isto é, ausência de previsão ou autorização orçamentária, convém destacar o mecanismo de formulação da lei orçamentária, que expressa as opções políticas – conforme a discricionariedade política de abarcar as necessidades públicas num dado exercício financeiro. Noutras palavras, o processo decisório de formulação do orçamento<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, pág. 234.

<sup>213</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>214</sup> Vide Lei Federal n. 4.320, de 17 de maro de 1964: “Art. 22. A proposta orçamentária que o Poder Executivo encaminhará ao Poder Legislativo (...) compor-se-á: I - Mensagem, que conterá: exposição circunstanciada da situação econômico-financeira (...); exposição e justificação da política econômica-financeira do Govêrno; justificação da receita e despesa, particularmente no tocante ao orçamento de capital; (...) IV - Especificação dos programas especiais de trabalho custeados por dotações globais, em têrmos de metas visadas, decompostas em estimativa do custo das obras a realizar e dos serviços a prestar, acompanhadas de justificação econômica, financeira, social e administrativa. Parágrafo único. Constará da proposta orçamentária, para cada unidade administrativa, descrição sucinta de suas principais finalidades, com indicação da respectiva legislação. (...) Art. 27. As propostas parciais de orçamento guardarão estrita conformidade com a política econômica-financeira, o programa anual de trabalho do Govêrno e, quando fixado, o limite global máximo para o orçamento de cada unidade administrativa”.

revela a prioridade (juízo de valor) de atendimento das demandas hauridas da sociedade, conforme o planejamento estatal (CF, art. 174). Isso também se refere às próprias concepções que se tem sobre o Estado e seu papel na sociedade e na Economia. Essas opções são expressas na Constituição; assim, tendo o Estado múltiplas tarefas<sup>215</sup> a realizar, e dado o princípio da universalidade orçamentária<sup>216</sup>, há de se discutir a melhor forma de distribuição dos recursos estatais, que se destinam a realização dessas suas tarefas. Sendo o Estado voltado a objetivos constitucionais (CF, art. 3º), não pode, por outro lado, assumir tarefas sem lei que as estabeleçam (princípio de legalidade estrita), ou seja, que contemplem necessidades públicas<sup>217</sup>.

Não custa lembrar que a formação das leis (e das escolhas públicas) é processo complexo, onde múltiplos interesses legítimos lutam por prevalecer. Esse processo revela o tipo de escolha *trade-off*<sup>218</sup>, num balanceamento de “perdas e ganhos” entre os membros da sociedade, especialmente quando atender uma necessidade implica no desatendimento de outra – não há recursos para tudo e todos ao mesmo tempo<sup>219</sup>. Tendo, repita-se, o Estado múltiplas tarefas – inclusive em nível constitucional – a dificuldade acentua-se, sendo a deliberação na formação da Lei do Orçamento Anual momento crucial; porém, é durante a execução orçamentária, que os casos concretos se mostram a reclamar uma prestação do Estado, para cuja satisfação deve realizar despesas – e quando desafiam a eficiência administrativa e orçamentária.

---

<sup>215</sup> HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Ailmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, (E-book), pág. 40s.

<sup>216</sup> Este princípio estabelece que a lei orçamentária deve abarcar e quantificar todas as receitas e todas as despesas de cada Ente da Federação, incluindo seus Poderes, Órgãos Autônomos, Fundos, Órgãos e Entidades da Administração Pública, com previsão no art. 165, §5º, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964.

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, pág. 9: “Cuida-se, ante de mais nada, para preenchimento do conceito, de uma decisão política. O Estado é quem vai dizer, para usar verbo vicário, no texto constitucional e nas leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas. (...) Todavia, pondere-se que, entre o ser e o dever ser há bastante distância. O que deve o Estado atender, seja por definição jusnaturalista, seja por posição positivista, e aquilo que, dentro da realidade pode ele resolver, fica o imponderável econômico”.

<sup>218</sup> THEODORO, Marcelo Antônio; SILVA, Laís Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. In: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira, RIBAS, Lídia Maria, PINTO, Helena Elias (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

<sup>219</sup> MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de Economia**. 7 ed. Cidade de Mexico: Cengage, 2017.



Esse mecanismo de deliberação política (escolhas<sup>220</sup>) não prescinde do Jurídico (Constituição) nem do Econômico (fático), ou seja, das condições de realização jurídica e fática, não se podendo constituir, como referido, uma “promessa inconsequente” (STF, ADPF 45). De toda sorte, no campo de estudo em análise, isto é, dos direitos econômicos, sociais e culturais, o multirreferido PIDESC (Decreto n. 591/92) é elucidativo sobre o Estado empregar “até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

Para concretização da norma, especialmente a constitucional, que assegure direitos sociais, também não se pode prescindir da “leitura” do âmbito normativo<sup>221</sup>, que alcança as condições materiais para sua realização. E a norma orçamentária, ainda que vista como meio de realização, não deixa de integrar esse âmbito.

Portanto, o cumprimento das missões institucionais do Estado é um dever (posição passiva), que pode ser reclamado pelos titulares de interesses, pretensões ou direitos (posição ativa), inclusive judicialmente.

#### 2.4.2 O dever de elaborar políticas públicas

A atuação estatal para garantir direitos se dá de diversos modos. Para fazê-la com eficiência (CF, art. 37), a Administração Pública necessita de conhecer os problemas a enfrentar e dispor dos meios suficientes, não apenas orçamentários e financeiros, mas também logísticos, humanos, gerenciais etc.

Como será destacado adiante, a formulação de políticas públicas é um desses métodos, em que são elaboradas soluções considerando um arcabouço normativo que lhes dê, além de respaldo legal, legitimidade<sup>222</sup> e amparo técnico.

---

<sup>220</sup> TORRES, Heleno Taveira. *op. cit.*, pág. 152.

<sup>221</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008, pág. 199: “O âmbito normativo como componente estrutural da norma jurídica é um projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada”.

<sup>222</sup> “Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora

Assim, parece claro que o agir administrativo deve mobilizar as capacidades institucionais disponíveis para melhor atuar, ou, antes, reunir aqueles meios suficientes, via seleção de pessoal, cooperação institucional e emprego de recursos.

Esse amálgama *grosso modo* racionalmente estruturado se dá no âmbito das políticas públicas.

Insta observar que, por acréscimo à Constituição de 1988, há comandos constitucionais – além de farta legislação – que se refere a formulação e avaliação de políticas públicas, o que remete à conclusão da internalização no ordenamento desse “instrumento” políticas públicas; que já passa, então, a constituir num dever<sup>223</sup>. São as seguintes as referências explícitas no texto constitucional:

Art. 37....

§ 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar **avaliação das políticas públicas**, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

Art. 165....

§ 16. As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da **avaliação das políticas públicas** previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de **políticas públicas** de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

Art. 227.....

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de **políticas públicas**. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Essa opção, para além de mera referência, é uma indicação inequívoca de que há o dever de elaborar, implementar, avaliar e corrigir/ajustar políticas públicas,

---

Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico”. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pág. 39-48

<sup>223</sup> Antes mesmo dessa positivação, Ana Paula de Barcellos defendia: “na medida em que se trata de mecanismo essencial para a realização dos comandos constitucionais sobre os direitos fundamentais, a existência de sistemas de monitoramento constitui um dever geral extraído da Constituição”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.251-265

de modo a dar transparência ao processo de planejamento da ação estatal, concatenado com os comandos principiológicos do *caput* do art. 37 da Constituição, isto é, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, a formulação e a execução de políticas públicas devem ser feitas de modo a garantir transparência do “começo ao fim”, durante todo o processo de tomada de decisão, de modo que a sociedade tome conhecimento das opções políticas, financeiras e administrativas enquanto estão se desenvolvendo, e os resultados obtidos; inclusive para poder participar – que é uma das dimensões do exercício democrático – reclamando, ademais, elementos de *accountability*<sup>224</sup>, que é mais ampla do que a mera responsabilidade administrativa e engloba o dever de prestação de contas e, inclusive, se responsabilizar politicamente.

Embora o §16 do art. 37 da Constituição mencione apenas “realizar avaliação das políticas públicas”, logicamente a avaliação é a etapa final de um ciclo que começa na fase de planejamento, seguida pela legalização (aprovação por norma jurídica; lei ou decreto, conforme o caso), e secundada pela implementação. Assim, ao se referir a uma etapa do final do ciclo, o pressuposto é que as demais etapas estejam contempladas no “querer” ou na “vontade”<sup>225</sup> da Constituição. Não é razoável que apenas exista o dever de avaliar e não o de formular e implementar; do contrário, poderia ser facilmente esvaziado o comando constitucional ao se omitir de formular qualquer política pública<sup>226</sup> – e não ter o dever de avaliá-la.

---

<sup>224</sup> RACHED, Danielle Hanna. *Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1. p.189-209, 2021.

<sup>225</sup> “Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*) mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”. HESSE, Konrad. *Significado dos direitos fundamentais*. In: **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**., pág. 246.

<sup>226</sup> “307 – *Verba cum effectu, sunt accipienda*: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis.” Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.” As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. (...) Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. (Fora de série). 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022).

Esse dever de formulação e avaliação é acentuado do ponto de vista orçamentário e financeiro, conforme a norma do §16 do art. 165 da Constituição, e não apenas do ponto de vista burocrático ou gerencial. Ou seja, quer a Constituição que haja uma séria avaliação também da eficiência alocativa dos recursos financeiros e orçamentários, a fim de saber, inclusive de sua continuidade. Parece, nesse ponto, que há uma postura além da estruturação do orçamento-programa, indo em direção aos métodos de *performance budget*<sup>227</sup> (PB) ou “orçamento por resultados”, que corresponde a entronizar nos orçamentos a avaliação de programas de governo, lançando vistas à eficiência nos gastos públicos<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> “A performance budget lists what each administrative unit is trying to accomplish, how much it is planning to do, and with what resources. It reports on how well it did with the resources it had last year. The emphasis is on getting the most service for the dollar.” (Tradução livre: “Um orçamento de desempenho lista o que cada unidade administrativa está tentando realizar, quanto planeja fazer e com quais recursos. Ele relata como se saiu com os recursos que tinha no ano passado. A ênfase está em obter o máximo de serviço por dólar”). RUBIN, Irene S. **The Politics of Public Budgeting**. Getting, Spending, Borrowing and Balancing, 6ª ed. Washington: CQ Press, 2010, p. 88.

<sup>228</sup> NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e *performance budget*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. Ver também GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS

O campo “políticas públicas” é, ainda, objeto de inúmeras discussões no meio acadêmico, inclusive no âmbito da Ciência do Direito, que, sob sua perspectiva, tenta encarar, estudar e definir esse objeto sob suas lentes, isto é, sob o prisma normativo; mais especificamente ainda, sob o prisma da norma jurídica.

Esse tema não nasceu nem é “próprio” do Direito, senão que surgiu no âmbito da Ciência Política<sup>229</sup>, interessando também outras, como a Economia, a Ciência da Administração, a Sociologia (Ciências Sociais) etc. O mote inaugural era perquirir sobre o que o Governo faz. As chamadas “Políticas Públicas” (*policy*), como dito, não nascem como objeto do Direito, mas como um problema objeto de outros saberes científicos, preocupados com o que o Estado produz ou deve produzir, considerando seu papel histórico, isto é, nas condições de tempo e de lugar.

Flávia Dantas Pinto, lembrando da origem do termo na língua inglesa, destaca que “o termo inglês correspondente a política pública e largamente utilizado, para fins retóricos (...) é *policy* ou no plural *policies*. Por seu turno, a Política enquanto subsistema integrante do sistema social é denominada de *polity*. Finalmente, a Política como atividade política denomina-se *politics*”. Por outro lado, ao lembrar que *policy* se refere a “ação pública” (do governo), “nos códigos linguísticos oriundos do latim, uma mesma e única palavra (política) é utilizada para conotar essas três situações, sendo esse um dos – mas não o único, nem o principal – motivos para a existência de tantas divergências sobre a temática”<sup>230</sup>.

A palavra “política” é polissêmica. No sentido utilizado pela expressão “política pública”, a palavra *política* expressa, numa primeira mirada (clássica), a percepção de se tratar de exercício do *poder* do Estado, de uma manifestação de quem detém o *poder* político, ou seja, o poder que o Estado tem segundo sua formação histórica e exercida segundo as regras ou tradições vigentes.

---

<sup>229</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. A confluência do Direito com as políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo: aportes para o mapeamento crítico do estado da arte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 124, 1 jul. 2022. CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Análise de políticas públicas: da técnica às ideias. **Idéias – Rev. Inst. Filos. Ciênc. Hum. UNICAMP**, v.6, n.2, p.13-34, jul/dez. 2015.

<sup>230</sup> PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Policies**: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2010.

Bobbio, apoiado em Hobbes e Russel, define o poder “como o tipo de relação entre sujeitos, na qual um impõe ao outro a própria vontade” que “deve ser integrada à definição do poder como posse dos meios (dos quais os dois principais são o domínio sobre outros homens e o domínio sobre a natureza) que permitem obter, exatamente ‘alguma vantagem’, ou os ‘efeitos desejados’”. Para isso, o poder político “detém a exclusividade do uso da força”.<sup>231</sup>

No Estado de Direito, porém, a política (nos sentidos *polity* e *policies*) se submete ao Direito<sup>232</sup>, quando o exercício do poder é regulado pela norma jurídica, desde a Constituição. Assim, o exercício do poder e o uso da força são juridicamente regulados e contidos, sendo legítimos o poder e a força se, e somente se, conformados ao âmbito da Ordem Jurídica; do contrário, degenera-se em arbítrio, autoritarismo ou mesmo revolução ou golpe<sup>233</sup>.

Relata Celina Souza que “políticas públicas”, como área do conhecimento, surgiu nos Estados Unidos, entre os anos 1930 e 1950, com ênfase nos estudos sobre a ação dos governos, sem previamente estabelecer relações com a base teórica do papel do Estado, diferentemente do que sucederia na Europa<sup>234</sup>. O pressuposto analítico considera que, em democracias estáveis, o que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser formulado cientificamente e analisado por pesquisadores independentes<sup>235</sup>.

Revela-se, assim, uma preocupação empírica, posto que analisa o que o Governo *faz* mais do que ele *deve fazer*. Arrisca-se a afirmar ter mais uma preocupação com o *ser* (positiva, descritiva) do que com o *dever-ser* (normativa, prescritiva). Porém, o Direito, como se sabe, é uma ciência do dever-ser. Como adverte, todavia, dentre muitos, Miguel Reale<sup>236</sup>, o Direito também é uma ciência do ser, enquanto estuda a *norma jurídica* como um dado, um fato, uma coisa, e a

---

<sup>231</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. 20 t. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

<sup>232</sup> VITALI, Karoline Tavares. **Políticas públicas: análise crítica de aspectos jurídicos**. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. (tese de mestrado). BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. *In*: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito financeiro**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 236-282.

<sup>233</sup> MACHADO NETO, Antonio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

<sup>234</sup> SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 65-86. *In*: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

<sup>235</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>236</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ed. 2t. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 459.

descreve, apontando para “duas distintas ciências do Direito, segundo exigências postas pela distinção metodológica entre *ser* e *dever ser*: — a Jurisprudência Sociológica e a Jurisprudência Normativa”. Esse ponto será desenvolvido no capítulo seguinte, núcleo deste trabalho.

Portanto, a expressão “políticas públicas” tem um sentido e significado, que se refere àquilo que o Governo produz (*output*). Também expressa as opções políticas (escolhas) adotadas pelos legítimos tomadores de decisão, a fim de produzir um ou mais de um impacto na sociedade e, destarte, alterar a realidade (*outcome*). Com o Direito, ademais, assume uma carga normativa para também expressar aquilo que o Governo deve fazer, uma vez que seja disciplinada por uma norma jurídica.

É de se dizer que a expressão traz duas palavras (política e pública), levando-nos a encará-la como a manifestação de uma escolha legítima (política) no âmbito do Governo (pública). A nosso ver e para nosso propósito, portanto, coloca-se toda a discussão no âmbito da Administração Pública, que, no caso brasileiro, é informada pelos princípios constitucionais e legais para construir seu agir e ela tem de agir conforme uma formulação e orientada para um resultado (planejamento), merecendo relevo os princípios da legalidade e da eficiência. Com efeito, a Administração Pública, embora não seja redutível ao Poder Executivo, se caracteriza pelo exercício da função administrativa do Estado, que remete àquilo que não seja precípua e abstratamente legislar ou a resolver lides, que são as funções típicas dos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente<sup>237</sup>. Com isso, colocamos nossa análise sob a ótica e perspectiva do Direito Administrativo, precipuamente, comunicando-se, todavia, com o Direito Constitucional e com o Direito Financeiro.

Não se descuida de que há uma discussão se as políticas públicas são eminentemente públicas no sentido subjetivo, isto é, são produtos da Administração Pública; ou se outros *players* também atuam na sua formulação e implementação. Enquanto participação na elaboração, não temos dúvidas de que, dado os princípios democráticos de participação na formação do *querer* do Estado, pessoas naturais e jurídicas privadas, especialmente do “terceiro setor”, possam colaborar; também quanto à implementação, podem ter acentuado papel ou mesmo até exclusividade

---

<sup>237</sup> Vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo, 2015. Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

na materialização, como, por exemplo, se dá com a “gratuidade” de passagens do transporte público. Mas mantemos a posição de que a expressão “pública” adjetiva o substantivo “política” também para marcar se tratar de algo que seja um atributo estatal, mais especificamente do Governo; dentre outros motivos, porque é imprescindível uma norma jurídica para lhe dar existência formal e, logo, executoriedade, além de submeter-se ao controle de juridicidade<sup>238</sup> e jurisdicional<sup>239</sup>.

Embora, como a própria expressão “políticas públicas” revela – por ser política –, há fases anteriores à norma, tratadas genericamente como “política”, e posteriores à norma, colocadas no plano da gestão, da administração propriamente dita; são o que, na Introdução deste trabalho, chamamos de “colocar no papel” e “tirar do papel” respectivamente. A norma jurídica, então, tem um papel de suma importância servindo para além de ser um elo entre elaboração e implementação de políticas públicas, cujo conceito (mais) utilizado aqui é o formulado por Flávia Dantas Pinto, assim proposto:

“pode-se definir minimamente políticas públicas como sendo decisões coletivamente vinculantes eletivas de prioridades, submetidas à instrumentalização e ao controle jurídico, que direcionam e coordenam as atividades públicas e privadas envolvidas nas medidas adotadas para sua implementação, com a finalidade de universalização das possibilidades de inclusão nos subsistemas sociais”.<sup>240</sup>

Na construção desse conceito, exposta na tese de doutorado dessa Autora, foi feita uma distinção, que não está explícita na formulação acima, entre política “comum” e política pública, quando afirma que o Estado promove a inclusão social quando atua dentro de parâmetros normais de funcionamento, cumprindo suas funções essenciais e provendo os direitos fundamentais com prestações públicas diversas, e que as políticas públicas são cabíveis quando esses mecanismos não

---

<sup>238</sup> O controle de juridicidade é mais amplo do que o controle de legalidade, no sentido de que será avaliada a conformação com o ordenamento jurídico (da Constituição a normas infralegais) e não apenas conformidade com a lei *tout court*.

<sup>239</sup> A norma jurídica que dispõe sobre dada política pública pode ser submetida, pela via concentrada ou difusa, ao controle de constitucionalidade, de legalidade, além de embasar uma decisão judicial que determine sua aplicação (eficácia).

<sup>240</sup> PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Polícies**: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2010, pág. 335. Os subsistemas de que trata o conceito da Autora se referem a economia, política e direito, metaforicamente indicados como *tributos, tribunos e tribunais* utilizados no título; com isso a Autora defende que as pessoas devam ser integradas nesses sistemas, a fim de melhorar seu padrão e qualidade de vida proporcionados por políticas públicas.



atuam de modo eficiente ou suficiente, isto é, quando se observam obstáculos ao gozo integral ou generalizado dos direitos fundamentais, com sérios reflexos na universalização das possibilidades de inclusão social. Portanto, as políticas públicas não seriam, para essa Autora, responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais ou pela satisfação mínima de requisitos de inclusão social, mas pelo alargamento dos efeitos dessa concretização ou, em outras palavras, pela materialização de todos os efeitos decorrentes dessa concretização, indissociáveis da inserção generalizada<sup>241</sup>. Contudo, entendemos que as políticas públicas são, sim, as responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais (“tirar do papel”), embora concordemos que há diferença entre política “comum” e políticas públicas.

Assim, as políticas públicas se apresentam como algo além do que ordinário faz o Governo, não se confundindo, dessa maneira, nem com os serviços públicos nem com os serviços governamentais<sup>242</sup>. Mas, da mesma forma que estes, necessitam as políticas públicas de norma jurídica, comumente de lei, para que a tarefa do Estado objeto da política pública e ela mesma adquiram legitimidade e impliquem num dever do Governo e num direito subjetivo, individual ou coletivo.

Já Maria Paula Dallari Bucci, uma das pioneiras na reflexão jurídica sobre políticas públicas, apresenta um conceito mais elaborado, nos seguintes termos:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”<sup>243</sup>

Também Juarez Freitas, na perspectiva constitucional vinculante, preleciona sobre políticas públicas:

---

<sup>241</sup> PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunais e Polícias**, pág. 333-334

<sup>242</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo, 2015, pág. 826: “Quando o Estado interfere, suplementarmente, na exploração de atividade econômica, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de serviços governamentais, e não de serviços públicos”.

<sup>243</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

“Nesse prisma, reconceituam-se as políticas públicas como programas que o Poder Público, nas relações administrativas, enuncia e implementa de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras”<sup>244</sup>.

Vê-se, então, que o conceito de políticas públicas se imbrica com a ação governamental juridicamente posta para atingir fins visados pela norma jurídica.

Como destacado na Introdução, este trabalho não se preocupará com, nem será dada ênfase ao, procedimento de como uma política surge nem sobre os mecanismos, métodos e fórmulas para elaboração, escolhas e tomada de decisão. A política pública será observada e tratada a partir do momento em que exista, ou seja como algo dado<sup>245</sup>, por considerarmos que ela se apresenta como norma, portanto será dada ênfase a sua eficácia jurídica, como sói com o fato jurídico, isto é, aquele fenômeno capaz de irradiar efeito/consequência jurídica. Nada obstante, será enfatizado que os processos de criação da política pública devem ser – embora não necessariamente sejam – juridicamente regulados ou disciplinados. Diz-se “devem ser – embora não necessariamente sejam” porque, ainda que confirmem legitimidade a essas escolhas se obedecerem a um procedimento previamente estabelecido, elas apenas terão força vinculante e eficazes a partir de quando uma norma jurídica as aprove. Embora a Constituição aponte objetivos a serem alcançados, via normas programáticas ou princípios, o conteúdo de cada política pública é definido politicamente por meio de normas jurídicas (“põe o direito no papel”), sejam leis ou decretos. Com efeito, o processo legislativo de formação de leis é regido pelos Regimentos das Casas Legislativas; mas nem sempre o da formação dos Decretos são minuciosamente estabelecidos em todas as esferas federativas.

Com isso se quer dizer que o Direito pode regular toda a “vida” de uma política pública, desde sua concepção até sua extinção. Mas, para nosso recorte metodológico, o que interessa é a política pública aprovada por uma norma jurídica,

---

<sup>244</sup> FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

<sup>245</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

ou seja, quando ela já tenha uma existência jurídica, de modo a poder “tirar do papel” os direitos fundamentais.

### 3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: SOLUÇÃO DE PROBLEMAS. PROBLEMA COMO OBJETO DO DEVER.

Do ponto de vista conceitual, no âmbito da Ciência Política, uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público<sup>246</sup>. É uma política, como o próprio nome indica, revelando ser uma decisão, uma escolha intencionalmente feita por pessoas e instituições voltadas para resolver um problema identificado na sociedade.

O problema pode ser entendido, segundo Sjöblom, como a “diferença entre a situação atual e uma situação ideal possível”.<sup>247</sup> Portanto, “o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa a corrigir”<sup>248</sup>. Infere-se desse conceito de problema, que, enquanto não houver a percepção de que uma dada situação pode ser melhorada, isto é, ter o *status quo* modificado, não serão movimentadas as estruturas sociais e institucionais para que uma nova situação seja implementada.

Essa percepção tanto ocorre no meio da sociedade, por pessoas ou grupos, quanto entre os formuladores de políticas públicas no Governo. Conforme seja percebida na sociedade, ou seja, “fora do governo”, a mobilização social conferirá legitimidade popular mais ao problema do que necessariamente à resposta – que, em última análise, será sempre governamental. Assim, não seria exagero afirmar que a sociedade é “especialista” em identificar os sintomas, não necessariamente as causas e as soluções, dos problemas, que requerem uma abordagem técnica.

Os problemas integrarão a *agenda política*, isto é, o conjunto de casos a serem submetidos a uma intervenção do Governo. Souza destaca que os governos definirão suas agendas a partir de três focos: os problemas, a política propriamente dita e as pessoas. No primeiro caso, os problemas entram na agenda quando se assume que algo deve ser feito para solucioná-los; o reconhecimento e a definição

---

<sup>246</sup> SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas**. 3 ed. São Paulo: Cengage, 2019.

<sup>247</sup> *Apud* SECCHI et. al. Políticas públicas, pág. 14.

<sup>248</sup> SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 76.

dos problemas afetam o resultado da agenda. No segundo caso, constrói-se a consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar um dado problema, enquanto esta construção se faz, sobretudo, no processo eleitoral. No terceiro caso, as pessoas serão visíveis ou invisíveis, como sejam os políticos, os partidos, a mídia, os grupos de pressão etc., ou a academia e a burocracia; os participantes visíveis definem a agenda, e os invisíveis, as alternativas<sup>249</sup>. Também essa Autora afirma que quando o ponto de partida da política pública é dado pela política<sup>250</sup> o consenso é construído mais por *barganha* do que por persuasão; quando o ponto de partida se encontra no problema, a *persuasão* é a forma de construção do consenso.<sup>251</sup>

Rodrigo Kanayama pontua que o estabelecimento da agenda recai sobre o governo, sendo ele quem pode propor e modificar políticas públicas e despesas orçamentárias, destacando ainda que a eficiência das escolhas amplas<sup>252</sup> depende da forma de consenso chamada de *logrolling*<sup>253</sup>, isto é, da barganha.

Os problemas, contudo, têm de reclamar uma decisão que seja compatível com o arco de deveres do Governo. No contexto da “separação dos poderes”, o governo se encontra num plano político específico, que não se confunde com o Estado nem com a Administração Pública<sup>254</sup>. O Estado é a pessoa jurídica que tem o poder político e a soberania num território; a Administração Pública é o conjunto de funções e órgãos que executam tarefas juridicamente cometidas à função administrativa; o governo é o conjunto de pessoas que exercem o poder político do Estado e determinam a orientação política dele.

Embora, obviamente, esse procedimento de “negociação política”, isto é, diálogo entre os demandadores e os decisores (os que têm o poder), implique na análise dos problemas para decidir quais obterão uma resposta e resulte na decisão, essa decisão não se dá como a expressão somente do poder (política), não é um

<sup>249</sup> SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 74.

<sup>250</sup> Política no sentido de *politics*.

<sup>251</sup> SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 74.

<sup>252</sup> “escolhas de políticas públicas [são]: escolhas amplas e escolhas específicas. As primeiras são as escolhas que acontecem nos limites da norma constitucional que exige ações positivas – (...) deve-se definir qual é a prioridade. Nas segundas, escolhe-se entre ações governamentais específicas. (...) As escolhas amplas são a eleição dos fins. As específicas, dos meios”. KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso**: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2012.

<sup>253</sup> “troca de votos”.

<sup>254</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 87.

ato de vontade ou de unanimidade, mas se dá no âmbito do cumprimento de um dever do Estado/Governo. No mesmo sentido é a lição de Heleno Taveira Torres<sup>255</sup> ao defender que a decisão política da escolha pública, na atividade financeira do Estado, não pode mais ser vista como ato de exercício de pura "autoridade" estatal, vontade manifesta de agentes burocráticos desprovida de controles jurídicos, mas como resultado de escolhas patrocinadas por órgãos legitimados por procedimentos democráticos, e conforme com os fins constitucionais do Estado.

No Brasil, a Constituição elenca os fundamentos (art. 1º) e os objetivos (art. 3º) da República Federativa do Brasil, e distribui competências aos Entes da Federação, todos autônomos (art. 18), isto é, competências legislativas e administrativas; dentre estas, há competências comuns (art. 23) a todos eles. Portanto, os problemas a resolver merecerão resposta de quem tenha a competência para solucioná-los, de acordo com a distribuição material apontada desde a Constituição.

Esses problemas, por óbvio, também devem constituir um interesse comum dos membros de uma dada comunidade ou da sociedade como um todo, ou seja, alcançam o *status* de "necessidade coletiva", de que fala, por exemplo, a Ciência das Finanças ou o Direito Financeiro, de modo que, no plano orçamentário reclame alocação de recursos para sua cobertura; ou seja, o conjunto de necessidades, cuja solução contribui para a melhoria da qualidade de vida do conjunto das pessoas. Nesse sentido, Kyoshi Harada aponta que cabe ao poder político a escolha das necessidades coletivas que serão encampadas como necessidades públicas por meio de norma jurídica. E ainda: "tudo aquilo que incumbe ao Estado prestar em decorrência de uma norma jurídica, de natureza constitucional ou legal, configura necessidade pública, que não se confunde com necessidade coletiva".<sup>256</sup>

Voltando-se ao art. 3º da Constituição, vê-se, mais do que meros objetivos políticos, o propósito de existência da própria República Federativa do Brasil. Noutras palavras, a República Federativa do Brasil, "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal" (art. 1º), existe para construir o cenário descrito no art. 3º. Logo, todas as ações que ela desenvolva têm de considerar essa orientação, tem de guardar compatibilidade com o atingimento

---

<sup>255</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 119.

<sup>256</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

desses objetivos; caso alguma política ou prática estatal não se amolde ao ou não sirva para o atingimento desses objetivos, serão ou poderão ser consideradas *a priori* ilegítimas e, no limite, inconstitucionais<sup>257</sup>.

Assim, apresentado um *problema* pelas vias legítimas ou legitimadas pelo procedimento democrático, que reclame tematicamente uma resposta do Estado, segundo a divisão de competências constitucionais, há um dever de o Governo encaminhar uma solução, pela via da formulação, instituição e implementação de políticas públicas. Mas identificar esse problema e apresentar uma solução não é tarefa comezinha, sendo importante o emprego de técnica e métodos para oferecer a melhor resposta. Nesse sentido, Isabela Ruiz e Maria Paula Dallari Bucci propuseram uma metodologia para auxiliar a estruturação jurídica dos programas de ação governamental em seu contexto político-institucional<sup>258</sup>.

O objeto do dever do Governo é formular, instituir e implementar uma política; destarte, direitos subjetivos, individuais ou coletivos, serão igualmente instituídos, podendo, inclusive, serem demandados judicialmente. Esse parece ter sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>259</sup>, que apontou haver “um direito público subjetivo a políticas públicas” e reconhecer, no tema *saúde pública*, que “o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196”. Neste artigo, para o STF, a Constituição daria os contornos da política pública de saúde.

Observa-se, por outro lado, que há inúmeras *políticas*, que nem sempre se enquadram como “políticas públicas”. Segundo o conceito formulado por Flávia Dantas Pinto, as políticas públicas encerram direitos subjetivos, mais do que uma diretriz administrativa, mesmo que sejam vinculantes para os órgãos administrativos e ainda que estejam constitucionalmente previstos; ou seja, há outras políticas que não são políticas públicas. Uma política pública deve afetar diretamente seus

---

<sup>257</sup> Embora o controle de constitucionalidade, segundo o art. 102, I, a, se refira a lei ou ato normativo, a doutrina aponta, a partir de precedentes da Corte Constitucional Colombiana, o “estado de coisas inconstitucional”, se referindo a atuação (ação/omissão) estatal. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF, que trata sobre as condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, aplicou essa tese.

<sup>258</sup> RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 1142–1167, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.443.

<sup>259</sup> Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, considerando as discussões da audiência pública n. 4 promovida pela Corte em 2009, com o tema “judicialização da saúde”. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>, acesso em 20/11/22.

destinatários<sup>260</sup>, promovendo ou possibilitando inclusão, a fim de melhorar a situação material das pessoas, enfim, resolver problemas; destinatário da política pública, entendido como o indivíduo ou grupo social que receberá o produto (*output*) da política pública, que é o titular de um direito subjetivo. Assim, por exemplo, quando a Constituição comete à União a competência/dever de legislar sobre a “política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores”, não necessariamente significará que sejam tratados direitos subjetivos, mas pode encerrar apenas uma diretriz administrativa, que, secundariamente se desdobre em políticas públicas. A chave de compreensão e distinção entre uma e outra, no nosso entendimento, é o *problema a resolver*: se envolver diretamente um direito fundamental, teremos *política pública*; de outra sorte, teremos outras *políticas*.

Conquanto os Governos tenham tarefas a cumprir, ou seja, *fins* a serem alcançados, uma solução para determinado problema social, as políticas públicas devidamente estruturadas explicitam os *meios* necessários para que se possa alcançar o fim socialmente relevante estabelecido, podendo mesmo inovar na noção de esquema normativo, composto pela lógica “se-então”, para ser complementada pela ideia de normas vinculadas a objetivos, na lógica “fim-meio”, conforme defende Maria Paula Dallari Bucci<sup>261</sup>.

### 3.2 OS DEVERES DO ESTADO. O AGIR DO ESTADO. PROCEDIMENTOS.

Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolveu, no Brasil, o conceito de “deveres-poderes” para informar sobre o fenômeno de o poder estar assujeitado a uma finalidade de interesse público; portanto, o exercício do poder é um dever voltado a um fim<sup>262</sup>. Assim, tendo o *poder* de agenda e de formular políticas públicas, há, igualmente, o *dever* de apresentar a resposta aos problemas.

---

<sup>260</sup> Ingo Sarlet distingue entre “titular” e “destinatário” das normas de direitos fundamentais, alertando que o “titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op. cit.* pág. 208.

<sup>261</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 43, n. 90, p. 1–28, 2022. DOI: 10.5007/2177-7055.2022.e85500.

<sup>262</sup> “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem

Sob o escopo da compreensão atual sobre o Estado Democrático de Direito, ele já não se apresenta como apenas um garantidor dos direitos e liberdades individuais, senão que um grande prestador de serviços e promotor de igualdades; mais recentemente, compreende-se que também há de ser o maior indutor de comportamentos que visem a proteger os bens comuns (*beni comuni*<sup>263</sup>) e direitos coletivos – construindo, passo a passo, o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*<sup>264</sup>). Nesse cenário, na medida em que o Estado se tornou ativo em relação a certos eventos e pautas, se valeu do Direito para tornar essa ação factível, produzindo normas que impuseram ao Estado-Administração a atuar positivamente e desenvolver benefícios coletivos (muitos de usufruto individual, mas com efeitos sociais positivos)<sup>265</sup>. A evolução do conceito de serviços públicos é uma demonstração da transformação do papel e do protagonismo do Estado na promoção da melhoria da qualidade de vida da sociedade<sup>266</sup>.

Os deveres materiais do Estado estão previstos, de um modo geral, na Constituição, sendo distribuídos entre os Entes da Federação, sob o regime de

---

ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, pág. 73.

<sup>263</sup> IRELLI, Vincenzo Cerulli; DE LUCIA, Luca. Beni comuni e diritti collettivi. **Politica del Diritto**. a. XLV, n. 1, marzo 2014. IANNELLO, Carlo. Beni pubblici versus beni comuni, in Forum dei Quaderni Costituzionali, 24 settembre 2013, p. 7.

<sup>264</sup> Sobre a crise do conceito de *Welfare State*, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Universalização dos fins e particularização dos meios: política social e significado normativo dos direitos fundamentais. **Revista Direito GV**. v. 5, n. 2, p. 359–376, dez. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322009000200005>: “A dificuldade analítica para distinguir corretamente os casos de retrocesso dos casos de acomodação ou calibração inicia-se pela própria caracterização do que seria um Estado de Bem-Estar e dos seus tipos ideais ou ‘regimes’, passando pela escolha das variáveis apropriadas para medir a evolução das características previamente definidas. As primeiras especulações a respeito de uma crise terminal do Estado de Bem-Estar, da parte tanto de neomarxistas quanto de neo-liberais conservadores, aparentemente, não exerceram papel estruturante sobre o debate subsequente, que estaria oscilando entre hipóteses mais contidas diante dos desafios e pressões colocados pelas crescentes internacionalização do sistema econômico e redução dos espaços de ação política dos Estados nacionais, a saber: a hipótese do *retrenchment versus* a hipótese da mera reestruturação dos *welfare states*”.

<sup>265</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o estado administrativo: de omissivo a hiperativo. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 153–179, 2017. DOI: 10.21783/rei.v3i1.154. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>. Acesso em: 2 dez. 2019.

<sup>266</sup> PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2 ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. AMARAL, Marcelo Quevedo do. Os serviços de interesse econômico geral (sieg) no direito comunitário europeu. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade** n.32 p. 104 a 133 jan/jun 2008.



competências, como já referimos. As competências materiais são norteadas pelo princípio geral da predominância do interesse<sup>267</sup>. Há competências administrativas comuns, elencadas no art. 23 da Carta, prevendo igualmente a fixação de cooperação dos Entes da Federação “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” a fim de garantir uniformidade em todo o país. Heleno Taveira Torres, desdobrando essa característica federativa, vislumbra um *federalismo cooperativo*, de sorte a que alguns tributos, mormente impostos, sejam transferidos de um para outro Ente da Federação, a fim de cobrir as despesas públicas e sustentar a própria federação.<sup>268</sup>

Esses deveres materiais orientam a elaboração das políticas públicas, uma vez que os problemas a resolver se enquadrem tematicamente dentre esses deveres, em conformidade com o Ordenamento Jurídico. Cada Ente da Federação, portanto, no uso de sua autonomia (CF, art. 18) e considerando os princípios e outras normas gerais<sup>269</sup> postas na Constituição e nas leis, disporá em legislação própria o modo de se desincumbir dessas tarefas, a fim de que garantam a satisfação material aos destinatários da política pública. Nessas leis, seus regulamentos e noutras normas, inclusive atos administrativos<sup>270</sup>, estarão postas a forma de os diversos órgãos agirem, a fim de materializar suas tarefas.

---

<sup>267</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira *et alli*. O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos Estados. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 47 n. 186, pág. 153-169, abr./jun. 2010.

<sup>268</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Ver especialmente o capítulo VII.

<sup>269</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 25, n. 100, pág. 127-162, out-dez/1988.

<sup>270</sup> “Na visão contemporânea, distinguem-se, assim, atos de relação e atos de gestão. Os primeiros, que dizem respeito ao campo da subordinação e os outros, ao campo da coordenação. Em consequência, só os atos de relação poderão se defrontar com direitos subjetivos individuais dos administrados, o que vale dizer, serem, estes atos, os mais importantes e delicados do Direito Administrativo, já que os atos de gestão não se refletirão senão indiretamente, como meros fatos administrativos, no campo dos direitos subjetivos individuais dos administrados. Essa classificação assume relevo quando se trata de examinar a eficácia de atos administrativos normativos, uma vez que a normatividade secundária de gestão é introversa e contra ela o administrado não poderá se insurgir, porque, ainda que ela lhe seja, de fato, desfavorável, não lhe violará direito, enquanto que a normatividade secundária de relação, por ser extroversa, poderá prejudicá-lo não apenas de fato, mas de direito. (...) Entre os atos normativos tem também alcance prático a distinção entre as modalidades de gestão e de relação. São normas administrativas de gestão aquelas que estabelecem relacionamentos jurídicos introversos, sem extravasar o âmbito da Administração, com características de coordenação e, por isso, sem criar, alterar ou suprimir direitos subjetivos dos administrados. São, por outro lado, normas administrativas de relação as que disciplinam relacionamentos jurídicos extroversos da Administração face aos administrados, com características de subordinação, alcançando-os de algum modo no tocante à criação, afirmação, alteração, ou extinção de seus respectivos direitos subjetivos públicos.”. MOREIRA NETO, Diogo

As decisões governamentais na formação das políticas públicas, após formalizada pela norma jurídica adequada (geralmente a lei), serão “postas em prática” por uma série coordenada de atos e fatos administrativos<sup>271</sup>, envolvendo os órgãos e servidores competentes que realizarão os atos materiais para dar concretude ao objeto da política pública. São esses atos materiais, portanto, que afetarão e impactarão os problemas sociais e, em consequência, a esfera de direitos subjetivos dos destinatários da política pública, sejam pessoas naturais ou jurídicas.

Com efeito, a formatação de políticas públicas deveria seguir procedimentos juridicamente estabelecidos, isto é, a fixação de regras processuais ou procedimentais, de modo que pudesse haver controle, menos judicial do que administrativo. Como defendemos em linhas passadas, uma política pública é fruto de uma escolha política de quem tem a competência de decidir, a autoridade legítima. Também expusemos que essas competências são fixadas juridicamente, primeiro na Constituição ao definir o Ente da Federação, e o ordenamento infraconstitucional desdobra o feixe de competências materiais entre os órgãos da Administração Pública e seus servidores. Portanto, a escolha também é um dever-poder.

Tomada a decisão, isto é, feita a escolha, é *concebida a política pública*, que carece de uma norma jurídica que lhe dê existência e juridicidade, além de produzir o efeito de vincular os órgãos administrativos à essa decisão como efeito do poder hierárquico<sup>272</sup>. Dessa maneira, pode-se vislumbrar que o instante de decisão, da escolha é anterior à existência da política pública, que somente quando encampada por uma norma jurídica obterá as condições de eficácia jurídica, isto é, poderá gerar os efeitos de vincular e subordinar os órgãos e servidores para praticar os atos materiais necessários dirigidos ao atingimento dos objetivos da política pública.

---

de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014., pág. 162 e 173.

<sup>271</sup> “*Fato administrativo* é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das consequências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 174.

<sup>272</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015. Este autor, porém, não concebe a hierarquia com um poder da Administração. O Decreto-lei n. 200/67 não aborda diretamente a hierarquia no âmbito civil (não-militar) da Administração Pública, mas trata dos princípios fundamentais da coordenação, da descentralização, do controle, além da supervisão ministerial, gerando esse efeito.

Ausente a norma jurídica, poderia se falar, no máximo, em ordens<sup>273</sup> ou atos da Administração<sup>274</sup> voltados para os servidores, mas não em uma ação estruturada da Administração Pública, isto é, de uma política pública.

Disso se infere a necessidade de haver procedimentos estruturados no sentido de deixar claros os afazeres dos órgãos e dos servidores e, ao mesmo tempo, expressar o direito dos beneficiários de determinada política pública.

Contudo, invocando-se a experiência ordinária, talvez não seja essa a realidade da maioria dos órgãos públicos do país, especialmente nos menores Municípios. Tomemos, exemplificativamente, o serviço de coleta domiciliar de lixo residencial em dada cidade. Sem dúvidas de que essa atividade administrativa se constitui em serviço público *lato sensu*<sup>275</sup>; no caso, uma “comodidade material” prestada pelo poder público. Mas, daí a se configurar uma “política pública”, para os fins conceituais adotados, necessitaria de estar incluída como uma tarefa prevista numa norma jurídica, que organizasse uma série de atos administrativos e providências práticas orientadas ao atingimento de uma finalidade pública adrede e gerasse um direito subjetivo. Nesse exemplo, não é difícil encaixar a coleta de lixo numa atividade que visa a promover a saúde pública (CF, art. 196), o saneamento básico (CF, 200) e a proteção do meio ambiente (CF, art. 226), porque essa atividade elimina ou minimiza os riscos de contaminação e/ou transmissão de doenças, inclusive pela quebra do ciclo de vida de vetores, além de contribuir para redução da poluição, desde que os resíduos coletados sejam tratados adequadamente.

Mas é assim que ocorre?

---

<sup>273</sup> Hart faz uma distinção entre ordem e norma jurídica acentuando a ausência de generalidade, permanência e dever geral de obediência à primeira. HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pág. 26-33.

<sup>274</sup> Os Atos da Administração se diferenciam dos Atos Administrativos por serem mais abrangentes, indicando ser um gênero no qual o ato administrativo seria uma espécie. Os atos administrativos expressam a “vontade” da Administração Pública orientada a produzir efeitos jurídicos com fim público na esfera de direitos dos “administrados”. *Vide* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, pág. 98ss.

<sup>275</sup> “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou com comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo, 2015, pág. 687. *Vide* art. 175 da CF para o sentido constitucional econômico.

Imagina-se que, em muitas cidades (talvez, a maioria), haja apenas atos ou ordens que determinem a coleta domiciliar e descarte do lixo residencial nem sempre em aterros sanitários licenciados, como “tarefa que tem de ser cumprida”, ainda que a intenção subjacente do gestor seja “promover a saúde, o saneamento e a proteção do meio ambiente”; mesmo tendo a Lei Federal n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, editada sob o pálio do art. 21, XX, da Constituição, determinado que cada Município elabore seu “plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos”, instituindo, inclusive sanção premial<sup>276</sup> para eles. Daí, se perguntar se a existência do serviço pela Administração Pública é suficiente para caracterizar a existência de uma política pública no sentido conceitual que a Doutrina aponta e que utilizamos neste trabalho.

Entendemos que, do ponto de vista conceitual e ideal, não. Porque, como vimos, a política pública requer “instrumentalização e controle jurídico, que direcionam e coordenam as atividades públicas e privadas envolvidas nas medidas adotadas para sua implementação, com a finalidade de universalização das possibilidades de inclusão nos subsistemas sociais”<sup>277</sup>. Assim, a prestação de um serviço público *de facto*, sem os contornos formais e estruturação jurídica intencionalmente estabelecida, com finalidade precisa, visando claramente a promoção de qualidade de vida num setor específico da atuação estatal, não se confunde com política pública.

Porém isso também não significa, no exemplo dado, ausência de mecanismos de controle judicial, por exemplo. Contudo, esse controle se dará sobre o cumprimento da norma geral, constitucionalmente estabelecida, que prescreve o dever geral à Administração Municipal<sup>278</sup> de observar diretrizes de desenvolvimento urbano e promover programas de saneamento básico – destacando-se que os conceitos de “desenvolvimento urbano” e “saneamento básico” não são conceitos

---

<sup>276</sup> Bobbio trata sobre a sanção positiva como um prêmio, ou seja, um instrumento de indução a um comportamento querido pela norma. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, pág. 23ss.

<sup>277</sup> PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Polícies**: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2010, pág. 335.

<sup>278</sup> CF, art. 20, XX; 23, IX; 182, *caput*; 200, IV; 225, *caput*

jurídicos, no máximo, conceitos jurídicos indeterminados<sup>279</sup> – no qual se inclui a coleta e tratamento de lixo.

Inexistindo uma política pública estruturada, isto é, a fixação por norma jurídica, sobretudo por uma lei, que especifique competências, deveres e procedimentos, o controle judicial que se possa fazer não o será com base nessa previsão legal, mas apenas se existe ou não o serviço; no exemplo proposto, a coleta de lixo. O próprio controle administrativo também resta prejudicado, pela ausência de metas e de indicadores, comprometendo, desse modo, qualquer avaliação sobre a eficiência e efetividade das atividades, inclusive uma avaliação sobre economicidade e legitimidade (CF, art. 70), nela incluída a escolha alocativa. Enfim, compromete igualmente o controle social e não se amolda ao conceito de “boa administração”.

Disso tudo, se reforça o que já foi indicado que a política pública não se confunde com o serviço público, tendo a primeira existência no plano normativo e o segundo no plano fático.

### 3.3 OS CUSTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Qualquer atividade do Estado, uma vez que necessita de envolver e utilizar pessoas e outros recursos (bens, serviços e obras), requer a aquisição destes e remuneração daquelas. Ou seja, requer que existam os recursos financeiros bastantes para cobrir essas despesas; esses recursos financeiros vêm, sobretudo, da arrecadação de tributos, mormente de impostos, tendo em vista a estrutura atual de Estado Fiscal<sup>280</sup> na quadra vivida.

As políticas públicas, logicamente, são estruturadas a partir de uma concepção política, mas são criadas por norma jurídica, a fim de resolver um problema politicamente relevante. Como mencionamos, as necessidades coletivas são expressões de problemas sociais, que reclamam do Estado/Governo uma

---

<sup>279</sup> De registrar que a Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4/12/1986, proclamou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento declarando-o como “direito humano inalienável”. A Constituição menciona o “desenvolvimento” no preâmbulo, no art. 3º (objetivos da RFB), no parágrafo único do art. 23 (competência comum) e em vários dispositivos e com diversos sentidos. Ver SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia de Bolso: São Paulo, 2010.

<sup>280</sup> NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares (Orgs.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

solução. Na medida em que uma norma jurídica estabeleça o dever de apresentar uma solução para esse problema surge a necessidade pública, isto é, o próprio aparato estatal “assume” como sua a necessidade, e obtém a legitimidade para resolver o problema<sup>281</sup>; com isso pode verter recursos públicos para cobertura das despesas que naturalmente surgirão na implementação da solução – e desde a formulação da própria solução, isto é, desde a concepção da política pública.

Portanto, no processo de elaboração da política pública<sup>282</sup> já podem ser geradas despesas públicas; nesse momento, as despesas se diluem na atividade cotidiana da Administração Pública, exceto se houver contratação de especialistas para sua elaboração, por exemplo. Isso remete à ideia de que estudos devam ser elaborados a fim de subsidiar a tomada de decisão da Autoridade legitimada para fazer a escolha da política pública.

Quanto ao problema alocativo em si, Rodrigo Kanayama<sup>283</sup> divide o momento da escolha em duas fases: *escolhas amplas* e *escolhas específicas*, destacando que “as escolhas específicas dependem das escolhas amplas”. As escolhas amplas de políticas públicas estão postas na Constituição sob a forma de “normas programáticas”<sup>284</sup>, referindo-se aos “grandes objetivos” e aos “fins almejados”. De sua vez, as escolhas específicas “envolvem definição particular das políticas. Ou seja, as normas constitucionais programáticas que devem ser densificadas pelo governo na aplicação concreta. (...) São normas de eficácia limitada”. Assim, a lei disporá sobre a forma e como a norma constitucional que estabelece os “grandes objetivos” será regulada e, conseqüentemente, dando

---

<sup>281</sup> “Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos”. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 19 ed. Rev. e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 4-5.

<sup>282</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

<sup>283</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso**: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2012, pág. 146ss.

<sup>284</sup> Cfe. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *op. cit.*; SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, *op. cit.* pág. 98, nota de rodapé n. 21., que afirma que “o termo ‘programático’ não exprime com rigor o sentido dessas normas e porque se trata de expressão comprometida com teorias ultrapassadas que viam na Constituição normas sem valor jurídico que dava aquela denominação”, passando a utilizar as expressões “de sentido teleológico” ou “indicativas dos fins do Estado”.

contorno às “políticas que permitam ao Estado efetivar esses direitos definidos constitucionalmente”.<sup>285</sup>

É na fase da escolha específica, que se faz a análise técnica, sendo “importante a ponderação entre o custo e o benefício a ser alcançado, ou em produzir resultados, melhorando a coletividade, sem prejudicar ninguém”.<sup>286</sup> Por outro lado, Juarez Freitas<sup>287</sup> reclama por uma “redefinição do exame de custo-benefício para que se converta em escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional”, de modo que as soluções de políticas públicas sejam capazes de estimar os “benefícios líquidos” duradouros e a longo prazo, isto é, numa perspectiva intertemporal inclusive.

Portanto, o Estado tem de considerar não apenas elementos técnicos na elaboração e definição das políticas públicas, como a melhor resposta tecnicamente adequada ou possível, mas também dimensionar os custos dessa política/resposta, para que se torne realizável. Assim, a escassez de recursos entra na equação, já que sem recursos não há efetividade de nenhuma política ou ação governamental. O momento da elaboração do Orçamento Público (Lei Orçamentária Anual) é crucial, porque não basta que haja a definição da política pública mais tecnicamente bem elaborada, se não dispuser dos recursos financeiros suficientes para produzir os resultados esperados por ela, num dado período.

A construção técnica das políticas públicas deve ser capaz de estabelecer metas a alcançar e indicadores e métricas para aferir o cumprimento dessas metas e o resultado finalístico almejado. Assim, uma política educacional que vise a alfabetizar crianças, há de especificar a faixa etária dos destinatários, em qual série/ano (dos anos iniciais do ensino fundamental) será avaliada, o percentual de estudantes visado etc., além dos meios e recursos a serem utilizados (material didático, apoio pedagógico, capacitação de professores etc.) e das ações ou políticas públicas complementares (transporte, alimentação etc.). Exemplificando, pode-se cogitar de uma política pública que vise a estabelecer que 95% das crianças de 7 anos de idade concluam a primeira série do ensino fundamental plenamente alfabetizadas, meta a ser atingida em três anos.

---

<sup>285</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso**, *op. cit.*, pág. 147.

<sup>286</sup> *Idem, ibidem*, pág. 148.

<sup>287</sup> FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26

É de se notar que uma política pública pode se acoplar a outras, constituindo um grande programa, em que várias ações coordenadas sirvam para o atingimento de grandes metas, todas compatibilizadas com o art. 3º da Constituição e outras “normas programáticas” ou “de sentido teleológico”. Também essas políticas públicas ou programas podem ter o condão, diretamente ou explicitamente visado ou não, de provocar alterações no comportamento do mercado, compatíveis com o dever de planejamento de que trata o art. 174 da Constituição, quando, por exemplo, um programa de transporte escolar financia ou custeia a aquisição de milhares de ônibus<sup>288</sup>, ou a aquisição de milhões de doses de vacinas etc.

Essa ideia de programa de políticas pública se amolda, para além de identidade de nomenclaturas, à estrutura do Orçamento Público estatuído no Brasil pela Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, isto é, ao Orçamento-Programa, de que falamos sucintamente no capítulo anterior.

Com efeito, embora a Lei Federal n. 4.320/64 incorporasse o conceito de programa, mencionando-o várias vezes ao longo de seu texto, não manifestou nenhuma definição dele, relegando-a para a doutrina da Ciência da Administração e da Finanças Públicas. Contudo, deixa transparecer que seu uso se dá ora para expressar uma opção ou manifestação política (“programa de trabalho do Governo”)<sup>289</sup>, ora para manifestar uma estruturação de despesas visando a um objetivo composto por metas (“programação da despesa”)<sup>290</sup>, dentre outras referências.

Já a abordagem dada pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, deixa explícita essa vinculação da ação governamental ao Orçamento ao dispor especificamente sobre o imbricamento entre planejamento, orçamento-programa e programação financeira<sup>291</sup>, ressaltando seu aspecto político<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> “O Programa Caminho da Escola objetiva renovar, padronizar e ampliar a frota de veículos escolares das redes municipal, do DF e estadual de educação básica pública”. Vide <https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/caminho-da-escola>, acesso em 21/12/2022.

<sup>289</sup> Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

Art. 27. As propostas parciais de orçamento guardarão estrita conformidade com a política econômica-financeira, o programa anual de trabalho do Govêrno e, quando fixado, o limite global máximo para o orçamento de cada unidade administrativa.

<sup>290</sup> Título VI, capítulo I – Da programação da despesa

<sup>291</sup> Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados-se segundo planos e programas



Contudo, pelo que pudemos identificar, embora num contexto histórico e conceitual diferentes, apenas com a Lei de Diretrizes Orçamentárias<sup>293</sup> para o exercício financeiro de 2001 foi estabelecida uma definição legal de “programa”<sup>294</sup> e outros termos utilizados na legislação orçamentária doravante, nos seguintes termos:

Art. 3º Para efeito desta Lei, entende-se por:

I – Programa, o instrumento de organização da ação governamental visando a concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual;

II – Atividade, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo;

III – Projeto, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo; e

IV – Operação Especial, as despesas que não contribuem para a manutenção das ações de governo, das quais não resulta um produto, e não geram contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços.

§ 1º Cada programa identificará as ações necessárias para atingir os seus objetivos, sob a forma de atividades, projetos e operações especiais, especificando os respectivos valores e metas, bem como as unidades orçamentárias responsáveis pela realização da ação.

---

elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de govêrno; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembôlso.

Art. 16. Em cada ano, será elaborado um orçamento-programa, que pormenorizará a etapa do programa plurianual a ser realizada no exercício seguinte e que servirá de roteiro à execução coordenada do programa anual.

Parágrafo único. Na elaboração do orçamento-programa serão considerados, além dos recursos consignados no Orçamento da União, os recursos extra-orçamentários vinculados à execução do programa do Govêrno.

Art. 17. Para ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e o Ministério da Fazenda elaborarão, em conjunto, a programação financeira de desembôlso, de modo a assegurar a liberação automática e oportuna dos recursos necessários à execução dos programas anuais de trabalho.

Art. 18. Tôda atividade deverá ajustar-se à programação governamental e ao orçamento-programa e os compromissos financeiros só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira de desembôlso.

<sup>292</sup> Art. 15. A ação administrativa do Poder Executivo obedecerá a programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual, elaborados através dos órgãos de planejamento, sob a orientação e a coordenação superiores do Presidente da República. § 3º A aprovação dos planos e programas gerais, setoriais e regionais é da competência do Presidente da República.

<sup>293</sup> A Constituição, no art. 165, estabelece como “leis orçamentárias” o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei do Orçamento Anual (LOA), definindo seus escopos e cometendo à Lei Complementar (§9º) “I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual”. A Lei Federal n. 4320/64 foi recepcionada com esse matiz pela CF88 (ADI 1726 MC), além de ser editada a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

<sup>294</sup> Essa positivação é a incorporação em lei de definições já estabelecidas pela Portaria n. 42, de 14 de abril de 1999, do Ministro do Orçamento e Gestão, que utilizava os mesmos termos e palavras.

§ 2º As atividades, projetos e operações especiais serão desdobrados em subtítulos, especialmente para especificar sua localização física integral ou parcial, não podendo haver alteração das respectivas finalidades e da denominação das metas estabelecidas.

§ 3º Cada atividade, projeto e operação especial identificará a função e a subfunção às quais se vinculam.

§ 4º As categorias de programação de que trata esta Lei serão identificadas no projeto de lei orçamentária por programas, atividades, projetos ou operações especiais, e respectivos subtítulos com indicação de suas metas físicas”.<sup>295</sup>

Infere-se, portanto, que passou a existir uma correspondência conceitual entre a expressão “programa” utilizada na Lei Federal n. 4.320/64 e nas LDOs e LOAs a partir do início dos anos 2000, contribuindo para dar mais clareza ao orçamento e controle de sua execução.

Conceitualmente, porém, o programa possui um sentido “equívoco e controvertido”, como destaca Maria Paula Dallari Bucci<sup>296</sup>, que, por outro lado, destaca sua utilidade por “individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”, remetendo-se ao “conteúdo propriamente dito de uma política pública”; por isso, “corresponde ao delineamento geral da política”, sabendo-se que “a dimensão material da política pública está contida no programa”.

Portanto, as políticas públicas, enquanto ação governamental juridicamente estruturada, segundo os conceitos apresentados no início deste Capítulo, tem uma expressão financeira dada e conhecida pelo Orçamento Público, como bem expôs Cass Sunstein e Stephen Holmes acerca de direitos<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> Lei Federal n. 9.995, de 25/7/2000. Essa LDO foi editada em compatibilidade com o PPA do quadriênio 2000-2003 (Lei Federal n. 9.989, de 21/7/2000). Contudo, a partir da LDO 1997 (Lei Federal n. 9.293, de 15/7/1996), compatível com o PPA 1996-1999 (Lei Federal n. 9.276, de 9/5/1996), foram apresentados anexos com “prioridades e as metas para o exercício” de referência; obrigação prevista pela CF, art. 165, §1º (PPA) e §2º (LDO) e incorporada pela LRF, que fixou o critério normativo de compatibilidade das despesas da LOA (art. 5º, I) e das despesas em geral (art. 16, §1º, II). De se observar, ademais, que essa prática e definições apareceram após a adoção do Plano Real (1994), a ECR n. 1/94 (Fundo Social de Emergência), PEC 163/95 (EC 10/96; Fundo de Estabilização Fiscal) e do Plano de Estabilidade Fiscal de 1998, dentre outras medidas, que geraram inúmeras repercussões sobre a organização das finanças públicas brasileiras.

<sup>296</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40-42.

<sup>297</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. WMF Martins Fontes. Kindle, posição 168: “Na realidade, um direito jurídico só existe se e quando tem um custo orçamentário”.

### 3.4 DIREITO MATERIAL (CRIAÇÃO DO DIREITO) E EXECUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA (EFICÁCIA)

A discussão sobre a produção do direito remete às suas fontes, tanto no aspecto formal, quanto material. Pode-se indagar como um direito surge, levando o pesquisador a raciocinar sobre o processo de produção da norma – se se quiser observar pelo ângulo formal; quanto a perquirir sobre o que significa ter um direito – no sentido de se obter alguma utilidade, ou seja, o conteúdo do direito, o direito material.

Do ponto de vista formal, o direito, que se expressa na norma, se apresenta como uma proposição jurídica posta num texto legislativo, isto é, no produto típico do Poder Legislativo, segundo o processo legislativo juridicamente regulado; embora não se encerre no texto<sup>298</sup>. É, portanto, uma discussão sobre processo de produção legislativa, de que tratamos no tópico “Direito como forma”. Essa dimensão formal também nos diz que a fonte material do direito é o fato jurídico, isto é, o fato que, descrito hipoteticamente em uma norma, uma vez acontecido, é capaz (tem a capacidade) de produzir os efeitos jurídicos previstos na mesma norma (“eficácia” da norma); como sucede com o fato gerador descrito na hipótese de incidência tributária (lei)<sup>299</sup>, que, uma vez acontecido, produz a obrigação tributária (efeito jurídico), que, pelo lançamento (ato jurídico-administrativo) materializará o tributo (crédito tributário). Nesse exemplo, temos a norma geral e abstrata (lei) e a norma individual e concreta (lançamento).

Ainda nessa perspectiva formal, das ideias de “normas-programáticas”, de “padrões que não são regras” e “normas-objetivo” mencionadas no item 2.1, em que destacamos o direito como forma, e a fim de raciocinar sobre uma normatividade que não se adequa aos padrões “regra” ou “princípio” – tão conhecidos e debatidos – retomaremos no próximo capítulo este ponto para, pelo menos no plano das políticas pública (objeto deste trabalho), apresentar os contornos da ideia de que a política pública se convola, ela mesma, em “direito”.

---

<sup>298</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 25: “A interpretação é transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*). (...) a *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*”.

<sup>299</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

Outro sentido, porém, de se abordar o direito é sob a perspectiva do “direito que se tem”, para utilizar uma expressão de Bobbio<sup>300</sup>, ou seja, o conteúdo da relação jurídica, que, inclusive, pode ser buscada em juízo (“direito que não se tem e se busca”). Retomando o exemplo anterior, o crédito tributário (tributo) é o direito que o Fisco (sujeito ativo) tem *contra* o contribuinte (sujeito passivo), isto é, o direito de exigir que o contribuinte lhe pague determinada importância monetária; se não pago no prazo fixado no lançamento (CTN, art. 142), ensejará sua execução judicial.

Na perspectiva, porém, do nosso tema, uma política pública surge com sua aprovação por uma norma jurídica, preferencialmente uma lei. Diz-se *preferencialmente*, porque há outras formas de ser aprovada a política pública, como por um Decreto. Defende-se que seja um veículo introdutor de normas com densidade normativa suficiente para ser submetido a controle concentrado de constitucionalidade; sendo infraconstitucional, que seja para cumprimento de uma “norma programática”, sendo infralegal, que seja para cumprimento de uma previsão contida numa lei prevista expressamente na Constituição. Isso também porque se entende, como visto, que a Constituição define a ordem geral das políticas (escolhas), sendo uma política pública algo além do que ordinariamente se faz o Governo. Se algo foi visto como *problema* pelo constituinte, ele dispõe na Constituição um dever ao Poder Público e comete competência ou a uma esfera governamental (competência exclusiva) ou para todos os Entes (competência comum); e/ou pode determinar que sejam estabelecidas diretrizes para futuras políticas públicas, como sucede, por exemplo, no art. 21, XXI, que atribui à União a competência (administrativa) para estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação, e no art. 22, IX, atribuindo competência privativa para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes. Entendemos que, como o assunto transportes é mais abrangente do que viação, a lei disporá sobre esse tema mais geral, poderá tanto definir diretamente ou cometer a regulamentação o estabelecimento de políticas públicas específicas sobre tal; enquanto poderá fixar por decreto diretamente a política nacional de viação, inclusive estabelecendo políticas públicas nesse campo. Não obstante, foi com a Portaria n. 235, de 28 de março de 2018, que foi instituída a “Política Nacional de Transportes e estabelece

---

<sup>300</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos para o setor de transportes”, sem qualquer previsão legal explícita para tanto<sup>301</sup>. De toda forma, essa definição de “política geral” não pode ser confundida com políticas públicas, que são mais específicas, como se vem defendendo, mais próxima à ideia de programa.

Concorda-se, assim, com a proposição de Rodrigo Kanayama, quando afirma:

“Eficácia [é] a capacidade de produzir efeitos; efetividade, a produção de efeitos propriamente dita; a eficiência, a melhor gestão de recursos para alcançar os efeitos desejados ou qualidade de resultados. Assim, nos sentidos apresentados, pode-se defender que uma política pública deve estar prevista em lei e em concordância com o ordenamento jurídico (eficácia), fundada em lei ordinária que defina o planejamento e a execução da política pública, além de dotação orçamentária suficiente para atender a despesa; deve ser implementada, retirada do plano para a realidade, de acordo com os dados obtidos do processo de planejamento, como locais de implementação, tempo para execução, verificação da disponibilidade orçamentária para a execução completa (efetividade); deve, enfim, produzir os resultados esperados, como atender o maior número de pessoas, ou produzir o maior benefício possível, com menos custos diretos e indiretos – incluindo custos financeiros, de processos de escolha e de oportunidade (eficiência). A tríade eficácia, efetividade e eficiência deve ser respeitada em todos os processos de definição e promoção de políticas públicas”.<sup>302</sup>

Os objetivos da política pública, ou seja, a proposta de solução para o problema, é o conteúdo de uma norma, que se apresentará ao Governo como um dever de elaborá-la e à Administração Pública, um dever a implementá-la, e à população como um direito coletivo, sem prejuízo de poder constituir um direito subjetivo de cada indivíduo que se encontre no âmbito fático descrito no problema. Essa norma não tem a estrutura lógica nem da regra (“Se A, então B”) nem a estrutura formal do princípio, seja do ponto de vista de Alexy (mandato de otimização) ou de Dworkin (solução para *hard cases*), mas apontaria para um *tertio genus*, que seria a norma-objetivo – que será mais discutido no capítulo seguinte.

Portanto, ao se criar política pública está-se criando também direito, que se expressa por meio de uma proposição jurídica integrada num conjunto de normas, dentre as quais, uma norma-objetivo.

---

<sup>301</sup> Na época em que foi aprovada a Política, a estrutura da Presidência da República e dos Ministérios era regida pela Lei Federal n. 13.502, de 2017, cujo art. 57 rezava: “Constitui área de competência do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil: I - política nacional de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário e aeroviário”, contrariando frontalmente o art. 22, IX, da Constituição.

<sup>302</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso**: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2012, pág. 92-93.

Daí que também se defende que as políticas públicas não se confundem com a política “de modo geral”, porque deve ter determinada estrutura, a fim de identificar o mais objetivamente possível: objetivos, metas, métricas de medição/avaliação, destinatários, órgãos competentes, recursos/dotações orçamentárias, prazo etc. e ser aprovado por uma norma, preferencialmente por Lei. Essa parece ser a proposta de Maria Paula Dallari Bucci tanto ao se referir às políticas públicas como “tecnologia jurídica (...) voltada a “criar e replicar padrões jurídicos de organização da ação governamental” sendo “necessários bons modelos jurídicos”<sup>303</sup> ou quando propõe “uma ferramenta complementar de sistematização de informações para análises jurídico-institucionais de situações-problema relativas aos programas de ação governamental”, sugerindo “meios para a identificação dos grupos de interesse, processos decisórios e instituições implicadas no objeto de análise”<sup>304</sup>. Nessa mesma ordem de ideias, Diogo Coutinho<sup>305</sup> defende que o direito pode servir como uma “caixa de ferramentas” que dispõe distintos instrumentos e veículos para implementação dos fins de políticas públicas.

Os mecanismos de execução da política pública, portanto, deverão dela constar, cuja implementação indicará se houve capacidade de impactar<sup>306</sup> a sociedade, de modo a produzir alterações de comportamentos governamentais e de melhoria de qualidade de vida da população pretendida e dos indivíduos em particular, sob as condições dadas.

Essas operações de criação e de execução de políticas públicas se dão conforme a norma jurídica, que confere também à política pública o caráter de norma jurídica, posto que estabeleça deveres e direitos, e não encerrem meros objetivos políticos (“*politics*”). Com efeito, a estatuição de uma norma jurídica implica, no mais das vezes, a definição de comportamentos voltados à realização de um

---

<sup>303</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 50/51.

<sup>304</sup> RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 1142–1167, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.443.

<sup>305</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

<sup>306</sup> “Os impactos dizem respeito, por conseguinte, aos efeitos causados pelas políticas públicas no comportamento social, a exemplo da utilização do cinto de segurança ou do gradativo aumento da reciclagem do lixo”. PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunais, Tribunais e Políticas: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2010, pág. 289.

valor; no caso das políticas públicas, impõe à Administração Pública que persiga ou materialize os objetivos (concretização) nela estabelecidos, em linha com o art. 3º da Constituição, e, ao mesmo tempo, confere aos destinatários da política um direito subjetivo de exigir do Poder Público essa concretização conforme à política pública.

Como se destacou nos itens 2.3.2 e 3.3, os direitos têm custos, que se expressam no orçamento público. Atualmente, a Emenda à Constituição n. 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal (NRF), introduziu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 113, determinando que a “proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”<sup>307</sup>, de modo a demonstrar a viabilidade e seriedade das medidas.

Pelo menos durante a vigência do NRF<sup>308</sup>, a criação de nova política pública deverá contemplar essa regra, de modo a expressar seu custo e seu “impacto orçamentário e financeiro”, isto é, em que medida poderá ser acomodada no orçamento público, de modo a não se constituir uma “promessa inconsequente” (STF, ADPF 45), sem contemplar os meios de execução e, por óbvio, de provocar efetivas alterações comportamentais e práticas na sociedade. Essa regra constitucional em tudo reforça os ditames dos art. 15 a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>309</sup>, destacada no Capítulo 2 deste trabalho, que exige a “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes” gerado por uma despesa nova. Com efeito, uma política pública qualquer implica na “criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação

---

<sup>307</sup> Posto que encarte os ADCT introduzido por Emenda 95/2016, que estabeleceu o Novo Regime Fiscal (NRF) para vigorar por vinte anos, pode-se questionar se esse dispositivo tem caráter também temporário (vinte exercícios financeiros) ou se será de vigência para além desse prazo do NRF. Considerando que fora introduzido no seio do NRF, e conforme a técnica de interpretação sistemática, entendemos que essa regra prevaleça enquanto vigorar o NRF, embora devesse ser permanente. De toda forma, essa é uma medida de impacto legislativo útil a promover uma nova cultura no processo legislativo brasileiro. O aludido projeto de Lei PLP 494/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados (vide nota de rodapé n. 11), que visa a alterar “a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o encaminhamento de proposições legislativas que instituem políticas públicas”, propõe no art. 17-C que seja apresentada “avaliação prévia de impacto legislativo”, que contemple “II - notas explicativas que demonstrem, no que for pertinente, a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das medidas constantes do projeto de lei, contendo: (...) d) custos administrativos da solução ou da providência contida no projeto proposto; e) indicação de prévia dotação orçamentária ou da fonte de recursos, quando a solução ou a providência contida no projeto proposto acarretar despesas, e de como a ação se enquadra no plano plurianual vigente”.

<sup>308</sup> Vinte exercícios financeiros, isto é, os anos de 2017 até 2036, conforme o art. 34 da Lei Federal n.4.320/64.

<sup>309</sup> Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

governamental que acarret[a] aumento da despesa” (art. 16), sendo certo que, se “sua execução [se der] por um período superior a dois exercícios”, é considerada “obrigatória de caráter continuado” (art. 17), exigindo-se, ademais, a demonstração da “origem dos recursos para seu custeio”<sup>310</sup>. Ou seja, demanda-se do Governo um esforço argumentativo maior (custo político) para juridicamente criar e implementar políticas públicas.

Sem os recursos necessários para custear as despesas que a Administração Pública terá para executar a (nova) política pública, incide objeção econômica e jurídica para sua implementação, e o problema que ela visava a resolver continuará danificando o tecido social na medida de sua gravidade. Portanto, também nos planos da publicidade e da transparência (CF, art. 37), o Governo deve estar apto a demonstrar de que modo organizará os recursos humanos, orçamentários, financeiros e institucionais, para atacar e resolver problemas sociais reais, e, ao mesmo tempo, concretizar direitos, mormente os direitos sociais.

---

<sup>310</sup> Segundo o §1º art. 24 da LRF, as medidas de compensação de despesas para efeito de cumprimento do §2º do art. 17 não se aplicam às hipóteses elencadas de aumento de despesas com a seguridade social, não obstante necessitem de demonstrar a “fonte de custeio total” (CF, art. 195, §5º; LRF, art. 24, §2º). Isso reforça a necessidade de os recursos previstos ou existentes serem mais bem alocados e de criação de novas fontes de custeio para a expansão do gasto social direto. Contudo, o STF, com a técnica da interpretação conforme à constituição, decidiu pelo “excepcional afastamento da incidência dos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF (...), durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19” (ADI 6357, DJe n 276, divulgado em 19/11/2020, publicado em 20/11/2020).



#### 4 DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.

Nos primeiros capítulos, tentou-se demonstrar, via apanhado geral da dogmática jurídica, que direito e dever se imbricam numa relação jurídica, criando pretensões/interesses e deveres/obrigações correspectivos; esses elementos são dedutíveis de uma norma jurídica, que possui essa qualificação por integrar o ordenamento jurídico de um Estado, único titular do poder político e, por isso, único capaz de produzir as normas e o ordenamento.

Também se demonstrou que o papel do Estado sofreu inúmeras transformações ao longo dos séculos, especialmente após a chamada “Revolução Francesa”, que “exportou” seu modelo de organização estatal e do Direito para a maioria dos países. Esse papel do Estado são definidos pelo regime de competência constitucional, que tem especial gravidade nas Federações, e caminharam junto com as mudanças das ideologias políticas e econômicas, passando de estado patrimonialista até o atual Estado de Direito, que não apenas intervêm na sociedade para garantir direitos individuais da tríade “vida, patrimônio e liberdade”, mas também para promover um “estado de coisas” capaz de melhorar o padrão e qualidade de vida do conjunto das pessoas, especialmente via os serviços públicos. Nessa caminhada, a dogmática jurídica identificou “gerações” ou “dimensão” de direitos.

Dedicou-se discussão sobre a forma do direito, com certa ênfase na distinção entre princípio e regra, destacando que há “padrões que não são regras”, podendo ser políticas, segundo Dworkin<sup>311</sup>. Daí se cogitou de que a estrutura lógica da norma que dispõe sobre políticas públicas não se adequa integralmente ao padrão regra ou princípio, embora disponha sobre um dever do Poder Público: do Governo em formular e da Administração Pública em implementar uma política pública; ao mesmo tempo, criam-se direitos para as pessoas, que são oponíveis e exigíveis do Estado-Administração. Isto é, relacionam essas pessoas em torno de uma norma – da norma que cria a política pública. Do ponto de vista formal, portanto, o direito se apresenta como uma norma jurídica, que também congrega interesses, pretensões, deveres e posições ativas e passivas, segundo a formulação

---

<sup>311</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 36.

de Hohfeld<sup>312</sup>. Defende-se a necessidade de as políticas públicas serem aprovadas por uma norma jurídica; sem isso, a atuação da Administração Pública seria equivalente a fatos administrativos ou a fatos da Administração.

Ainda foi destacado que há uma “ideologia” dos direitos humanos e fundamentais, no sentido de que foram ressignificados conceitos utilizados pela Política na produção legislativa e pelo Direito na sua implementação; o conjunto de valores visa a proteger, defender e implementar os direitos humanos e fundamentais. Portanto, a resposta do Estado deve ter por baliza a doutrina dos direitos humanos e fundamentais, não podendo ser qualquer resposta, ainda que tecnicamente defensável ou adequada.

Nesse nível de resposta, porém, não é suficiente a mera criação da norma jurídica, no sentido de proposição jurídica; convém concretizá-la. Nesse sentido, resgata-se a formulação alegórica que inicia este trabalho: a política põe o direito no papel, as políticas públicas tiram o direito do papel. Para tanto é necessário que o Poder Público tenha uma organização e disponha de recursos que sejam empregados para dar concretude aos direitos, isto é, a tirá-los do papel; esses recursos são humanos, materiais e financeiros. Disto se revela, com maior facilidade de compreensão, que os direitos têm custo – o que já não é novidade para a doutrina nacional<sup>313</sup>; esses custos são expressos no Orçamento Público (Lei Orçamentária Anual); destarte, a imbricação “direitos constitucional”, “direito administrativo” e “direito financeiro” fica mais evidente, porque os objetivos estatais (constitucional), o desenho institucional (administrativo) e os meios disponíveis (orçamento) têm de se compatibilizarem para incrementar a resposta estatal para solução dos problemas reais das pessoas e da sociedade.

De lembrar, então, que as políticas públicas são também vistas como uma “tecnologia”<sup>314</sup> ou caixa de ferramentas<sup>315</sup> capazes de instrumentalizar a resposta do

---

<sup>312</sup> HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. 3 ed. Volume 2 de Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara: Ciudad de Mexico, 1997.

<sup>313</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2005. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>314</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 50/51.

<sup>315</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

Poder Público para solucionar os problemas enfrentados pela sociedade, cuja solução a Ordem Jurídica cometeu à Administração Pública do ente federado competente a resolver; sendo dotado, portanto, do poder jurídico de criar normas e programas orçamentários hábeis a elaborar a resposta e implementá-la. Assim, ressalta-se o papel da política como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado<sup>316</sup>.

Sob a perspectiva institucional do direito em relação às políticas públicas, na linha do que enfatizado por Maria Paula Dallari Bucci, que aponta serem elas uma “forma da ação governamental”<sup>317</sup>, cabe destacar o conceito de arranjo jurídico-institucional de uma política pública, que “compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora”, possuindo tanto uma dimensão objetiva, isto é, o conjunto organizado, como a dimensão subjetiva, ou seja, cada uma das posições de indivíduos ou grupos envolvidos na política pública (governo, empresas, destinatários, terceiro setor etc.)<sup>318</sup> Assim, os arranjos jurídico-institucionais das políticas públicas são “o conjunto de normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado”, que se tornam mais visíveis e passíveis de avaliação por conta de seus traços jurídicos exteriores<sup>319</sup>, nele também incluídos os instrumentos referidos no art. 30 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com especial força vinculante para a Administração Pública, de modo a aumentar a segurança jurídica<sup>320</sup>.

Neste capítulo propõe-se a discutir como as políticas públicas se apresentam como norma, como dever público e como direito subjetivo dos destinatários dessas mesmas políticas públicas, quando as condições formais e materiais estejam conjugadas a partir da norma jurídica que a cria; enfim, como direito.

---

<sup>316</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pág. 39-48

<sup>317</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 35

<sup>318</sup> Idem, ibidem, pág. 259

<sup>319</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; "Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas", p. 313 - 340. In: **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017.

<sup>320</sup> “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

#### 4.1 DIREITO SUBJETIVO E DIREITO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.

Pela teoria civilista, um direito subjetivo corresponde à faculdade de exercer uma pretensão contida ou posta numa norma jurídica (direito objetivo). Noutra mirada, corresponde buscar em juízo esse direito, via exercício do direito de ação (*facultas agendi*). Pontes de Miranda<sup>321</sup> diz que o “direito subjetivo é efeito dos fatos jurídicos” tratados pela norma jurídica (direito objetivo); nesse sentido, a eficácia (efeito) do fato, em razão da incidência da norma, “cria” o direito subjetivo. Essa posição lembra a de Hauriou, que destaca ser o direito composto por essa dualidade, em que coexistem elementos subjetivos e objetivos<sup>322</sup>.

Sendo assim, a locução “ter um direito subjetivo” remete à compreensão de que sucedeu um fato (fenômeno do mundo real), antes hipoteticamente previsto numa norma jurídica, que atribui um efeito jurídico a esse acontecimento, se acontecido. Também remete à compreensão de que, se há um direito subjetivo, há um “dever” respectivo. Portanto, “ter um direito subjetivo” corresponde a poder exigir (pretensão) de outrem que se comporte (fazer, não fazer, dar etc.) no sentido de materializar a conduta/resultado fixado na norma (pagar, entregar, construir etc.). Destarte, se visualiza facilmente a relação jurídica entre dois sujeitos; e dois objetos: o objeto da pretensão (comportamento) e o objeto do dever (resultado). Nesse passo, Gilmar Mendes<sup>323</sup> destaca que “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”, outorgando aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, dada exatamente essa dimensão subjetiva.

Celso Antonio Bandeira de Mello, observando as normas constitucionais, aponta a existência de *poderes-direitos*, quando, segundo ele, possam ser fruíveis sem ser uma contrapartida de vínculo estabelecido numa relação jurídica, e direitos

---

<sup>321</sup> “Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*. O direito objetivo não é logicamente anterior ao direito subjetivo; é outra coisa: direito, na expressão *direito objetivo*, e na expressão *direito subjetivo*, são duas acepções do vocábulo *direito*, dois fatos diferentes”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, Tomo II, p.269.

<sup>322</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris Editor, 1999, pág. 13.

<sup>323</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, v. 8, p. 131-142, 2004.

*strictu sensu* como um bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia. Além desses, aponta que a norma constitucional pode “limitar-se a tão somente” expressar “uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotadas para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas”. Nesse caso, confere-se de imediato ao administrado “direito a (...) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas”, conforme a proteção constitucional<sup>324</sup>. Embora não utilize da expressão, o sentido é o mesmo de normas-objetivo de que trata Eros Grau e que referiremos amplamente a seguir.

Transportando esse esquema para nosso objeto de interesse (as políticas públicas), tem-se que, desde a Constituição, observam-se comandos dirigidos ao Poder Público para materializar um “estado de coisas”, constituindo verdadeiros *deveres*. Com efeito, desde o art. 3º, que descreve os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, percebe-se que há uma diretriz geral para a ação estatal no sentido de concorrer para construção dessa realidade (estado de coisas). Esses objetivos, como já mencionado, não são meras declarações poéticas, mas orientes para onde deve se voltar a ação do Estado; são diretrizes<sup>325</sup>, ainda que programáticas, mas com indiscutível força normativa.

Além desses objetivos fundamentais, a Constituição expressa inúmeros objetivos “específicos”, que devem orientar a ação geral do Estado, isto é, apresenta inúmeras pautas (agenda), mormente vazada sobre direitos fundamentais (Título II) e sobre a ordem social (Título VIII), de modo que se exige uma ação estruturada do Poder Público, de acordo com a distribuição das competências administrativas, sejam comuns (art. 23) sejam específicas (art. 21, art. 25, §1º, art. 30, art. 32, §1º), e competências legislativas para implementá-las. Essas *agendas* visam a concretizar os direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

Com efeito, ao estabelecer normas programáticas (ou “de sentido teleológico” ou “indicativas dos fins do Estado”<sup>326</sup>), a fim de estabelecer diretrizes

---

<sup>324</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pág. 22 a 25.

<sup>325</sup> Merece lembrar que DWORKIN, *Levando os direitos a sério* (op. cit.), destaca que existem “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”. Eros Grau, em “*A ordem econômica na Constituição de 1988*” (16 ed., Malheiros, 2014), traduz essa ideia de Dworkin como “diretrizes” (pág. 153), e aponta, na mesma linha de raciocínio, que o art. 3º da CF comanda “diretrizes” (pág. 156).

<sup>326</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, op. cit. pág. 98, nota de rodapé n. 21.

para a ação finalística do Estado, a Constituição também estabelece o dever de o Estado, via atuação do Governo, de elaborar o meio pelo qual materializará esse seu dever. Há muito se sabe que a compreensão das “normas programáticas” não comporta interpretação que as afaste de uma normatividade e juridicidade “sem exigibilidade”, como se fora uma “promessa insequente”<sup>327</sup>, no sentido de não implicarem numa tarefa exigida ou exigível do Poder Público.

Portanto, essa tarefa a ser desempenhada pelo Poder Público se constitui num dever seu. Por outro lado, a forma como se vai desincumbir-se desse seu dever, deixa-se ao próprio Poder Público estabelecê-lo, conforme seu feixe de competências materiais e legislativas, com a discricionariedade de fixar metas e destinar recursos para implementá-los. Nesse sentido, prestigia-se a liberdade de conformação, não apenas legislativa, como também administrativa, cuja estrutura e conhecimento técnico e legitimidade possui. Certo é, porém, que, seja qual for a estruturação dessa tarefa (dever), haverá de se utilizar de uma norma jurídica, seja em obediência ao princípio da legalidade (CF, art. 37), seja pela necessidade de positivar sua resposta.

#### 4.1.1 A norma jurídica que cria uma política pública

Vale lembrar a observação feita por William Clune, que aponta identidade entre direito e política pública em torno da norma<sup>328</sup>. Mais do que forma ou

---

<sup>327</sup> “A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.(ARE 685230 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013)

<sup>328</sup> “Por definição, todo direito é política pública, na medida em que ele é a vontade coletiva da sociedade expressada em normas vinculantes; e toda política pública é direito, na medida em que depende de leis/atos normativos e instituições legislativas, pelo menos, para algum aspecto de sua existência”. (CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1582). Original: “By definition, all law is public policy, in that it is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking institutions for at least some aspect of its existence”. (CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, v. 2, 1993).

exteriorização da política pública – o que se daria com os arranjos jurídicos institucionais – o próprio conteúdo das políticas públicas tem caráter prescritivo da conduta da Administração Pública e, conseqüentemente, gera um direito para os destinatários dela. Daí, também, exigir que a formação das políticas públicas se refira às suas condições de efetividade, a fim de não se tornarem meras declarações ou promessas vãs.

Defendemos, ao longo dos primeiros capítulos, que a norma que cria uma política pública deve ser uma norma primária (geral e concreta), preferencialmente uma lei; ou um decreto, em linha com o princípio da finalidade; podendo ser submetida a controle abstrato de constitucionalidade<sup>329</sup>. Essa “exigência” tem razão de ser porque desde a Constituição se podem observar as competências administrativas dos Entes da Federação, de sorte que o princípio da legalidade estabelecido no art. 37 exige *a priori* lei em sentido estrito para fixar o que a Administração Pública pode realizar<sup>330</sup> e o art. 5º, II, expressa o princípio geral da legalidade atribuindo à lei primariamente a criação de direitos e deveres (normas de conduta ou de comportamento). Contudo, na definição geral dessas tarefas, pode a lei cometer ao regulamento os modos de execução<sup>331</sup> dela (CF, art. 84, IV); sendo a política pública uma *tecnologia jurídica*<sup>332</sup>, pode ser instituída no bojo do decreto que regulamenta e/ou fixa os modos de execução da lei que disciplina a atividade material da Administração. E, nesse diapasão, dispõe sobre deveres da Administração Pública e direitos dos administrados – como se discutirá adiante. De todo modo, conquanto não se possa destoar do comando constitucional e da fixação

---

<sup>329</sup> CF, art. 102, I, a; CF, art. 125, §2º.

<sup>330</sup> “(...) além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>331</sup> “Adota-se o entendimento de que o regulamento pode veicular inovações relevantes no tocante à disciplina legislativa (terceira corrente) e se rejeita a concepção de que não caberia ao regulamento qualquer inovação relativamente às normas legais (quarta corrente). (...) A fiel execução da lei pode significar a realização da finalidade buscada pelo direito, sem que isso signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa. A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa. O Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções. A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo Executivo exerce essa função complementar, visando a assegurar a melhor solução possível”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, pág. 203.

<sup>332</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas** (*op. cit.*, p. 50).

do âmbito regulamentar, a norma que estipula uma política pública pode ser diretamente submetida a controle de constitucionalidade.

Outro “tipo de norma” (veículo introdutor de norma) não poderia ser utilizado, por absoluta falta de capacidade, no ordenamento, para veicular normas gerais e abstratas que inaugurem direitos e deveres. Com efeito, segundo já esclareceu o STF, a Instrução Normativa (muita vez se usa Portaria) expedida pelos Ministros de Estado<sup>333</sup> (CF, art. 87, parágrafo único, II) cinge-se a estabelecer, no âmbito do respectivo órgão, como se dará a execução das leis, decretos e regulamentos, e não serve para criar direitos e obrigações, posto que exerçam “competência regulamentar de caráter meramente secundário”, porém “necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam”<sup>334</sup>. Noutras palavras, o veículo introdutor de normas “Instrução normativa” (ou qualquer um situado numa posição hierárquica inferior ao decreto) não ostenta densidade ou capacidade jurídica de introduzir no ordenamento jurídico normas gerais e abstratas, mas apenas veicular atos que incidam no âmbito do Ministério e sem impor comportamento a quem não seja servidor público, atingindo os administrados apenas quando eles devam interagir com o Órgão administrativo<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Ou pelos Secretários de Estado, do DF ou de Município, em razão do princípio da simetria.

<sup>334</sup> O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "*ope constitutionis*", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União. - As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência. - Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, ao Ministro da Fazenda, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário (ADI 1075 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237).

<sup>335</sup> “Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que



De qualquer modo, importa salientar que o comando constitucional que fixa competências remete a um comportamento do Governo para formular as escolhas políticas tendentes a dar cumprimento aos objetivos constitucionais, ou seja, dota o Governo de um poder (dever-poder) para cumprir a tarefa constitucional. Nessa toada, o Governo é o formulador das políticas públicas, isto é, é o agente que faz as escolhas política e tecnicamente adequadas para solucionar os problemas (princípio da boa administração), também se responsabilizando por viabilizar os instrumentos jurídico-normativos necessários cabais, inclusive o debate político com a sociedade e o Poder Legislativo. Por outro lado, cabe à Administração Pública (conjunto de órgãos e servidores) a tarefa executiva – e não necessariamente criadora – das políticas públicas ou, pelo menos, a direção/coordenação, fiscalização e avaliação da execução delas (CF, art. 37, §16). É nesse sentido que políticas públicas de âmbito nacional podem ser formuladas pelo Governo Federal e serem executadas pelos órgãos da Administração Pública federal, estaduais e municipais, ou seus entes da administração indireta, ou mesmo pela iniciativa privada e terceiro setor. Tomem-se como exemplos a Estratégia Saúde da Família, o programa Farmácia Popular, o Programa Nacional de Alimentação do Escolar (PNAE), o Programa Minha Casa Minha Vida etc.

A norma jurídica que cria uma política pública, portanto, há de ter densidade jurídica suficiente para estabelecer deveres para a Administração Pública, definindo os órgãos que desempenharão as atividades finalísticas para dar concretude aos objetivos dela, além de estabelecer uma “vinculação interna”<sup>336</sup> no âmbito do mesmo órgão de sorte a comprometer os recursos orçamentários para viabilizar sua implantação; enfim, institucionalizar a política pública. A lei, obviamente, reúne essas virtudes e força normativa, dado o princípio da legalidade, especialmente se os instrumentos utilizados pela política pública incluírem subvenções, subsídios financeiros ou tributários ou transferência de recursos públicos.

---

lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, pág. 105. “d) Instrução – é fórmula de expedição de normas gerais de orientação interna das repartições, emanadas de seus chefes, a fim de prescreverem o modo pelo qual seus subordinados deverão dar andamento aos seus serviços”. *Idem, ibidem*, pág. 449. Vide nota de rodapé n. 270.

<sup>336</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 226.

Um Decreto, conforme exposto, pode ostentar aquelas virtudes e força normativa, desde que anterior Lei comande diretamente essa tarefa ao regulamento ou tal tarefa normativa possa ser haurida diretamente de um preceito constitucional sobre direito fundamental. Nesse sentido, Marçal Justen Filho defende “a validade dos regulamentos autônomos necessários à implementação de direitos fundamentais ou à aplicação de vedações contempladas constitucionalmente”<sup>337</sup>.

Seguindo esse raciocínio, compreende-se que, uma vez que os atos normativos veiculados em decretos têm o condão de vincular a atuação administrativa dos órgãos administrativos, a criação de políticas públicas por meio desse tipo de norma demonstra-se compatível com a possibilidade de criação de deveres para a Administração Pública, e, por reflexo, de interesses/preensões dos administrados nessa atuação administrativa, isto é, de que a atuação administrativa corresponda a atos e fatos que concretizem o objetivo da norma; noutras palavras, também cria um direito subjetivo.

Esse direito subjetivo, porém, há de ser entendido como aquele que corresponda a uma ação da administração pública, não necessariamente aos objetivos e metas que constem do programa da política pública. Para exemplificar, imaginemos uma política pública que tenha, entre suas metas, a redução da evasão escolar, criando, dentre seus instrumentos, o transporte escolar e a alimentação (merenda) durante o horário escolar. Por óbvio, que o estudante terá direito aos atos concretos de implementação dessa política; no caso, a aplicação dos instrumentos citados: transporte e merenda; mas ele não pode exigir que a evasão escolar seja reduzida. Outro exemplo, no âmbito das ações e serviços públicos de saúde, é da política pública que vise a reduzir a mortalidade causada por câncer de mama, que inclua consultas médicas, exames, cirurgias etc. dentre as atividades/utilidades a serem prestadas direta ou indiretamente pela administração pública; a usuária do SUS teria como exigir as consultas, exames e cirurgias, e não a redução dos casos dessa doença. Noutra borda, o cumprimento (*enforcement*) desses objetivos e metas são sindicados judicialmente via ação civil pública, por exemplo.

Contudo, conquanto as políticas públicas devam ser postas no Ordenamento Jurídico por lei ou decreto, segundo vimos defendendo, outros atos infralegais tem

---

<sup>337</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, pág. 203.

seu papel a cumprir na estrutura dos arranjos jurídicos-institucionais. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci destaca que essas normas têm especial papel no preenchimento dos procedimentos e rotinas que definem, na ponta do processo, o funcionamento último das disposições mais abstratas dos comandos constitucionais e legais, sendo elas “a substância de que são feitas, quotidianamente, as políticas públicas”<sup>338</sup>.

A norma jurídica, então, que cria uma política pública há de estabelecer seu âmbito de aplicação, seus objetivos e metas, os órgãos competentes que se relacionem com os seus objetivos, os recursos necessários, especialmente os recursos orçamentários e financeiros, e os instrumentos a serem utilizados no curso da implementação; se for o caso, o prazo de duração da política. Com efeito, o prazo tem uma importância prática, porque poderá indicar se a ação orçamentária correspondente será uma atividade (permanente) ou um projeto (prazo certo), no âmbito do orçamento-programa, segundo descrição normativa<sup>339</sup>.

#### 4.1.2 As normas-objetivo

Eros Grau<sup>340</sup> em seu “Planejamento econômico e a regra jurídica”, com ênfase nos Planos Nacionais de Desenvolvimento (PND)<sup>341</sup>, discutiu sobre a “natureza das leis que dispõem sobre tais planos”, e introduziu o conceito de “normas-objetivo” na literatura jurídica nacional, cuja origem referiu ser soviética. Em outras obras, também desenvolveu o tema, inserindo-o no contexto da hermenêutica jurídica<sup>342</sup> e da ordem econômica na Constituição de 1988<sup>343</sup>.

---

<sup>338</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; “Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas”, p. 313 - 340. In: **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017.

<sup>339</sup> Vide item 3.3 *retro* e a Portaria n. 42, de 14 de abril de 1999, do Ministro do Orçamento e Gestão.

<sup>340</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

<sup>341</sup> Lei Federal n. 5.727, de 04 de novembro de 1971 (dispõe sobre o primeiro plano nacional de desenvolvimento – PND, para o período de 1972 a 1974), e Lei Federal n. 6.151, de 04 de dezembro de 1974 (dispõe sobre o segundo plano nacional de desenvolvimento – PND, para o período de 1975 a 1979).

<sup>342</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª edição refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros Editores: São Paulo, 2013.

<sup>343</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 16ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2014.

No contexto do planejamento econômico, discorre Eros Grau, o Governo estipula metas e objetivos da ordem econômica, e orienta a ação administrativa no sentido de alcançá-los. Diz, então, que o planejamento econômico, conquanto não seja uma modalidade de intervenção, qualifica a ação intervencionista do setor público, tendo em vista fins predeterminados<sup>344</sup>. Ressalta, ainda, que o planejamento é o método de ação racional, enquanto o plano é o documento que o expressa, e que não é, por outro lado, exclusivo de matérias econômicas, mas que se aplica a ação administrativa, inclusive sendo um princípio jurídico dela, conforme os art. 6º, I, e 7º do Decreto-lei n. 200/67<sup>345</sup>.

Quanto às leis que dispõem sobre os planos (sobre os PNDs), diz que elas “não os aprovam em si, mas sim as diretrizes e prioridades nele contidas”, destacando, nesse raciocínio, que “o plano não se transforma em disposição normativa”<sup>346</sup>, para em seguida reforçar: “as leis [dos PNDs] aprovam as suas *diretrizes e prioridades*; os planos consubstanciam anexos àquelas leis; não é o plano, pois, objeto de aprovação do Poder Legislativo, mas sim os seus *objetivos*, constantes de *diretrizes e prioridades*”<sup>347</sup>, e esclarece que “[os PNDs] definem o que será realizado pelo setor público e quais os meios que serão postos em prática para que tal ocorra”<sup>348</sup>.

Fazendo um paralelo com o orçamento (e com a lei que o aprova), Eros Grau aponta que o plano define objetivos a serem atingidos e implica na determinação de um conjunto de normas (diretrizes e prioridades) concernentes à execução de uma política pelo Poder Executivo; de sua vez, a lei que aprova o plano tem caráter objetivo geral, expressando a criação de norma que determina os objetivos a serem perseguidos pelo setor público<sup>349</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048, superou antiga jurisprudência e firmou entendimento sobre a viabilidade de controle concentrado de constitucionalidade de leis orçamentárias, em linha com os precedentes ADI 2995 e ADPF 63, ao reconhecer traços de “generalidade e abstração” de normas insertas nesse tipo de leis, a

---

<sup>344</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**, *op. cit.*, pág. 219.

<sup>345</sup> *Idem, ibidem*, pág. 221.

<sup>346</sup> *Idem, ibidem*, pág. 223-4.

<sup>347</sup> *Idem, ibidem*, pág. 225 (grifos no original).

<sup>348</sup> *Idem, ibidem*, pág. 227.

<sup>349</sup> *Idem, ibidem*, pág. 229.

despeito de seu efeito limitado no tempo (um dos traços da concretude da norma). Esse entendimento permitiu que se reconhecesse que, inobstante a forma, o conteúdo normativo é patente, posto que pudesse vincular ou disciplinar atos do Governo, como sejam a abertura de créditos adicionais (caso analisado). Transportando esse entendimento para as leis que aprovam os planos – ainda que Eros Grau, como dito, entendesse, pelo menos naquela época, que a lei apenas aprovava seus objetivos e diretrizes – é de se perceber que eles ditam o comportamento do Governo no sentido de promover os atos para viabilizar os objetivos do plano (“uma política”). Como será discutido adiante, o mesmo raciocínio se aplica às normas que aprovam uma política pública.

Continuando no âmbito do plano, destaca Eros Grau que, ainda que a lei que o aprova não possa estabelecer uma sanção (afastando esse critério como essencial para caracterizar uma norma jurídica), não deixava a lei de enunciar “um *dever-ser* tocado pelo requisito da heteronomia”<sup>350</sup>, embora tivesse “caráter programático” e abrigasse “normas de conteúdo prospectivo” consubstanciando objetivos a cumprir “dentro dos limites do economicamente possível”, tendo, portanto, uma “natureza flexível”<sup>351</sup>, no sentido de poder adaptar sua dimensão quantitativa (metas), por ato administrativo, “às circunstâncias emergentes”<sup>352</sup>. Vislumbra-se, assim, que há certa discricionariedade quanto aos meios e vinculação aos fins.

Quanto ao Poder Público, ele tem uma “vinculação interna” às prioridades e diretrizes do plano, daí que sejam “relativamente impositivas” em matéria orçamentária, significando, com isso, que devam integrar o “orçamento plurianual de investimentos”<sup>353</sup>; contudo, “consubstancia essa vinculação um engajamento com a ordem social”<sup>354</sup>. Entendia, ademais, Eros Grau, que os PNDs, conquanto não encerrassem *normas de conduta*, ainda que orientassem a atuação do Poder Público<sup>355</sup>, os particulares que voluntariamente aderissem ao Plano não teriam “[direito de] ação para compeli-lo a proceder desta ou daquela forma”.<sup>356</sup>

---

<sup>350</sup> *Idem, ibidem*, pág. 236

<sup>351</sup> *Idem, ibidem*, pág. 238

<sup>352</sup> *Idem, ibidem*, pág. 232.

<sup>353</sup> *Idem, ibidem*, pág. 238.

<sup>354</sup> *Idem, ibidem*, pág. 240.

<sup>355</sup> Disposição semelhante diz o art. 174 da Constituição.

<sup>356</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**, *op. cit.*, pág. 239.

Sob a vigência do Ato Complementar n. 43/69, que dispôs sobre a instituição dos PNDs e a vinculação a eles do Orçamento Plurianual de Investimento, visualizou Eros Grau a existência de “comando abstrato e geral” na “aprovação legislativa das diretrizes e prioridades” dos planos<sup>357</sup>.

Esse apanhado levou à discussão da natureza dessas normas, que não se amoldariam às figuras das normas de conduta ou às normas de organização (estrutura); dizemos: de uma norma tipo regra. Reconheceu nelas, contudo, a figura de normas-objetivo, cuja origem remonta ao direito soviético<sup>358</sup>. Embora Eros Grau não tenha mencionado, pode-se imaginar que as normas-objetivo tenham especial sentido nas economias planificadas<sup>359</sup>, como foram as das repúblicas soviéticas.

Essa norma-objetivo “estabelece uma obrigação de resultado, deixando-se, porém, aos seus destinatários a opção pelos meios e forma de comportamento a dinamizar, na busca de sua realização”, sendo uma “normação prospectiva, visto como nelas se definem obrigações de resultado e não de meios”<sup>360</sup>.

Insistindo no ponto de que as leis que aprovam os planos (PNDs) apenas aprovam seus objetivos e não seu conteúdo e que os meios estariam livres à discricção dos executores, reconhece Eros Grau essas leis<sup>361</sup> como (i) normas-objetivo, ao mesmo tempo que (ii) não vê nessas normas nenhuma conduta (meio) para o órgão executivo. Defende ainda o caráter de norma jurídica às normas-objetivo, porque ostentam, mesmo assim, os atributos da heteronomia e bilateralidade atributiva<sup>362</sup>. Por outro lado, quanto aos objetivos a serem alcançados fixadas nas diretrizes e prioridades, destaca que, conforme expresso nas Leis do PNDs, há uma “obrigação de adaptá-las às circunstâncias emergentes”, portanto, numa “norma de conduta”<sup>363</sup>.

Conclui, destarte, Eros Grau, que as leis que aprovaram os PNDs encerram duas “modalidades de comando jurídico”: uma norma-objetivo (fins a alcançar; art.

<sup>357</sup> *Idem, ibidem*, pág. 241.

<sup>358</sup> *Idem, ibidem*, pág. 242.

<sup>359</sup> “Planificação Econômica A planificação econômica é típica de países que tiveram a experiência de um Estado [ver Estado] socialista, como a União Soviética. A planificação tem como base de sua organização o planejamento econômico estatal, ou seja, o Estado intervém diretamente no processo produtivo, controlando a quantidade de produtos de cada setor através de planos quinquenais”. BELO, Werbeth Serejo. **Dicionário de conceitos e temas econômicos para jovens**. São Luís, 2018.

<sup>360</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**, *op. cit.*, pág. 243.

<sup>361</sup> Diríamos nós: a norma que aprova o plano.

<sup>362</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**, *op. cit.*, pág. 246.

<sup>363</sup> *Idem, ibidem*, pág. 248.

1º) e uma norma de conduta (adaptação dos meios; art. 2º). Há de se destacar que as observações e análise de Eros Grau se deram sob a perspectiva da Constituição de 1967/69 e dos Atos Complementares sobre aquelas Leis dos PNDs. De todo modo, conclui-se que existem normas que, no âmbito do planejamento econômico, indicam como será a atuação do Estado em vista de promover o desenvolvimento econômico segundo objetivos legalmente traçados.

Em outras publicações, Eros Grau associa as normas-objetivo com as *diretrizes (policies)*<sup>364</sup> a que Dworkin alude como “padrões [*standards*] que não funcionam como regra” em seu “Levando os direitos a sério”<sup>365</sup>, quando chama de “diretrizes as pautas [*standards*] que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social”.

Por outro lado, salienta Eros Grau que as normas-objetivo surgem num contexto em que o direito (textos normativos) passa a ser dinamizado “como instrumento de governo e deixa de ser finalidade sua, única e exclusivamente, a de ordenação”. E, enquanto instrumento de governo, o direito passa a ser “operacionalizado tendo em vista a *implementação de políticas públicas*, referidas a fins múltiplos e específicos” enunciados em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, por isso, passam também a determinar os processos de interpretação do direito<sup>366</sup>; e nesse sentido de utilidade para interpretação do direito, “as normas-objetivo cumprem papel análogo ao dos princípios”<sup>367</sup>. Ademais, procurando analisar a função que elas desempenham no interior do sistema jurídico, as vê como “normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas as normas de conduta e de organização”<sup>368</sup>. De outra parte,

---

<sup>364</sup> “Dworkin chama de *diretrizes* as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (...) A proximidade entre as *diretrizes* e as *normas-objetivo* é, desde logo, evidente”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 16ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2014, pág. 153. “As *diretrizes* as quais faz alusão Dworkin correspondem efetivas *normas-objetivo*”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 5ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 134.

<sup>365</sup> Vide nota n. 64.

<sup>366</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 5ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 133.

<sup>367</sup> *Idem, ibidem*, pág. 136.

<sup>368</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª edição refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros Editores: São Paulo, 2013, pág. 85.

ela, enquanto normas positivas, introduzem no sistema jurídico fins aos quais ele deve se voltar<sup>369</sup>.

Vê-se, claramente, então, que as normas tipo norma-objetivo têm um papel importante para compreensão da normatividade das políticas públicas, porque explicitam o quê, na dimensão do programa normativo<sup>370</sup>, deve ser concretizado.

#### 4.1.3 A natureza jurídica das normas sobre políticas públicas

Muito do que se disse, no item anterior, sobre planejamento (econômico) e normas-objetivo se aplica às políticas públicas, conforme se vem expondo. Também as políticas públicas refletem ações planejadas do Governo, ou seja, as políticas públicas expressam a “racionalização do poder decisório, bem como o caráter planejador, coordenado e estratégico da ação, movida por uma racionalidade finalística, tendo em vista os objetivos e metas a serem alcançados num horizonte temporal adequado”<sup>371</sup>.

Ainda que as políticas públicas possam *dialogar* com políticas econômicas, isto é, com o Direito Econômico, seu campo é precipuamente disciplinado no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Financeiro e, obviamente, do Direito Constitucional<sup>372</sup>. Nesse sentido, embora a elaboração de políticas públicas seja sempre uma decisão do Governo, como já expusemos ao longo deste trabalho, a conformação normativa delas implicará em atuação da Administração Pública, logo, do direito administrativo. Com efeito, a atribuição de competência a órgãos e servidores públicos, os instrumentos de atuação administrativa etc., do desenho e dos arranjos institucionais, enfim, são temas que reclamam dogmaticamente normas de *direito administrativo*; a destinação e/ou vinculação de recursos financeiros, a eventual afetação de receitas, a integração de orçamento público etc. são temas que se conformam dogmaticamente ao *direito financeiro*.

---

<sup>369</sup> *Idem, ibidem*, pág. 85.

<sup>370</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

<sup>371</sup> VITALI, Karoline Tavares. **Políticas públicas: análise crítica de aspectos jurídicos**. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. (tese de mestrado).

<sup>372</sup> Não se pode perder de perspectiva, porém, que o Direito é um todo, sendo seus “ramos” disciplinas jurídicas, que reúnem normas afins sobre determinado campo da realidade. *Vide* REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



De modo semelhante ao que foi apresentado sobre as leis que trataram dos planos nacionais de desenvolvimento (PND), da década de 1970, que apontavam para objetivos a serem atingidos, a Constituição de 1988 estabelece, ela mesma, objetivos gerais a serem alcançados (art. 3º)<sup>373</sup>, e comanda, explícita ou implicitamente, uma série de outros objetivos a cumprir e diretrizes de ação, cometendo ao Governo a tarefa de organizar a ação estatal no rumo desses objetivos e diretrizes, ou seja, de formular as políticas públicas. Porém, há de se distinguir duas espécies de normas que estão contidas na Lei que aprova uma política pública: o veículo introdutor de norma (Lei ou Decreto) e as normas introduzidas (conteúdo normativo); ambas podem ser submetidas a controle judicial de constitucionalidade<sup>374</sup> e podem ser reclamadas em juízo.

Por outro lado, cumpre sublinhar que há diferenças que nos parece de ordem *pragmática* e *dogmática* entre *políticas* e políticas públicas. Ambas são decisões e escolhas adotadas pelo Governo, que indicam a ação administrativa (eventualmente, também, da iniciativa privada e do terceiro setor) a fim de atingir determinados objetivos em conformidade com a Constituição, com as leis e com o interesse público<sup>375</sup>; são também modos de organizar a ação estatal, mormente a administrativa, para alcançar as finalidades postas pela ordem jurídica. Porém, nos parece que as políticas públicas têm um campo de aplicação mais específico, cingindo-se a concretização de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, cujo fundamento constitucional se encontra, com mais vigor, nos Títulos II (Dos Direitos e

---

<sup>373</sup> Eros Grau vê no art. 3º da Constituição de 1988 tanto “fins de políticas públicas a serem implementadas” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª ed. do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros: São Paulo, 2013, pág. 86, nota 83) quanto diretrizes (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 16ª edição, Malheiros: São Paulo, 2014, pág. 156).

<sup>374</sup> “De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais”. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pág. 39-48

<sup>375</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

Garantias Fundamentais<sup>376</sup>) e VIII (Da Ordem Social<sup>377</sup>) da Constituição. Flávia Dantas Pinto<sup>378</sup>, conforme destacamos, nos parece ser mais rigorosa quanto a especificação do campo de políticas públicas, cingindo-as ao que o Governo faz além do ordinário para concretização de direitos fundamentais (políticas), isto é, as políticas públicas são responsáveis “pelo alargamento dos efeitos dessa concretização ou, em outras palavras, pela materialização de todos dos efeitos decorrentes dessa concretização, indissociáveis da inserção generalizada”. É de lembrar que José Afonso da Silva<sup>379</sup>, ao classificar os direitos fundamentais, ressalta que “a Constituição não inclui os direitos fundados nas relações econômicas entre os direitos fundamentais sociais” – o que respalda, de certo modo, nossa posição. Já as demais *políticas*, conquanto sejam campos de atuação estatal, estão dispersas em outros *loci* constitucionais<sup>380</sup> ou em outras leis.

Do ponto de vista *pragmático*, as políticas públicas visam a concretizar direitos fundamentais, sobretudo os sociais, e a participação política (democracia substantiva<sup>381</sup>), que exijam uma atuação ativa do Poder Público, e em certa medida,

---

<sup>376</sup> O Título II compreende: direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), nacionalidade (capítulo III), direitos políticos (capítulo IV) e partidos políticos (capítulo V).

<sup>377</sup> O Título VIII compreende: seguridade social (capítulo II), englobando saúde (seção II), previdência social (seção III) e assistência social (seção IV), educação, cultura e desporto (capítulo III), ciência, tecnologia e inovação (capítulo IV), comunicação social (capítulo V), meio ambiente (capítulo VI), família, criança, adolescente, jovem e idoso (capítulo VII) e índios (capítulo VIII).

<sup>378</sup> PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunais e Polícias**, pág. 334.

<sup>379</sup> “Em síntese, com base na Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco [sic] grupos: (1) direitos individuais (art. 5º); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (arts. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (art. 5º); (6) direitos solidários (arts. 3º e 225). A Constituição não inclui os direitos fundados nas relações econômicas entre os direitos fundamentais sociais”. SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 186.

<sup>380</sup> Exemplos: art. 22: política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; diretrizes da política nacional de transportes; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; art. 164-A: política fiscal; art. 165: política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; art. 175: política tarifária dos serviços públicos; Título VII: capítulo II: política urbana; capítulo III: política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

<sup>381</sup> “Para não nos perdermos em discussões inconcludentes é necessário reconhecer que nas duas expressões “Democracia formal” e “Democracia substancial”, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar”. BOBBIO, Norberto. *Democracia substantiva*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. I; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998., pág. 329.

os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>382</sup> e os direitos civis e políticos<sup>383</sup>. Já as demais *políticas*, visam elas a organizar os outros campos da vida administrativa, econômica e social, em que a presença do Estado seja mais reguladora e fiscalizadora e/ou menos diretamente prestadora ou promotora. Os serviços públicos, entretanto, considerando seu *locus* constitucional (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), podem ser vistos como um instrumento ou estratégia de realização de políticas públicas, mas a regulação, regulamentação, prestação e exploração deles é precipuamente visando a fins econômicos, e apenas secundariamente a satisfazer fins sociais ou direitos fundamentais. Tome-se como exemplo os transportes públicos: a exploração desse serviço (atividade econômica) serve para atender a uma comodidade de deslocamento das pessoas, que pagam tarifa calculada considerando o perfil econômico dos usuários e a sustentabilidade econômica do serviço (política tarifária), sendo importante para a vida nas cidades (política urbana) e redução do impacto no trânsito de veículos particulares (política de transportes); mas também pode ser utilizado como instrumento para diminuir a poluição (política pública ambiental ou da saúde).

Do ponto de vista *dogmático*, entendemos que as políticas públicas são instituidoras de deveres e de direitos, por isso que devem ser aprovadas por lei ou decreto, segundo já expusemos. Elas estabelecem objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, a partir de comandos constitucional ou legal, que fixam para um dado nível de Governo o estabelecimento de ações coordenadas para resolver problemas reais existentes ou evitar problemas potenciais da sociedade; daí que legitimem a realização de despesas públicas e uso de instrumentos juridicamente estabelecidos para atingir aqueles objetivos, ou seja, altera-se o *status* de necessidade geral ou coletiva para necessidade pública. Ao mesmo tempo, criam direitos para as pessoas destinatárias (“público-alvo”) da ação administrativa, que se enquadrarem nas condições objetivas estabelecidas pela política pública. Por sua vez, as outras políticas, conquanto possam igualmente ser estabelecidas por lei (CF, art. 22, VII, *v. g.*) não criam direitos subjetivos, porque apenas estabelecem diretrizes da ação estatal voltadas a atender outros objetivos; por isso outros tipos

---

<sup>382</sup> Vide Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (DOU, 7/7/1992, Seção 1, pág. 8713-8716), que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

<sup>383</sup> Vide Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (DOU 07/07/1992, Seção 1, pág. 8716-8720), que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

de veículos introdutores de normas podem criar uma política setorial, no sentido de expor ou externar a forma de atuação estatal em determinado campo com dada finalidade pública. Arrisca-se a dizer que as *políticas* se aproximam da ideia da atuação estatal em relação aos direitos de primeira geração/dimensão, isto é, uma atuação que prima por uma intervenção mínima voltada às liberdades negativas; enquanto as políticas públicas, aos de segunda e terceira geração/dimensão, que reclamam uma atuação estatal positiva<sup>384</sup>.

Nesse sentido, as reflexões e críticas de Eros Grau sobre as leis que aprovaram os Planos Nacionais de Desenvolvimento se amoldam às leis que aprovam políticas, sejam as políticas públicas sejam as outras *políticas*. Ambas são constituídas por normas-objetivo, mas apenas as políticas públicas produzem direitos subjetivos, autorizando que o destinatário da política pública, na medida em que seja identificável uma ação específica ou um produto de responsabilidade da Administração Pública materializar, possa demandar essa ação ou produto em juízo. Nesse ponto, faz-se crítica – retomando o que foi dito no item 2.1, no plano da comunicação e linguagem, que se desdobra para a proposição jurídica – quanto à *nomenclatura* de certos direitos objetos de políticas públicas: por exemplo, a própria Constituição (art. 196) reza que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”; poderia ser a “saúde” um objeto exigível, realizável, concreto, que se constitua um objeto de um dever de outrem, isto é, o objeto de uma política pública? Poderia se falar propriamente em “direito à saúde”, considerando que a saúde seja um conteúdo capaz de ser objeto de uma prestação? Noutras palavras, a saúde pode ser o objeto mediato da relação jurídica? Entende-se que não; apenas ações e serviços públicos, ou seja, um agir (serviço, ação continuada) ou um produto (algo quantificável, material) poderia ser objeto de demanda e não um “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou enfermidade”<sup>385</sup>. Para além de qualquer preciosismo linguístico ou comunicacional,

---

<sup>384</sup> SOARES, Marcos Antônio Striquer; BRENE, Tiago. Análise dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil à Luz dos Estudos de Isaiah Berlin. **Direito, Estado e Sociedade**, n.44, p. 145 a 168, jul/dez 2014.

<sup>385</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**: cuadragésima novena edición (con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de mayo de 2019) [Basic documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019)]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2020. Disponível em [https://apps.who.int/gb/bd/pdf\\_files/BD\\_49th-sp.pdf#page=7](https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=7) Acesso em 20/10/2022.

essa preocupação e crítica faz sentido para o fim de que a proposição jurídica seja a menos polissêmica ou polêmica possível.

Quanto ao conteúdo da política pública, os objetivos e diretrizes são aprovados pela mesma norma que aprova a política pública; mas não necessariamente as metas – ficando estas submetidas à conjuntura econômica e social –, as atividades-meio e os instrumentos para atingi-los, conferindo margem para a Administração Pública promover os ajustes às “circunstâncias emergentes”. Nesse sentido, a discricionariedade administrativa, conforme relatou Andreas Krell<sup>386</sup>, tem significativo papel – sobretudo quando se tratar de uma política pública permanente ou de longo prazo e abranger conceitos jurídicos indeterminados. Também a estipulação de recursos orçamentários para permitir a execução das políticas devem ser referidos na política pública, embora caiba às leis orçamentárias fixá-las.

Assim, retomando o que mencionamos no início deste tópico, o veículo introdutor da norma que cria uma política pública é do tipo geral e concreta, como sói à Lei e ao Decreto abstratamente considerados, que introduzem no ordenamento jurídico normas gerais e abstratas de vários tipos, inclusive normas-objetivo, como sejam aquelas que se refiram precipuamente a objetivos, metas, diretrizes e prioridades, destinatários etc.

Quando comparadas às espécies *princípio* ou *regra*, vê-se que as normas-objetivo não se justapõem a nenhuma delas, não obstante a observação de Eros Grau de que, no sentido de utilidade para interpretação do direito, “as normas-objetivo cumprem papel análogo ao dos princípios”<sup>387</sup> – embora não necessariamente conforme as estipulações de Alexy ou Dworkin. Ou seja, há semelhança no aspecto funcional e não no aspecto da natureza específica, sendo ambas do mesmo gênero (norma jurídica), mas de espécies distintas.

Humberto Ávila, utiliza vários critérios para fazer a distinção entre princípios e regras, e pontua que “os princípios são *normas-do-que-deve-ser*”, dirigindo-se aos

---

<sup>386</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 8, dez. 2004, p. 177-204.

<sup>387</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 5ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 136.

fins, enquanto “as regras são *normas-do-que-fazer*”, dirigindo-se a ações<sup>388</sup> – utilizando-se dos modais deônticos *proibido*, *permitido* ou *obrigatório*. Nesse sentido, pontua ainda que “as regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito por ela, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas”<sup>389</sup>, mas sem especificá-los. Outrossim, as regras podem ser comportamentais ou constitutivas, sendo “as regras comportamentais descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos” enquanto as “regras constitutivas atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações”<sup>390</sup>. Já Carlos Silveira Noronha destaca que, na passagem para o Estado-social, surgiram “normas que não mais se dirigem exclusivamente a regular condutas ou a instrumentar a organização de órgãos e a disciplinar processos viabilizadores da atividade estatal”, mas que se destinam “a fixar determinados resultados concretos, incluídos nos escopos do *welfare state*”; esse novo tipo de normas que “passam a exercer no ordenamento jurídico papel semelhante ao das obrigações de resultado (e não o das de meio) na ordem civil” é o que “a doutrina da segunda metade do século passado d[eu] a denominação de norma-objetivo”, abandonando-se, assim, a “classificação binômica tradicional para alcançar-se uma classificação trinômica, nova, das normas jurídicas”<sup>391</sup>

Sob outro enfoque, Fábio Konder Comparato, invocando Dworkin, ressalta que “as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva”<sup>392</sup>. Esta posição de Dworkin<sup>393</sup>, como já nos referimos (item 2.1 e 4.1.2) quanto a distinção entre princípios e políticas, apresenta a política<sup>394</sup> como um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por sua vez, apresenta uma primeira ideia de *princípio* como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma

---

<sup>388</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. rev., atual. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2014, pág. 95-96.

<sup>389</sup> *Idem, ibidem*, pág. 96.

<sup>390</sup> *Idem, ibidem*, pág. 105.

<sup>391</sup> NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre princípio, regra e "norma-objetivo". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n° 29, 2011, pág. 91-104.

<sup>392</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pág. 39-48

<sup>393</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 36.

<sup>394</sup> Eros Grau traduz essa expressão como *diretrizes*. Vide nota n. 364.

situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, a política visa a um objetivo material a ser alcançado, enquanto o princípio visa à justiça ou “outra dimensão da moralidade”.

Sob esses critérios, vê-se que as normas-objetivo não são *princípios*. Os princípios têm uma estrutura *aberta* e tendentes a orientar a construção um “estado ideal de coisas” ou funcionar como “mandado de otimização”<sup>395</sup>, mas “atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e valor”<sup>396</sup>, logo, não diretamente sobre comportamentos ou fatos, ainda que atuem “sobre a *compreensão* dos fatos e provas”<sup>397</sup>. Já a norma-objetivo, embora também indique o fim a ser alcançado, também sem indicar precisamente os meios, imputa diretamente um dever não apenas de “fazer o que deve ser feito”, mas sem ampla abertura (abstração), tendo disposições mais concretas para indicar diretamente o comportamento da Administração Pública. Quando se trata das políticas públicas, é possível reconhecer facilmente o que deve ser feito. Tomemos o art. 196 da Constituição<sup>398</sup>, para exemplificar o que se pretende distinguir: enquanto esse dispositivo encerra alguns princípios – segundo os critérios de Humberto Ávila, no sentido de que o “dever do Estado” é voltado para promover um “estado de coisas” em que a saúde seja garantida mediante políticas sociais e econômicas, sem especificá-las, apontando um objetivo genérico e tautológico de “redução do risco de doença”, e do princípio do “acesso universal e igualitário” às ações e serviços de saúde – a Lei Federal n. 8.080/90, que regulamenta esse dispositivo constitucional, estabelece, dentre outros, o objetivo de [prestar]: “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”. Nesse caso, tem-se uma norma-objetivo e não um princípio. Veja-se, também, o disposto no novel art. 49-A da Lei Federal n. 11.445, de 05/01/2017, introduzido pela Lei Federal n. 14.546, de 04/04/2023, que reza: “No âmbito da Política Federal de

---

<sup>395</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

<sup>396</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. rev., atual. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2014, pág. 122.

<sup>397</sup> *Idem, ibidem*, pág. 125. Grifamos

<sup>398</sup> CF, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Saneamento Básico, a União estimulará o uso das águas de chuva e o reúso não potável das águas cinzas em novas edificações e nas atividades paisagísticas, agrícolas, florestais e industriais, conforme regulamento” – aponta-se o objetivo (o quê), mas não as ações para implementá-lo (como). Ou, ainda, o art. 11-B da mesma Lei do Saneamento Básico, que é cristalina: “Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”; nesse dispositivo há claramente meta, prazo e objetivo.

As normas-objetivo também não são regras porque, sob o critério do caráter hipotético-condicional<sup>399</sup>, não possuem a estrutura lógica de “Se A, então B” típica desse tipo de norma, isto é, não tem um antecedente lógico que descreva um fato (hipótese), que, uma vez acontecido (incidência), implique numa consequência jurídica (imputação). Assim pensamos porque, desde a sua instituição por lei ou decreto, já incide o dever da Administração Pública de executar a política pública, isto é, de adotar as providências administrativas para atingir os objetivos e metas fixadas; o “fato” seria a própria lei ou o decreto. Por outro lado, a pessoa destinatária da política pública tem o direito de exigir os atos e fatos administrativos que assegurem o gozo da ação administrativa, se se puder identificar um benefício direto por ela gerado, seja por meio de ação individual ou por meio de ação civil pública<sup>400</sup>. Isso é corroborado pelos inúmeros precedentes judiciais que determinam à Administração Pública de prover dado benefício a quem demanda; como exemplo, as conhecidas decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos, tratamento de saúde, cirurgias etc., fundamentadas a partir de uma interpretação isolada<sup>401</sup> do art. 196 da Constituição, que aponta um dever geral de prestar “ações e serviços públicos” de saúde – e um tanto quanto *romantizada* do art. 5º, XXXV (a

---

<sup>399</sup> Para uma crítica sobre esse critério, ver ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>400</sup> Vide Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

<sup>401</sup> PAIM, Patrícia. Os Passos do SUS: do Apogeu à Falência. A Judicialização da Saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana, Tolêdo (Org.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, pág. 86-91.



lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito)<sup>402</sup>, que dá guarida ao juiz-Hércules idealizado por Dworkin<sup>403</sup>.

Em linha com o que vimos defendendo, encontramos Cristiane Derani<sup>404</sup>, para quem a política pública, como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica, sendo composta de ações estatais e decisões administrativas competentes. Ainda para ela, as normas reguladoras da construção de políticas públicas são “normas políticas”. E, enquanto norma, é prescrição que traz os elementos para construção da política pública, definindo “quem” (competência), “como” e por que meios; define programas e prescreve condutas, ou seja, uma vez que as políticas públicas concretizem “preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever”. Nessa senda, também define direitos dos destinatários, e “aqueles que sofrem os efeitos da realização ou não da norma jurídica terão o direito subjetivo de reclamar a ação dos sujeitos autorizados”. Em suma, essa norma política – que dispõe sobre objetivos, finalidades, instrumentos, valores – se apresenta como uma “lei-quadro”, da qual decorrem ações positivas práticas e normativas prescritivas de condutas (imposições, permissões, proibições, autorizações), sendo “um mandamento e, por isto, pode ser cobrada como prescrição de uma prestação positiva e pode ser questionada em seu conteúdo”. Ademais, “na prescrição de normas políticas, é identificado um contexto social” para ser transformado ou construído, o que nos remete às reflexões sobre o direito à boa administração (item 2.2.2), que não encerra um conjunto acabado de preceitos normativos e científicos aplicáveis em qualquer lugar ou circunstância, calhando, mais uma vez a advertência de Vanice do Valle<sup>405</sup>, para quem a “boa administração é uma ideia necessariamente referenciada a determinado momento e às circunstâncias que lhe são próprias”.

Dessa forma, a natureza jurídica das normas que aprovam políticas públicas, sob ponto de vista dogmático, é geral e concreta (lei ou decreto), que veicula, além de regras (eventualmente princípios), normas-objetivo, que ostentam generalidade e abstração suficientes para estabelecer deveres para a Administração Pública e

---

<sup>402</sup> Sobre um apanhado crítico quanto a judicialização das políticas públicas, ver COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

<sup>403</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 165ss.

<sup>404</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba (PR), v. 41, p. 19-28, 31 dez. 2004. Universidade Federal do Paraná.

<sup>405</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração. *op. cit.*, pág. 159.

direitos para os destinatários das políticas públicas; não são meras diretrizes sobre atos ou critérios de interpretação (postulados<sup>406</sup>) de outras normas, mas ostentam heteronomia e bilateralidade atributiva<sup>407</sup>.

## 4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS, ORÇAMENTO PÚBLICO E CUSTOS

A implementação de programas de políticas públicas, como já mencionado, implica na realização de despesas; afinal, direitos têm custos. A constatação de Sunstein e Holmes, de que “um direito jurídico só existe se e quando tem um custo orçamentário”<sup>408</sup> é irrefutável, porquanto toda ação do Poder Público, mormente da Administração Pública – seja a realização de uma atividade, seja a realização de um projeto – demanda recursos orçamentários e financeiros, quer para pagar servidores, quer para aquisição de materiais, quer para custear obras ou serviços.

Nesse sentido, as ações da Administração Pública estão relacionadas com o Orçamento Público, conforme já nos referimos no item 2.3; não seria diferente, com a elaboração e implementação das políticas públicas. No caso brasileiro, ademais, há de se destacar, sobre o regime constitucional-orçamentário, duas características: primeiro, que a elaboração das leis orçamentárias (CF, art. 165) goza de ampla discricionariedade política<sup>409</sup>, no sentido de que cabe ao Poder Executivo<sup>410</sup> decidir sobre o conteúdo final do projeto da LOA<sup>411</sup> (PLOA), ou seja, o aporte de recursos orçamentários e financeiros para executar determinada política pública dependerá de uma decisão política desde a fase de planejamento e elaboração do PLOA.

---

<sup>406</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

<sup>407</sup> GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**, *op. cit.*, pág. 246.

<sup>408</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. WMF Martins Fontes. Kindle, posição 174. “A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 2000.

<sup>409</sup> CATAPANI, Márcio Ferro. A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 245-266. NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 358-383.

<sup>410</sup> Não obstante os Poderes Legislativo e Judiciário (CF, art. 99, §1º), o Ministério Público (CF, art. 127, §2º) e a Defensoria Pública (CF, art. 134, §2º) elaborem suas propostas parciais de orçamento. Ver art. 31 da Lei Federal n. 4.320/64 e art. 12, §3º, da LRF.

<sup>411</sup> Obviamente, sendo Lei, cabe ao Poder Legislativo dar o formato e conteúdo final da LOA – Lei Orçamentária Anual.

Segundo, que a Constituição (art. 165, §§1º e 2º) determina que tanto o Plano Plurianual quanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias apresentem metas (além de diretrizes e objetivos – PPA, e prioridades – LDO) da Administração Pública para o período de vigência dessas leis, que devem guardar compatibilidade entre si. Essas metas são metas físicas de realização, numa expressão quantitativa dos objetivos e prioridades a atingir, às quais consignarão dotações orçamentárias; essa ideia liga-se à natureza do orçamento-programa<sup>412</sup> e corresponde àquilo que desde a Lei Federal n. 4.320/64 (art. 22, IV, e 25) está legalmente posto, além de ser uma das expressões políticas do orçamento<sup>413</sup>. Contudo, dada a natureza autorizativa<sup>414</sup> dessas leis, essas metas também não são vinculantes, no sentido de serem *impositivas*, isto é, as metas postas nas leis orçamentárias são métricas dos objetivos a atingir, mas não são obrigatórias de serem atingidas; não geram sanção se não atendidas, embora comprometam a avaliação do Governo (CF, art. 71, I; art. 74, I e II). Nesse sentido, o tanto da meta que terá condição de ser executada depende da quantidade de recursos financeiros consignados ao orçamento (elaboração do PLOA), das capacidades institucionais e organizacionais e a uma segunda decisão política: o quanto de recursos financeiros que poderá ser – dadas as “circunstâncias emergentes” econômicas e fiscais – e que será efetivamente liberado para sua execução – que, como as demais despesas públicas, estão submetidas ao atingimento de metas fiscais, que têm outra natureza e função, conforme o art. 165, §2º, da Constituição, e a Lei de Responsabilidade Fiscal, além do (ainda vigente) Novo Regime Fiscal (EC 95).

Essas decisões, tanto na fase de elaboração quanto na execução do orçamento propriamente dito, tem inquestionável conteúdo político e discricionário. A própria Lei Federal n. 4.320/64 é inequívoca ao pontuar essa questão política ao estatuir, já em seu art. 2º, que as receitas e despesas – sobretudo as despesas – na

---

<sup>412</sup> LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, pág. 90. Ver nota 415 a seguir.

<sup>413</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume V: o orçamento na Constituição. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 64.

<sup>414</sup> “Diz-se que o orçamento é autorizativo para concluir que as despesas não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. A justificativa para adoção desse sistema seria a necessidade conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando que as previsões orçamentárias pudessem vir a ser exigidas judicialmente. (...) Orçamento autorizativo, no Brasil, significa o poder discricionário, conferido ao Poder Executivo, de não realizar a opção de gasto prevista”. BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. *In*: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito financeiro**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 236-282.

Lei do Orçamento Anual evidenciará a “política econômica-financeira [sic] e o programa de trabalho do Governo”, como mencionado no item 2.3. Essa dimensão política, porém, tem sentidos diferentes, embora convergentes, com relação à elaboração e execução do orçamento, sob a ótica do direito financeiro, e a elaboração e execução de políticas públicas, sob a ótica do direito administrativo.

A dimensão política, no Orçamento, é revelada pela inclusão e quantificação<sup>415</sup> de metas e recursos, isto é, pela escolha política do que será ou do que poderá ser custeado com recursos públicos, conseqüentemente, materializado. É bem verdade, ademais, do ponto de vista prático, que a Lei Orçamentária Anual não desce a pormenores da materialização da ação administrativa, mas a autoriza ainda que genericamente; por exemplo, a ação orçamentária à qual estão consignados recursos para construção de escolas, não indica, salvo raras exceções, qual escola será construída ou seu endereço, nem seu tamanho ou porte – informações e decisões que caberão ao gestor, quando aprovar o projeto para ser licitado, revelando a outra dimensão política inserida na elaboração e execução de políticas públicas, sob a ótica do direito administrativo, ou seja, o quê (projeto) efetivamente executar. Seguindo esse exemplo, a conjugação de ambas as escolhas concorrerá para concretizar um dos aspectos do direito fundamental à educação<sup>416</sup>: a construção de escolas.

Dessa maneira, sem perder de perspectiva a unidade do Direito, as políticas públicas exigem o estabelecimento ou conjugação de várias normas, tanto de direito constitucional e administrativo quanto de direito financeiro, a fim de indicar, com precisão, não apenas o dever do Estado (Constituição/Lei), do Governo (instituir a política pública) e da Administração Pública (executar a política pública) – e o conseqüente direito dos destinatários da política pública – como também os objetivos e fins a alcançar; de acordo com a opção normativa, as metas poderão ficar a cargo da Administração Pública, bem como as providências instrumentais a

---

<sup>415</sup> “Modernamente, dizemos que o método orçamentário possui duas características fundamentais; a da abrangência e a da quantificação. (...) Pela quantificação, o orçamento entra no rol daqueles métodos que, como a estatística, utilizam as regras da matemática, em forma de matrizes. Com estas características o orçamento torna-se verdadeiro modelo econômico, através do qual identificam-se ações, metas fisicamente quantificadas e recursos que serão utilizados pelos gestores, como conseqüências de decisões tomadas”. REIS, Heraldo da Costa. MACHADO JUNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 33.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010, pág. 7.

<sup>416</sup> Cabe aqui a mesma crítica feita ao “direito à saúde” (vide item 4.1.3). Deveria, com certo rigor, se falar em direito a ações e serviços educacionais e não a “direito à educação”.

realizar. Nesse sentido, o arranjo institucional (dimensões objetiva e subjetiva) da política pública, expresso pelo conjunto de normas em torno dela, alberga o programa de ação governamental estruturado sobre uma base legal, aumentando, por outro lado, sua objetivação – o que asseguraria maior duração independente da vontade (política) do administrador-executor<sup>417</sup>.

Tudo isso remete à necessidade de também serem especificados ou minimamente dimensionados os custos dessas atividades, de modo a poder integrar a Lei Orçamentária, como exige a Lei de Finanças Públicas (Lei Federal n. 4.320/64) nos art. 25 e 27, além de, em conformidade com a LRF<sup>418</sup>, os custos (art. 22, IV). Essa talvez seja a expressão do reconhecimento, no direito positivo brasileiro, de que os direitos têm custos. Com efeito, a efetividade da política pública passa pelo gasto público necessário para materializá-la, ficando frente a frente com os problemas sociais a serem enfrentados e a capacidade econômica da sociedade e do governo para mantê-las, conforme adverte Leonardo Secchi et. al<sup>419</sup>.

O dimensionamento dos custos das políticas públicas também tem, pelo menos, duas perspectivas: a da política pública *em si* e a do conjunto de metas que integrarão o orçamento. Isso é bem evidente na medida em que se observe que o prazo de uma política pública pode ou não ser previamente conhecido ou estimado, ou mesmo ser indefinido, no caso de ser considerada permanente; em tese, uma política pública durará enquanto o problema que lhe deu causa não for resolvido<sup>420</sup>. Esse caráter de “ser permanente”, todavia, depende também das condições políticas gerais vivenciadas no país, estado ou município, ou mesmo de estar em sintonia com o *Weltanschauung*<sup>421</sup>, isto é, carece de uma “legitimidade” até certo ponto *ideológica*. Para exemplificar, há quarenta anos seria *inconcebível* uma política pública de afirmação de direitos LGBTQIA+. Por outro lado, o prazo pode ser previamente fixado, se se tratar de um problema “não permanente” ou, ainda que o seja, a política definir seu prazo de duração ou vigência. Exemplifiquemos com a redação original do art. 60 do ADCT ou mesmo com a redação dada pela EC 14/96,

---

<sup>417</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 271 (*passim*)

<sup>418</sup> Vide art. 4º, I, “e”; art. 50, 3º.

<sup>419</sup> SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas**. 3 ed. São Paulo: Cengage, 2019, pág. 209.

<sup>420</sup> *Idem, ibidem*, pág. 213.

<sup>421</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. 3t. Saraiva: São Paulo, 1999, pág. 231.

que fixavam 10 anos para aplicação de parte (50% e 60%, respectivamente) dos recursos públicos vinculados à Educação (CF, art. 212) para “para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental” ou para “manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério”; tendo a Lei Federal n. 11.494/2006 estipulado a vigência do FUNDEB até 31 de dezembro de 2020, embora todos saibam que não são problemas<sup>422</sup> que se resolvam no prazo fixado ou que se renovam (são *problemas permanentes*).

Nesse sentido, o dimensionamento dos custos da política pública *em si*, deve considerar o prazo de sua vigência, ou pelo menos um prazo estratégica ou socialmente relevante, se for permanente (tanto a política quanto o problema a resolver). Outrossim, pode-se discutir se a finalização ou extinção de dada política pública *permanente* pode ser adotada ou em que proporções ou condições pode ser feita – inclusive de modo subliminar, por uma progressiva e intencional redução de dotações orçamentárias, podendo culminar em desmonte<sup>423</sup> – sem incorrer em violação do princípio da vedação do retrocesso<sup>424</sup>, uma vez que – segundo vimos defendendo – as políticas públicas visam essencialmente a implementar direitos fundamentais<sup>425</sup>.

---

<sup>422</sup> Vide nota 247.

<sup>423</sup> GOMIDE, Alexandre; MORAIS, Michelle; MELLO, Janine. Desmonte de políticas federais no Brasil. **Policy Brief - Em questão – Evidências para Políticas Públicas n. 21.**, [s/l] DIEST/IPEA, dez. 2022. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11636>, acesso em 15 fev 2023.

<sup>424</sup> Vide ADPF 45. “Sob a ótica do direito financeiro, afirma-se que a proibição de retrocesso social, associada aos seus critérios de aplicação, funciona como elemento estruturador das regras de finanças públicas, devendo ser observada quando da edição de medidas de cunho retrocessivo que impliquem reflexos nas finanças públicas e reflitam em consequências orçamentárias diretas, no âmbito das receitas ou das despesas”. TANGANELLI, Marina Bellegarde. **O direito financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, pág. 158.

<sup>425</sup> Ver STF, **Mandado de Injunção n. 7300**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, divulgação 19/12/2022, publicação 09/01/2023: (...) Decisão: Por meio de petição (eDOC 78), Rede Sustentabilidade, partido político com representação no Congresso Nacional, comparece aos autos para noticiar o descumprimento da ordem injuncional concedida nestes autos, bem como a iminência de agravamento da omissão inconstitucional cuja colmatação fora determinada pelo Plenário do STF (eDOCs 47, 71 e 72). Por essas razões, postula pelo deferimento de providências corretivas referentes à garantia da continuidade, no exercício de 2023, de medidas relacionadas à implementação do direito fundamental previsto na Lei 10.835/2004 e no parágrafo único do art. 6º da Constituição. (...) V Dispositivo. Ante o exposto, defiro parcialmente as medidas formuladas pelo peticionante para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 107-A, II, do ADCT, assentar que, no ano de 2023, o espaço fiscal decorrente da diferença entre o valor dos precatórios expedidos e o limite estabelecido no seu caput deverá ser destinado exclusivamente ao programa social de combate à pobreza e à extrema pobreza, nos termos do parágrafo único do art. 6º, da CF,



com as exceções da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>429</sup>, esse desafio se agudiza dadas a conhecida desigualdade social e o papel promotor do Estado.

#### 4.3 CONCRETIZAÇÃO DA NORMA (POLÍTICA PÚBLICA) E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA (EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE).

A elaboração de uma política pública indica que há uma razão<sup>430</sup> para se agir de tal modo, talvez uma razão técnica, uma razão política ou uma razão jurídico-normativa; ao passo que a aprovação dessa política por uma norma (lei, decreto) é a razão para ela ser executada, no sentido da existência de um dever. Logo, a norma que aprova a política pública, como dissemos (item 4.1.3), é do tipo regra (em que pese ser geral e concreta), no sentido de mandar executar suas disposições, ou seja, de mandar executar a política pública; ao passo que a política pública é uma norma que visa ao cumprimento de seu objetivo (norma-objetivo). Do ponto de vista da eficácia dos fatos jurídicos em torno da política pública, distinguem-se os atos para cumprir a norma (eficácia e eficiência) que criou a política pública (mobilizar recursos e empregá-los) e para atingir os objetivos da política pública, cujos parâmetros de efetividade são predefinidos pelas metas.

O dimensionamento dos custos da política pública deve ser espelhado nos programas orçamentários, consoante discutido nos itens 3.3 e 4.2, de modo que a despesa pública correspondente possa ser executada e garantir um mínimo de efetividade a elas. Essa é a visão do “direito financeiro”. Para o “direito administrativo”, a licitação – atividade instrumental<sup>431</sup> – e o contrato decorrente não de ser realizados, para possibilitar a ação finalística contemplada na política pública, e alcançar o real e final objetivo da política pública, além de outros atos e fatos administrativos pertinentes, como sejam as ordens de serviço, as instruções, a

---

<sup>429</sup> Ver nota n. 310. LRF: “Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17. § 1º É dispensada da compensação referida no art. 17 o aumento de despesa decorrente de: I - concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente; II - expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados; III - reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real”.

<sup>430</sup> RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do direito)

<sup>431</sup> MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 86.



constituição de grupos de trabalho, coordenações e avaliação, pagamento de salários etc., conforme se encaixem ou prevejam os arranjos institucionais da política pública.

Nessa ordem de ideias, é perceptível a concatenação de diversos instrumentos e atos jurídicos no âmbito de qualquer política pública, revelando seu caráter complexo, que envolve uma série de normas jurídicas e atos administrativos e políticos, além das condições factuais – sobretudo as econômicas e financeiras – para permitir que o atingimento das metas, conforme planejado, sejam factíveis. Esse conjunto de atos, fatos e condições é que concorrem para que direito “saia do papel”.

Conforme a ideia que se vem construindo e defendendo – qual seja: a política pública, parafraseando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é uma norma jurídica complexa<sup>432</sup>, integrada por normas-objetivo e regras, e eventualmente por princípios – as políticas públicas também necessitam de concretização, que se dá por meio de atos administrativos, a par das demais normas jurídicas a que se referem, ou seja, do arranjo jurídico-institucional; conforme seja o caso, também de contratos; por isso mesmo, em paralelo, há a necessidade de mobilização de recursos públicos. Se uma política pública visa a solucionar um problema social e politicamente relevante, ou dar uma resposta concreta aos problemas e às reivindicações sociais – passando, portanto, do *status* de necessidade coletiva para necessidade pública – é de se observar que “entre demanda e possibilidade, está a escassez de recursos e a certeza de que a concretização de direitos custa dinheiro”<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> “Considerada em sua elaboração, a lei ordinária, no direito brasileiro, é um ato complexo. De fato, é ela estabelecida por um ato que se enquadra perfeitamente no conceito de ato complexo. Existe ato complexo sempre que “duas ou mais vontades homogêneas tendentes a um mesmo fim se fundem numa só vontade declarada, idônea a produzir determinados efeitos jurídicos que não poderiam de modo algum produzir-se, se faltasse tal concurso de vontades” (Roberto Lucifredi). O acerto dessa afirmação resulta da análise do processo de formação da lei em nosso direito. Essa formação apresenta uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva – que compreende a deliberação e a sanção – e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pág. 166.

<sup>433</sup> REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p.542-566.

#### 4.3.1. Sentidos de concretização da norma e de concretização de políticas públicas

A ideia fundamental de concretização da norma, aqui tomada da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, se se pudesse resumir numa frase, dir-se-ia que “concretização da norma é construção da norma”<sup>434</sup>. Com efeito, deduz-se que o conteúdo de uma norma jurídica somente será delineado por meio do trabalho de interpretação em um processo amplo e global de concretização<sup>435</sup>.

Nesse sentido, o processo de concretização da norma está baseado nos conceitos de programa normativo e âmbito normativo, como seus elementos constituintes; sendo o programa os elementos que estão ligados ao texto normativo como os cânones da interpretação, enquanto o âmbito corresponde aos elementos políticos e sociais que influenciam no programa normativo<sup>436</sup>.

Portanto, a teoria estruturante do direito se diferencia da teoria pura do direito de Kelsen, na medida em que a concepção de norma leva em consideração não apenas o texto de norma, mas igualmente a realidade circundante; e, no plano da realização prática do Direito, se fundamenta na ideia de concretização, superando tanto a noção positivista de mera interpretação e aplicação do Direito quanto a separação de “ser” e “dever-ser”; a normatividade surge a partir do caso concreto, em razão do processo de concretização da norma<sup>437</sup>.

A “construção” da norma, portanto, para Müller, se dá por meio do processo denominado de concretização, fundamentado na “metódica estruturante”, que “não se apresenta como lógica jurídica formal, quanto menos como técnica para resolução de casos concretos”<sup>438</sup>. Assim, parte-se do “caso”, com o “texto da norma” para “a norma” construída, concretizada, geral e abstrata; daí, para a “decisão do

---

<sup>434</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008, pág. 231.

<sup>435</sup> TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 13-19, set./dez. 2014.

<sup>436</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>437</sup> BURG, A. K.; NOGUEIRA AMORIM FILHO, N.; DAS NEVES GONÇALVES, E. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: Uma Análise a Partir dos Estudos Acadêmicos Realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. **Direito Público**, [S. l.], v. 19, n. 103, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6394.

<sup>438</sup> *Idem, ibidem*.

caso”, na qual se forma a “norma de decisão” individual e concreta, e em que se transforma o caso jurídico em caso decidido”<sup>439</sup>.

Para Müller, portanto, a concretização da norma é um processo dinâmico e complexo, que envolve, além do aplicador da norma, outros atores sociais e políticos que podem influenciar a interpretação e aplicação da norma. Além disso, a concretização da norma pode variar de acordo com o contexto e as circunstâncias de cada caso concreto, o que exige dos aplicadores da norma uma constante reflexão e adaptação às novas realidades.

Por outro lado, ao tratar de direitos humanos, fundamentais ou sociais, especialmente quando postos numa Constituição, a literatura jurídica também usa a expressão “concretização”, remetendo à ideia de tornar materializado aquilo que está contido na norma constitucional, ou seja, tornar “palpável” o conjunto de “promessas constitucionais”. Ingo Sarlet, por exemplo, utiliza essa expressão, dentre outros aspectos, quando discute sobre os elementos de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, de um lado, e da sua efetividade ou “eficácia social”, de outro lado, dizendo que algumas normas dependem de *concretização legislativa* “no sentido de que este tem o dever de concretizar os programas, tarefas, fins e ordens mais ou menos concretas estabelecidos pela constituição”<sup>440</sup>. Com efeito, ele diz que “muitas constituições contêm normas impositivas de fins, tarefas e programas (aquilo que outros chamam de normas do tipo programático ou normas-objetivo)”<sup>441</sup>.

Nesse sentido, percebe-se que a ideia de “concretização” tanto se refere a uma *norma* (Müller), quanto a um conjunto de *direitos* (humanos, fundamentais, sociais etc.), estejam no plano constitucional ou não. Essas acepções, portanto, se referem a objetos diferentes: a norma ou um direito. No primeiro caso, o esforço é de produzir ou construir uma *norma* individual e concreta, a partir dos elementos textuais e contextuais “da lei” (norma geral e abstrata) e fáticos “de um caso”, a fim de permitir o emprego da solução jurídica (norma de decisão) dada pelo aplicador da

---

<sup>439</sup> FONTOURA, J. F. S. da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. Dissertação (Mestrado em Direito). 153 p. PPGD/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 11 fev. 2023, pág. 112.

<sup>440</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 179.

<sup>441</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Estrutura, funções e conteúdo das Constituições. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 76.

norma, conforme visto segundo a teoria estruturante do direito de Müller. No segundo caso, o objeto a ser concretizado, segundo se diz, é um *direito* que se entende latente na norma jurídica geral e abstrata, especialmente na norma constitucional sobre direitos humanos, fundamentais ou sociais, visando a dar contornos materiais para a fruição daquelas utilidades objetivadas nessa norma.

Embora ambas as hipóteses se refiram a utilidades que possam ser experimentadas pelas pessoas, cujo dever é do Poder Público, os sentidos da concretização são diversos. No primeiro caso, é um esforço, ao fim e ao cabo, de aplicação da norma, ainda que não se sirva do método da subsunção, pela autoridade judiciária ou administrativa<sup>442</sup>, conforme o caso; no segundo, de praticar atos e fatos a fim de construir, mais que uma decisão, uma realidade em que os objetivos da norma sejam materializados. Noutras palavras, a concretização é “tirar o direito do papel”, ou seja, “a concretização de direitos depende da implementação de políticas pelo poder público após a sua aprovação por normas jurídicas”<sup>443</sup>.

Trazendo esse referente para o tema das políticas públicas, vê-se que também elas podem ser concretizadas enquanto norma. Mas cabe discutir se a concretização da política pública como norma-objetivo é semelhante à concretização de uma norma geral e abstrata até uma norma individual e concreta de que trata a teoria estruturante do direito de Müller, que foi simplificada resumida acima.

Defendemos que a concretização da norma de política pública não remete, por óbvio, a uma norma de decisão, individual e concreta; a concretização da norma de política pública, conquanto seja norma-objetivo, se dá quando a política pública é implementada; por isso dissemos no começo deste item 4.3 que a política pública é uma norma que visa ao cumprimento de seu objetivo – o que já remete e associa às ideias de eficácia efetividade – embora a fruição de seus produtos (direitos) requeiram uma segunda etapa de concretização. Assim, percebe-se que, ao tratar de concretização de norma está-se tratando da transição do plano do dever-ser

---

<sup>442</sup> Conforme o potiguar Miguel Seabra Fagundes, “Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão”, donde se extraiu o brocardo “*Administrar é aplicar a lei de ofício*”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 3.

<sup>443</sup> FONTES, Mariana Levy Piza. Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2313, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202313>

(normativo) para o do ser (realidade social)<sup>444</sup>, enquanto se trate dos planos da eficácia e da efetividade das normas, isto é, de tornar real aquilo que está abstratamente estabelecido numa norma<sup>445</sup>.

Para isso, é necessário conhecer e considerar desde as situações fáticas (problemas) que levaram à elaboração da política pública (no plano eminentemente político e técnico), passando pelas discussões também políticas e técnicas no Parlamento (ou no órgão governamental competente) em torno de sua formação até o “produto final”, isto é, norma geral e concreta (lei/decreto) que lhe deu forma jurídica e que carrega para o ordenamento jurídico um conjunto de elementos técnicos e jurídicos expressos nas proposições jurídicas inseridas, que são regras, normas-objetivo e, eventualmente, princípios. O conhecimento da formação da política pública como norma contribui para que ela possa ser materializada com fidelidade à decisão de sua formação, de modo que, embora não se vincule ao chamado *mens legislatoris*, permita ao aplicador se direcionar ao problema cuja resposta é a política pública.

Com efeito, uma política pública, vista como “tecnologia”<sup>446</sup> ou “caixa de ferramentas”<sup>447</sup>, é um “instrumento de concretização de direitos fundamentais e de viabilização da justiça social”<sup>448</sup>; dito de outra forma, “é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais, sobretudo os direitos

<sup>444</sup> “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 243.

<sup>445</sup> “Embora se possa – como também o fazemos – distinguir as esferas da eficácia jurídica (e da aplicabilidade) e da efetividade (ou eficácia social), a primeira operando no domínio do “dever ser”, a segunda, no plano do “ser”, ou seja, da realização concreta, no mundo fático, dos efeitos das normas jurídico-constitucionais, pois tanto é possível abordar o tópico pelo prisma da ciência jurídica, e não da sociologia jurídica, quanto é preciso reconhecer que o fato de uma norma ser aplicável e apta a gerar efeitos jurídicos não significa que ela venha a ser aplicada e que tais efeitos se concretizem, uma abordagem da problemática da efetividade das normas constitucionais não dispensa a perspectiva da eficácia jurídica”. SARLET, Ingo Wolfgang. O problema da efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 181.

<sup>446</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pág. 50/51.

<sup>447</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

<sup>448</sup> REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p.542-566.

sociais”<sup>449</sup>. Logo, para concretizar os direitos sociais “é imprescindível que o planejamento da ação estatal, a elaboração das leis orçamentárias e as políticas públicas, em todas suas etapas (formação, implementação, avaliação e controle), estejam alinhados a esse objetivo” sob constante monitoramento de seus resultados, tanto para identificar progresso no grau de fruição dos direitos quanto para corrigir (ou evitar) retrocessos<sup>450</sup>.

Os direitos humanos, fundamentais e sociais, conquanto apresentem uma dimensão *negativa* também têm uma dimensão *positiva*, no sentido de garantir (prestar) direitos<sup>451</sup>, gerando deveres primários do Estado de respeitar, proteger e cumprir ou realizar esses direitos<sup>452</sup>. As políticas públicas, sob essa dupla perspectiva, é o instrumento de materialização desse dever estatal, por meio de ações administrativas bastantes, de modo a superar, como advertia Diogo Coutinho, a clausura do binômio “pode/não pode”<sup>453</sup> (código lícito/ilícito) para enfrentar o desafio do “como pode” e alcançar os objetivos que se impõe para a Administração Pública, ou seja, de concretizar direitos, servindo-se de estratégias e ações, que vão desde a prestação de serviços (e de serviços públicos) a sanções negativas ou premiaias<sup>454</sup>, passando por *nudges*<sup>455</sup> e outras técnicas voltadas ao atingimento dos

---

<sup>449</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730.

<sup>450</sup> GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão Barros. Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito À Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 365-402

<sup>451</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op. cit.* Item. 5.2.2.3, pág. 168ss.

<sup>452</sup> CF, art. 4º, II; Carta das Nações Unidas (Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/92). Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Decreto n. 591/92). Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92)

<sup>453</sup> COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

<sup>454</sup> Vide BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, pág. 23ss.

<sup>455</sup> “Esta herramienta, derivada de la evolución de las ciencias del comportamiento en las últimas décadas, pone a disposición del administrador los conocimientos necesarios para diseñar sus interacciones con la ciudadanía de manera más efectiva: aumentando la claridad, el civismo o la receptividad de los mensajes, así como la facilidad de los procesos”. GARCÍA ARTEAGOITIA, S. El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas. **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**, ISSN 2173-6405, N.º. Extra 3, 2019, págs. 140-155, n. 3, p. 140–155, 2019.

objetivos da política pública, sem esquecer do monitoramento, da avaliação e de ajustes. Essa possibilidade de “ajuste das engrenagens” das políticas públicas é importante porque permitirá que a própria Administração Pública tenha maior mobilidade de encontrar os instrumentos adequados, baseado em evidências empiricamente demonstradas, sem necessitar de nova aprovação por lei (delegificação)<sup>456</sup>, a fim de aumentar a eficiência e efetividade das políticas públicas, enfim, de alcançar seus objetivos.

#### 4.3.2. Execução orçamentária, vinculação e afetação de recursos e cumprimento de deveres

Como dito insistentemente, todos os direitos têm custo; esse custo é o custo orçamentário, isto é, a expressão monetária contida no orçamento público. Como o orçamento faz um balanceamento entre receitas e despesas – e ante o princípio do equilíbrio orçamentário, que também se reporta ao controle do endividamento público<sup>457</sup>, e a preocupação com o equilíbrio financeiro<sup>458</sup> – é necessário que haja suporte financeiro para o atendimento das despesas atinentes às políticas públicas. Uma das estratégias mais largamente utilizada nesse mister é a vinculação de receitas a despesas, não obstante expressa vedação constitucional, quanto aos impostos, com algumas exceções<sup>459</sup> (que se foram ampliando).

---

“En el diseño de políticas públicas hemos visto que los nudges constituyen un instrumento que permite tener en cuenta las limitaciones cognitivas de los ciudadanos al tomar decisiones, afectando así al entorno de su lógica decisoria con un bajo coste, pero cuya efectividad dependerá en gran medida de cómo se diseñen y cuáles sean los resultados de su evaluación. Ciertamente, los nudges no son una solución perfecta, la «bala de plata» (silver bullet) para resolver todo tipo de problemas Sociales”. COSTAS-PÉREZ, E.; TUCAT, P. Nudges: diseño y evaluación. **Gestión y Análisis de Políticas Públicas**, [S. l.], n. 25, p. 8–22, 2021. DOI: 10.24965/gapp.i25.10868. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10868>. Acesso em: 23 mar. 2023.

<sup>456</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Delegificação, Legitimidade e Segurança Jurídica: a Hermenêutica Constitucional como Alternativa de Harmonização. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 147-168, out./dez. 2004.

<sup>457</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18 edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pág. 123 e 219.

<sup>458</sup> Vide LRF, art. 1º, §1º; Lei Federal n. 4.320/64, art. 98. REIS, Heraldo da Costa. MACHADO JUNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 33.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010, 83-84.

<sup>459</sup> CF, art. 167. São vedados: IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo. Dispositivo alterado pelas Emendas n. 3/93, 29/2000 e 42/2003

Com efeito, a Constituição, na redação original do art. 167, IV, excepcionou da vedação da vinculação de receitas de impostos a despesas algumas que reputou social e politicamente relevantes; sob a perspectiva das políticas públicas, permitiu apenas a “destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212”<sup>460</sup>. Noutro bordo, a Emenda n. 14, de 1996, instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), integrado por recursos de impostos, substituído, com a Emenda n. 53, de 2006, pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (ADCT, art. 60). Com a Emenda n. 29, de 2000, ampliou-se o espectro para albergar, dentre as exceções, “a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (...) como determinado pelo art. 198, §2º”<sup>461</sup>, que “serão aplicados por meio de Fundo de Saúde” (ADCT, art. 77). A Emenda n. 31/2000 criou “no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”<sup>462</sup>; e determinou que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza” (ADCT, art. 82). Para esses fundos, permitiu-se a criação e vinculação de adicionais de impostos (IPI, IGF, ICMS e ISS) e da extinta CPMF. Já a Emenda n. 42/2013 estabeleceu que “é facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais” (CF, art. 216, §6º).

A própria Constituição, como se vê, continuou com a estratégia de criação de “fundos” aos quais vinculou recursos (financeiros e/ou tributários) para execução de determinadas ações ou políticas e políticas públicas, segundo vimos distinguindo umas e outras (item 4.1.3). Esse modelo, contudo, inicialmente implementado no intuito de “flexibilizar a máquina pública, mediante uma gestão descentralizada dos

---

<sup>460</sup> CF, art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

<sup>461</sup> O §2º do art. 198 da CF determinava que Lei Complementar estabeleceria percentuais da vinculação da receita do ICMS e das transferências de impostos da União, para os Estados e o DF; e do ISSQN e das transferências de impostos da União e do Estado, para os Municípios. Enquanto, não viesse tal Lei, o art. 77 do ADCT, fixou os percentuais em 12% para os Estado e 15% para os Municípios. Tal Lei Complementar é a LC 141, de 2012. Para a União, não foi fixado percentual de vinculação de receita de impostos, sendo fixado o mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida (definida na LRF, art. 2º, §2º), conforme a EC n. 86/2015; além das emendas individuais e de bancada impositivas (EC 126/2022).

<sup>462</sup> Vide ADCT, art. 79, tornado permanente pela Emenda n. 67/2010.



recursos para finalidades preestabelecidas” e garantir a existência de recursos (“recursos carimbados”) mostra-se superado, tendo em vista a centralização das disponibilidades de caixa dos Tesouros (União, Estados, DF e Municípios) em conta única; a utilização de mecanismo de vinculação legal (LRF, art. 8º), além de não mais se constituírem em “uma blindagem às regras fiscais”, posto que também se submetem ao contingenciamento da despesa, a fim de cumprir as metas de resultado (primário e nominal) e, onde houver, meta de gasto (teto dos gastos)<sup>463</sup>. Para garantir a execução de dadas políticas, a criação de programas se mostra mais eficiente, já que quem “determina a garantia é a fonte<sup>464</sup> ser vinculada ou não”, estando o modelo de fundos anacrônico, salvo raras exceções<sup>465</sup>.

Além dos fundos especificados pela Constituição<sup>466</sup>, há uma miríade<sup>467</sup> de fundos criados por Leis federais, estaduais e municipais, além das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas do DF e dos Municípios, que, conquanto não vinculem diretamente receitas a despesas, como nos moldes da Constituição, ao dispor sobre receitas desses fundos serem oriundos de “dotações orçamentárias”, na prática, terminam por fazê-lo – remetendo ao problema do “engessamento” do orçamento, isto é, nula ou reduzida discricionariedade alocativa. Para exemplificar, tome-se o Fundo da Marinha Mercante, criado inicialmente pela Lei Federal n. 3.381, de 1958, e hoje disciplinado pelo Decreto-lei n. 1.801, de 1980, e pela Lei Federal n. 10.893, de 2004, que lhe estabelece a finalidade de “prover recursos para o desenvolvimento da Marinha Mercante e da indústria de construção e reparação

---

<sup>463</sup> BASSI, Camillo de Moraes. **Texto para Discussão (TD) 2458: Fundos Especiais e Políticas Públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento**. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9088>, acesso em 10 mar. 2023.

<sup>464</sup> Sobre o conceito orçamentário de fonte, vide BRASIL, MCASP, *op. cit.*, pág. 145ss.

<sup>465</sup> COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. **TD 29/2017: Fundos Federais – abordagem transdisciplinar diante do Projeto da Lei de Finanças Públicas**. Brasília: Tesouro Nacional, 2017.

<sup>466</sup> Em 2011, James Giacomoni destacou: “A Constituição Federal, no texto permanente e nas disposições transitórias, faz referência a 11 diferentes fundos. Destes, cinco foram instituídos após 1998 por meio de emendas constitucionais, o que comprova a generalizada preferência e a atualidade desse tipo de mecanismo”. GIACOMONI, James. *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 329-356.

<sup>467</sup> À título ilustrativo, embora não seja um método preciso, pesquisando na legislação da despesa (Vol. I do PLOA/2023 União), usando o comando ctrl+F no arquivo .pdf, pela expressão “fundo”, foram identificadas 206 palavras – o que não significa que haja 206 fundos. Cfr. Projeto de Lei Orçamentária para o exercício 2023 em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/ploa-2023>. Já na justificativa da PEC 187/2019, propôs-se a “extinção de cerca de 248 fundos, sendo a que a maioria desses (165) foram instituídos antes da Constituição de 1988”.

naval brasileiras” (art. 22) e lhe atribui recursos (art. 25) oriundos da parte que lhe cabe no produto da arrecadação do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante – AFRMM, das dotações orçamentárias que lhe forem atribuídas no Orçamento-Geral da União e, dentre outros, dos valores e importâncias que lhe forem destinados em lei. O AFRMM tem natureza jurídico-tributária de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), segundo firmado pelo STF<sup>468</sup>.

Em 2019, foi apresentada, pelo então Líder do Governo no Senado, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 187, que “institui reserva de lei complementar para criar fundos públicos e extingue aqueles que não forem ratificados até o final do segundo exercício financeiro subsequente à promulgação” da Emenda decorrente. Na prática, propôs-se a extinção dos fundos públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios criados até 31 de dezembro de 2016, caso não fossem ratificados por meio de lei complementar específica, no prazo fixado; prazo em que o Legislativo poderia avaliar quais fundos são de fato relevantes e essenciais para a realização de políticas públicas<sup>469</sup>.

Essa PEC visa a acabar com as vinculações orçamentárias a fundos, entendendo-as prejudiciais à administração orçamentária e financeira dos entes da Federação, transparecendo que fosse melhor os recursos serem alocados livremente no processo orçamentário, em cada exercício, de acordo com as prioridades do governo. Essa ideia parece inspirada no *zero-based budgeting* (orçamento base-zero), praticado em alguns estados norte-americanos, em que as prioridades devem ser revistas e justificadas a cada exercício financeiro, mostrando-se aparentemente tanto racional quanto incompatível com o desenvolvimento

---

<sup>468</sup> Súmula n. 553 e RE 177.137, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 24-5-1995, DJ de 18-4-1997.

<sup>469</sup> SENADO FEDERAL. Agência Senado (ed.). **PEC da extinção de fundos públicos é prioridade para governo**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/20/pec-da-extincao-de-fundos-publicos-e-prioridade-para-governo>. Acesso em: 10 mar. 2023. Ver Substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (Parecer SF n. 33/2020), disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-187-2019>. De lembrar que o ADCT já dispunha: “Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos”. O Decreto Legislativo n. 66, de 1990, ratificou alguns deles; outros foram ratificados por meio da “cauda orçamentária” do PPA 1991-95 (art. 6º da Lei Federal n. 8.173/91), e pelas leis federais n. 9.238/95, n. 9.239/95, n. 9.443/97. Sobre a existência e ratificação dos fundos federais, ver FARIAS, Guilherme Carneiro Leão. Uma análise jurídica da recepção dos fundos federais anteriores à Constituição brasileira de 1988. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cdpp/article/view/9250>. Acesso em: 12 mar. 2023.

consistente de políticas públicas, uma vez que perderiam sua continuidade e eficácia<sup>470</sup>.

É verdade que há receitas que são naturalmente vinculadas, como sejam as decorrentes de empréstimos (operações de crédito), que se destinam à cobertura de despesas de capital (CF, art. 167, III, que institui a chamada “regra de ouro”, visando a coibir o endividamento do Estado para custear despesas correntes<sup>471</sup>). Outras, normativamente são vinculadas, como sejam as espécies de tributo: empréstimo compulsório (CF, art. 148) e contribuição (CF, art. 149, 149-A e 195).

Além da vinculação, outro fato – que também pode se constituir num problema de gestão orçamentária – é a afetação de recursos. Com efeito, diz Fernando Facury Scaff que enquanto a vinculação cria um liame normativo entre receita e despesa, a afetação diz respeito a uma finalidade, sendo uma técnica financeira de conteúdo ao criar um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia<sup>472</sup>.

Assim, se percebe que a Constituição tanto cria vinculação de receita a despesas quanto estabelece afetação de recursos, como ocorre com os recursos vinculados à Educação (art. 212), que tiveram afetados, pelo art. 212-A, parte desses recursos “à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais”, cuja regulamentação coube à Lei Complementar n. 14.133, de 2020, que estipulou “proporção não inferior a 70% (setenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos (...) destinada ao pagamento, em cada rede de ensino, da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício” (art. 26). Dessa maneira, considerando que

---

<sup>470</sup> DIAS, Fernando Álvares Correia. PEC 187/2019 (PEC dos Fundos): os Fundos Federais afetados e algumas questões para discussão. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro 2020 (**Boletim Legislativo n. 86, de 2020**). Disponível em [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acesso em 10 mar. 2023. Destaca ainda o mesmo Autor: “A ideia do *zero-based budgeting* vem aparecer com mais força no Projeto de Lei Complementar nº 22, de 2020, que dispõe sobre normas gerais para o funcionamento de fundos públicos criados no âmbito da União, dos Estados e dos municípios”.

<sup>471</sup> Sobre a “regra de ouro”, ver AFONSO, José Roberto; RIBEIRO, Leonardo. Regra de ouro e crise fiscal. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 71, n. 10, p. 22-24, 2017. PIRES, Manoel. Uma análise da regra de ouro no Brasil. **Revista de Economia Política**, vol. 39, nº 1 (154), pp. 39-50, janeiro-março/2019. VILELLA, Caio; VAZ, Camila. **Texto para Discussão 039/2021 Regras fiscais no Brasil: prática e teoria**. Rio de Janeiro, Instituto de Economia/UFRJ, 2021, disponível em [https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2021/TD\\_IE\\_039\\_2021\\_VILELLA\\_VAZ.pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2021/TD_IE_039_2021_VILELLA_VAZ.pdf), acesso em 10 mar 2023.

<sup>472</sup> SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura *versus* garantia dos direitos sociais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016.

20% do FPE vai para o FUNDEB, 14% desse Fundo estão afetados à despesa com pessoal.

Também merece atenção as chamadas “despesas obrigatórias” ou “gasto obrigatório” ou ainda “despesas de execução obrigatória”, tratadas com preocupação na LRF (art. 17). São essas despesas obrigatórias, diz ainda Fernando Facury Scaff, as principais responsáveis pela rigidez do orçamento, pois, quanto maiores, menos espaço haverá para a discricionariedade do legislador; porque, enquanto as vinculações atrelam recursos a finalidades estabelecidas normativamente, ou seja, indica a existência de fonte de recursos para satisfazer à despesa, nas despesas obrigatórias não existe a direta fonte de recursos, como sejam os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos previdenciários, dentre outras<sup>473</sup>. No mesmo sentido é James Giacomoni, que explica que “diferentemente da vinculação da receita, a despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”, destacando-se os *entitlements*<sup>474</sup> – aproximado da ideia de “benefícios assistenciais sociais” brasileiros, isto é, benefícios criados por lei no âmbito da seguridade social, que independam de contribuição do beneficiário. Esse problema corresponde, por outro lado, àquilo que Maria Paula Dallari Bucci chama de “desconexão entre o processo legislativo orçamentário e o processo legislativo ordinário” em que são instituídas despesas de caráter continuado não previstas na lei orçamentária<sup>475</sup>.

A Emenda n. 109, de 2021, tentou enfrentar essas questões ao estipular vedação para “criação de fundo público, quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou mediante a execução direta por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da administração pública” (CF, art. 167, XIV) – o que combina com a crítica de Leonardo da Costa<sup>476</sup> sobre a substituição de fundos por programas, já exposta.

Esse leque de institutos e mecanismos orçamentários, que dão amparo a uma série de políticas públicas, teriam o condão de assegurar recursos no

---

<sup>473</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>474</sup> GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. *op. cit.*

<sup>475</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pág. 201.

<sup>476</sup> COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. **TD 29/2017: Fundos Federais – abordagem transdisciplinar diante do Projeto da Lei de Finanças Públicas**. Brasília: Tesouro Nacional, 2017.

orçamento. Mas, como já mencionado, não garantem a execução das despesas correspondentes, porque dependentes da efetiva arrecadação, além do inescapável “contingenciamento de recursos”, como destacado por Camillo Bassi<sup>477</sup>. Uma tentativa de “blindagem”, pode ser encontrada no art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (e nas LDOs), que prevê afastamento da limitação de empenho – se detectado que “a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal” – para algumas despesas, dentre as quais as obrigações constitucionais e legais do ente, as destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias<sup>478</sup>.

Essas despesas ressalvadas, indiscutivelmente selecionadas por critérios políticos (*politics*)<sup>479</sup>, constituem as reais prioridades, exigidas pelo texto constitucional (art. 165, §2º); as demais despesas estarão sujeitas às contingências da Economia e da Política, com nível de prioridade secundária, o que não significa *a priori* abandono ou irrealizabilidade. Em última análise, essas despesas ressalvadas, quando alcançarem programas de políticas públicas, respaldarão os deveres e garantirão os direitos dos destinatários.

Todavia, a própria Constituição também é patente ao fixar que “a Administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade” (art. 165, §10). Em que pese a peremptoriedade da proposição jurídica, sem olvidar dos impedimentos de ordem técnica devidamente justificados e do cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que estabeleçam metas fiscais ou limites de despesas e não impede o cancelamento necessário à abertura de créditos adicionais, “nos termos da LDO (...) aplica-se exclusivamente às despesas primárias discricionárias” (§11), conforme estipulado

---

<sup>477</sup> BASSI, Camillo de Moraes. **Texto para Discussão (TD) 2458: Fundos Especiais e Políticas Públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento**. Rio de Janeiro: IPEA, 2019.

<sup>478</sup> A título ilustrativo, as LDOs da União trazem, em seus respectivos anexos III, as “Despesas que não serão objeto de limitação de empenho, nos termos do disposto no § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000”.

<sup>479</sup> O Fundo Penitenciário Nacional está ressalvado por decisão da ADPF n. 347, destacado no anexo.

pela Emenda 100, de 2019. Ou seja, aquelas que o processo político (*politics*) alocou.

De toda forma, uma política pública – assim como uma despesa – carece, seja por determinação constitucional (CF, art. 37, §16; art. 165, §16) seja por imperativo lógico e gerencial, de “monitoramento e da avaliação”, a fim de informar aos gestores e à sociedade sobre sua eficiência e efetividade, inclusive quanto às despesas decorrentes, haja visto o princípio econômico da escassez. É certo que o controle está previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, há tempos, cabendo destacar a previsão no Decreto-lei n. 200/67, que o eleva a “princípio fundamental” (art. 6º, V); mas é com a Constituição de 1988, que o controle assume status mais elevado e ampliado, conforme estipulado nos arts. 70 e 71 (controle externo), que se dará mediante fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, e no art. 74 (controle interno), com as destacadas missões de “avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União” e de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”. O que se pode discutir, ademais, é o momento em que o controle deve ser acentuado: prévio, concomitante ou posterior.

É verdade, também, que desde a fase de formulação das políticas públicas cabe demonstrar os critérios da escolha política, econômica e jurídica, de modo a evidenciar que ela encerra as melhores alternativas, considerando as variáveis em análise e o problema a ser enfrentado, como informa o princípio da boa administração (item 2.2.2). Elementos de Legística<sup>480</sup>, mormente a avaliação prévia de impacto legislativo<sup>481</sup>, também se mostram adequados, a fim de encontrar a

---

<sup>480</sup> LIMA, João Alberto de Oliveira. **Consolidação de Normas Jurídicas**: encontro entre Direito, Ciência da Informação, Filosofia da Linguagem e Lógica, a convite do neoinstitucionalismo. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília – UnB Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação, 2019. GUIMARÃES, André Sathler; BRAGA, Ricardo de João. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242910>, acesso em 10 dez. 2021.

<sup>481</sup> MENEGUIN, Fernando Boarato, SILVA, Rafael Silveira e (Org.) **Avaliação de impacto legislativo**: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

melhor formulação da norma sobre políticas públicas, conforme proposta *de lege ferenda* (PLP 494/2018 (CD))<sup>482</sup>.

Destaca Ana Paula Martinez que a análise do impacto de uma política pública sobre o bem-estar precisa comparar duas situações: a que existia antes da política ser implementada e a que passou a existir depois do novo programa surtir efeito. Dentre as ferramentas, a análise custo-benefício é um instrumento poderoso para captar melhoras incrementais<sup>483</sup>. Outra vertente, ainda pouco debatida, e sem desprezar a análise custo-benefício, é a visão de as políticas públicas serem consideradas “investimento”, uma vez que “políticas públicas bem elaboradas podem servir como plataformas eficazes para o desenvolvimento contínuo de programas e práticas que, ao longo do tempo, agreguem alto valor à vida dos cidadãos”<sup>484</sup>. Essa compreensão, porém, não deve ser confundida com o conceito legal-orçamentário de *investimento*<sup>485</sup> enquanto despesa de capital; mas como a aplicação de recursos que geram um retorno social relevante no longo prazo.

Destaca Maria Paula Dallari Bucci que “o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos (...) das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados”<sup>486</sup>, isto é, aferir o impacto social sob a perspectiva da efetividade de dada política pública. Assim, quando já implementada a política pública, “a avaliação do cumprimento de programas não só buscaria corrigir desvios, como retroalimentaria o planejamento no ciclo orçamentário”<sup>487</sup>.

Portanto, do dever de elaborar e implementar políticas públicas visando à concretização de direitos fundamentais, decorre o igual dever de adotar medidas de

---

<sup>482</sup> Vide notas de rodapé n. 11 e 307.

<sup>483</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 29–59, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7527. Acesso em: 28 jan. 2023

<sup>484</sup> MINTROM, Michael. Public Policies as Investments. SSA/ANZSOG **Occasional Paper n. 24**. Melbourne: Australia and New Zealand School of Government (ANZSOG), 2013.

<sup>485</sup> Lei Federal n. 4.320/64, art. 12, § 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.

<sup>486</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 266.

<sup>487</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, pág. 138

monitoramento e de avaliação, a fim de otimizar a aplicação de recursos públicos e como instrumento de *accountability*, inclusive para reforçar a legitimidade das políticas pública implementadas – seja para mantê-las, reformulá-las ou extingui-las – e dar conhecimento à sociedade dos seus efeitos em obediência ao dever de transparência, (corolário do princípio da publicidade). Sob essa perspectiva, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) instituiu o Catálogo de Políticas Públicas<sup>488</sup>, como um “instrumento que para reunir informações sobre as políticas públicas implementadas no âmbito do Poder Executivo Federal” a fim de “permitir o conhecimento, a sistematização e dar transparência ao universo de políticas públicas no âmbito federal”<sup>489</sup>.

Esses elementos e desafios de gestão devem ser enfrentados para dar efetividade às políticas públicas, isto é, de impactar positivamente na concreção dos direitos fundamentais. Essa é, talvez, a dimensão mais objetiva do dever de implementar os objetivos da norma de políticas públicas. Noutras palavras, o cumprimento dos deveres da administração de implementação, monitoramento e avaliação das políticas públicas, implica em não apenas otimizar a aplicação dos recursos públicos (eficiência), mas de alterar a realidade social atingida pelo problema público a ser resolvido com as medidas (programas, ações, projetos e atividades) integrantes da mesma política pública.

Portanto, uma política pública, analisada do ponto vista holístico, deve ser vista, interpretada e aplicada como uma norma complexa, que determina um também dever complexo de executar uma série de medidas, nela previstas, envidando o máximo de recursos disponíveis, a fim de garantir a fruição (concretização) dos direitos fundamentais objetivados nela – de modo similar ao que estatui o art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

---

<sup>488</sup> Acessível em <https://catalogo.ipea.gov.br/>. Consultar ALENCAR, Joana. NT - 50 - DIEST - Elementos Conceituais Para o Catálogo de Políticas Públicas. **Notas Técnicas**, [s.l.], Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 24 ago. 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/>.

<sup>489</sup> Ainda no âmbito federal, foi instituído, pelo Decreto nº 9.834/2019, o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (CMAP), com a finalidade de avaliar (análise *ex ante* e *ex post*) as políticas públicas selecionadas, financiadas por gastos diretos ou subsídios da União, e de monitorar a implementação das propostas de aprimoramento das políticas públicas. O CMAP é regido pelo Decreto n. 11.558, de 13/6/2023. O último relatório disponível na página do CMAP refere-se ao ano de 2021 e aborda políticas públicas selecionadas e o relatório anual de avaliação exigido pelo PPA. <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap> acesso em 4 jul. 2023.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de direitos é resultado do processo político, de uma decisão política; nas democracias, deve haver o debate público a fim de orientar a tomada de decisão pelo Órgão deliberante competente. De todo modo, conquanto seja necessário, não é suficiente o estabelecimento formal de direitos, senão que um conjunto de atividades organizadas e finalisticamente orientadas para dar a eles concretude. Nesse sentido, é que se tratou alegoricamente, diversas vezes neste trabalho, entre “pôr o direito no papel” e “tirar o direito do papel”.

Considera-se que o Direito se apresenta como forma e como conteúdo, consistindo num sistema de normas. Há, portanto, um procedimento, também juridicamente posto, de sua produção, que lhe dá legitimidade, forma e *status*; de acordo com a hierarquia e com o conteúdo que carreará para dentro do Ordenamento Jurídico. Quanto à forma, os chamados tipos de normas sobrepõem-se, como a Constituição, as leis, os decretos; as normas de competência e de estrutura, as normas de comportamento; as regras, os princípios e as normas-objetivo. Ainda quanto à forma, e considerando o ordenamento jurídico, podem-se destacar os chamados veículos introdutores de normas (emendas à Constituição, leis, decretos etc.), e as normas introduzidas no ordenamento, que se conhecem pelas proposições jurídicas (texto e contexto, e sua interpretação), além do relacionamento entre essas normas, nos planos sintático, semântico e pragmático, abrindo-se a questões como eficácia, eficiência e efetividade. Também se pode falar de como nascem e como se impõem, como as práticas do Estado, do Governo e da Administração Pública “estabelecem normas”, numa perspectiva institucionalista. Como conteúdo, num mirada dogmática, exatamente nas proposições jurídicas é que se encontram o que é um direito e um dever, de acordo com os modais deônticos obrigatório, permitido e proibido, ou seja, qual a conduta e o seu fim.

Conjugando forma e conteúdo, há os chamados direitos humanos e direitos fundamentais, geralmente com sede constitucional, que também encerram valores. Esses direitos humanos e fundamentais são a base de uma “ideologia”, no sentido de serem o referencial lógico e ético de todo o ordenamento jurídico, a fim de se saber, inclusive, se o valor Justiça ou a pretensão à correção (Alexy) se faz presente. No caso brasileiro, esses fundamentos dão corpo aos objetivos da República encartados no art. 3º da Constituição, que apontam, assim, o oriente para

onde deve caminhar a sociedade – do ponto de vista jurídico. Ou seja, toda ação estatal deve ser orientada para satisfazer esses objetivos e com ela ser compatível.

É nesse plano de normatividade revelado em normas constitucionais dita “programáticas” (ou “de sentido teleológico” ou “indicativas dos fins do Estado”) e de objetivos e princípios, que a Constituição também orienta a ação do Estado no sentido de melhorar as condições gerais de vida da população, seja criando direitos seja definindo deveres, seja elaborando e implementando políticas públicas. Assim, as Constituições dirigentes apontam, via normas programáticas (ou o nome que se lhes dê), diretrizes ou objetivos e deveres para o Poder Público e direitos subjetivos. Porém, se não tiverem eficácia imediata, elas devem ser concretizadas por outras normas jurídicas de hierarquia inferior. Não é, porém, apenas elaborando leis que se dará concretude no plano pragmático a essas disposições constitucionais, senão que desenvolvendo tarefas materiais; essas tarefas servem para “tirar do papel” os direitos nelas postos, e são deveres do Estado. Daí se tratar de concretização de normas e concretização de direitos como fenômenos distintos, sendo a primeira a permitir que a norma constitucional tenha eficácia plena, enquanto a segunda materializa o próprio direito subjetivo.

Essas tarefas consistem, então, em atos materiais necessários, ainda que não totalmente suficientes, para solucionar problemas sociais, isto é, alterar fatos ou circunstâncias da realidade que impactam negativamente a qualidade de vida das pessoas – assim consideradas de acordo com um padrão de bem-estar historicamente dado; ou seja, a partir de uma análise comparativa ente o real e o ideal. Dessa maneira, entendendo que o Estado deve prestar utilidades, via serviços e produtos, que diminuam essa distância entre “real e ideal”, as políticas públicas se apresentam mais do que como uma técnica ou “caixa de ferramentas”, de natureza instrumental, senão também como um “arsenal de categorias jurídicas” que definem a estrutura da resposta estatal de modo objetivo e duradouro.

Conforme o nome indica, as políticas públicas não deixam de ser uma decisão política, isto é, o exercício do poder político, mas de um tipo diferente de outras políticas (sem o adjetivo *públicas*). Defende-se que as políticas públicas são voltadas a concretização de direitos fundamentais, que, na Constituição brasileira, estão dispostos, com maior ênfase, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) compreendendo: direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), nacionalidade (capítulo III), direitos políticos (capítulo

IV) e partidos políticos (capítulo V); e no Título VIII (Da Ordem Social), abrangendo: seguridade social (capítulo II), inclusive saúde (seção II), previdência social (seção III) e assistência social (seção IV), educação, cultura e desporto (capítulo III), ciência, tecnologia e inovação (capítulo IV), comunicação social (capítulo V), meio ambiente (capítulo VI), família, criança, adolescente, jovem e idoso (capítulo VII) e índios (capítulo VIII). Já as outras *políticas*, visam a solucionar outros problemas não diretamente ligados a direitos fundamentais, tais como a gestão administrativa, a atividade econômica, a organização dos poderes, os serviços públicos *tout court* etc. dispersos noutros *loci* constitucionais.

De outro bordo, não se pode descurar de que os direitos têm custos, que são cobertos pelas receitas públicas – oriundas, sobretudo, da tributação. Assim, estabelece-se um *pacto*, nem sempre percebido por todos, na sociedade democrática, em que ela “financia” os direitos de todos, cabendo ao Governo a tarefa de acomodar os interesses diversos e as vezes antagônicos ou conflitantes, via norma jurídica posta pelo Parlamento eleito, e à Administração Pública promover os atos concretos para materialização desses direitos. Conforme a ideologia prevalecente, esse papel estatal será mais de condutor da sociedade ou de conduzido pela sociedade – debate não travado neste trabalho. Portanto, criar direitos significa, ao fim e ao cabo, comprometer receita pública e fixar para o Poder Público uma série de tarefas de garantia deles, sejam considerados direitos “positivos” ou “negativos”, isto é, promocionais ou de defesa, segundo vetusta classificação. Assim, o aspecto político do orçamento público é destacado, porque expressará a opção política quanto à satisfação dos direitos fundamentais, e porque nele deve conter os recursos públicos para cobrir as despesas inerentes à concretização deles, conforme as metas fixadas na mesma Lei Orçamentária ajustadas às metas das políticas públicas e vice-versa. Ou seja, políticas públicas e orçamento público se condicionam mutuamente, sob uma perspectiva de seriedade política, repudiando as “promessas inconsequentes”.

Embora parte da doutrina, inclusive jurídica, considere as políticas públicas como “tecnologia” ou metaforicamente uma “caixa de ferramentas”, capazes de materializar os produtos e serviços que o Poder Público tem de prestar aos cidadãos, elas também se revestem de outra forma e conteúdo: são norma jurídica. Com efeito, é muito comum as políticas públicas serem apresentadas apenas como um instrumento de que se utilizam os Governos para estabelecer programas de sua

atuação, mormente na área social, a fim de resolver problemas, e estabelecer os atos a serem praticados pela Administração Pública. Os próprios termos utilizados no glossário das políticas públicas não são aqueles comumente utilizados no âmbito jurídico; os termos problema, solução, meta, programa, objeto, objetivo, prazo, destinatários, impacto etc., têm um significado no âmbito das ciências sociais, da ciência política, das ciências da administração, da sociologia etc. – as vezes até mesmo no âmbito da Administração Pública – que não são comuns na experiência jurídica, acostumada a tratar de normas, direitos e deveres, a partir dos modais deônticos permitido, obrigatório ou permitido, na perspectiva binária lícito/ilícito; ou seja, esses termos se apresentam para o Direito como conceitos jurídicos indeterminados.

Contudo, defendemos que as políticas públicas, quando tratadas pelo Direito, são norma na forma e no conteúdo, porque, mesmo utilizando aquelas expressões e conceitos jurídicos indeterminados, quando tratadas em conjunto, dão o contorno do que o Poder Público deve fazer, ou seja, seus deveres; e de direitos para os destinatários dela. Deveres de implementar a política pública, cumprir as metas e atingir os objetivos consistentes na transformação da realidade, isto é, de solucionar o problema – mesmo se esse “problema” for permanente, como seja a necessidade de educar a população, que gera o direito à educação, materializado nas ações e serviços educacionais próprios à instrução e seus correlatos na vida escolar: alimentação, transporte, fardamento, materiais didáticos etc. Na linguagem jurídica, fala-se então em eficácia, eficiência e efetividade da norma, conforme os efeitos sejam produzidos (política implementada e executada do modo técnica e economicamente indicadas) e o impacto social percebido (realidade transformada).

Essa conclusão, para além da perspectiva dogmática acima posta, também pode ser obtida pela perspectiva institucionalista, isto é, as políticas públicas são normas postas pela Instituição das Instituições (Estado), decorrente de seu uso e modo de agir, que estabelece o que o Poder Público (em seu conjunto e por seus órgãos) deve fazer e como deve fazer – que se expressa nos arranjos jurídicos-institucionais, englobando tanto na dimensão objetiva quanto na dimensão subjetiva, incluindo aí os destinatários, terceiro setor, empresas e demais pessoas – além de mobilizar recursos públicos na elaboração e execução dos orçamentos. No mesmo sentido, as políticas públicas, enquanto norma que impõe limites ou restrições à

discricionariedade administrativa, orientam a ação administrativa no sentido de concretizar objetivamente os direitos fundamentais albergados na Constituição.

Nos casos em que as tarefas estatais devam ser executadas via programas, isto é, conjunto de ações articuladas organicamente, a elaboração, criação e implementação de políticas públicas é, provavelmente, o melhor modelo de normatividade a ser empregada, em linha com o princípio da “boa administração”.

Nesse sentido, a normatividade e positividade das políticas públicas é compatível com o tipo norma-objetivo, apresentado no Brasil por Eros Grau e largamente exposto neste trabalho. Esse tipo de norma aponta com mais objetividade o que deve ser alcançado, facultando à Administração Pública a definição dos meios a serem utilizados, ou seja, com ampla margem de discricionariedade, especialmente porque envolvidos conceitos jurídicos indeterminados. Mas a lei ou o decreto que cria a política pública também traz regras – eventualmente, princípios –, porque estabelecem requisitos, condições e atos, nos sentidos deônticos permitidos, proibidos ou obrigatórios. Ou seja, estabelecem norma de conduta mormente para a Administração Pública e para os destinatários da norma; e para os destinatários, direitos subjetivos. Para exemplificar, imagine-se uma política pública de vacinação contra certa doença, que estabeleça o dever de fornecimento ao público de determinada faixa etária ou condição de saúde, que deva ser aplicada somente em estabelecimentos públicos de saúde, vedada a comercialização no mercado privado. Ainda que esse exemplo se inclua na amplitude da proposição “a saúde é direito de todos e dever do estado” (CF, art. 196), carece-se, para se chegar ao ato material de aplicar a vacina, de outras normas e de uma série de atos materiais da Administração Pública para promover essa medida, inclusive e especialmente, manejar recursos públicos, realizar licitações, montar logística etc. Talvez se pudesse dizer que o comando geral da Constituição ao Poder Público fosse “Cuide da saúde das pessoas!” sem indicar o modo e os meios. Mas outra lei (Lei Federal n. 8.080/90) deu concretude a esse preceito, e indicou o modo de organização, no plano federativo, das tarefas de cada qual dos entes da federação, que foram complementadas por outras disposições normativas, inclusive a concepção, elaboração, aprovação e implementação de programa de vacinação. É apenas nesse momento em que se tem uma política pública de vacinação em concreto e em execução, cabendo aos gestores definir os tipos de vacina (conforme as tecnologias disponíveis), público-alvo (doentes,

moradores de dada região, faixa etária), período de aplicação (se permanente ou se houver surtos), a forma e o tipo de mobilização (local, regional, nacional) e de comunicação (campanhas educativas em mídias e plataformas), o custo orçamentário, a quantidade de recursos disponíveis, a modalidade de licitação etc. Nessa explanação se observa o arranjo jurídico-institucional dessa política pública, ou seja, a exteriorização dela. Essas definições dão concretude ao direito fundamental à saúde, que inclui a vacinação contra doenças; alguém que se enquadre nos requisitos definidos tem o direito subjetivo de exigir essa atuação do estatal para receber a vacina – inclusive demandar judicialmente.

Outra constatação que se fez, é que as políticas públicas são criadas por normas jurídicas, geralmente lei ou decreto, mas são implementadas por atos e fatos administrativos, e não se confundem com os serviços públicos – tal qual estes estão postos na Constituição – embora eles possam ser instrumentos de concretização de direitos fundamentais, ou seja, têm um papel secundário ou instrumental. Imaginemos o caso de transporte de estudantes, em que seja distribuído *voucher* para pagar passagens apenas em transporte público ou o direito a desconto no valor dessa passagem (“meia-entrada”). Nesse caso, o transporte público (serviço público) é um instrumento de uma política pública de educação, posto que visa o/a estudante, no intuito de ele/ela fazer o trajeto de ida e volta da escola, garantindo, assim, finalisticamente, a assiduidade e acesso à escola, ao direito à educação.

Nessa perspectiva de criação de deveres e de direitos pela política pública enquanto norma, sua sindicabilidade judicial fica mais esclarecida e compreendida, afastando as críticas genéricas e apriorísticas contra a “judicialização das políticas públicas”, vista como intervenção indevida, ativismo judicial ou mesmo de indevida “intromissão” do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas. Reclamar judicialmente, em pleitos individuais ou coletivos (inclusive via ação civil pública), a implementação de políticas públicas pode passar a ser visto como exigir a implementação da norma, sua aplicação ao caso concreto, isto é, que sejam implementados os atos e fatos administrativos capazes de concretizar os direitos fundamentais últimos protegidos e/ou promovidos pela política pública para seus destinatários. Por outro lado, a política pública enquanto norma reduzirá igualmente a margem de “discricionariedade” do Judiciário, uma vez que esteja objetivamente posto o dever da Administração Pública e o direito do destinatário. Retomando o exemplo da coleta de lixo domiciliar (item 3.2), sem a estruturação

normativa de uma política pública ambiental ou sanitária, somente a prática reiterada da administração pública em prestar determinada utilidade ou serviço pode não ser suficiente para identificar os contornos sustentáveis do dever ou do direito, relegando ao critério pessoal do juiz a tarefa de integrar (concretizar) a norma protetora de direito fundamental, arriscando-se a provocar desequilíbrio na atividade administrativa municipal e comprometer recursos públicos além do tecnicamente recomendável ou suportável, considerando as inúmeras tarefas da Administração Pública – sendo esse o cerne das críticas concretas quanto a atuação do Poder Judiciário. Ainda nesse escopo, uma vez que se tenha estrutural e objetivamente postos os objetivos e metas numa norma, ações civis públicas podem demandar em juízo seu cumprimento, isto é, a execução da política pública conforme elaborada e aprovada, observadas as condições de exequibilidade e a vinculação interna de recursos orçamentárias à sua implementação.

Como fica evidente, não basta a mobilização política para criação de políticas públicas se não houver recursos para implementá-las. Conquanto haja vinculação de receitas públicas a uma série de despesas, não obstante a expressa vedação constitucional quanto aos impostos – concorrendo para agravar o fenômeno do engessamento orçamentário, isto é, a excessiva vinculação de receitas a despesas restringindo a margem de discricionariedade alocativa do orçamento – a técnica de criação de fundos, por exemplo, não garante a plena execução orçamentária, posto que sujeitos às mesmas vicissitudes das demais receitas e despesas públicas: sazonalidade da arrecadação e contingenciamento dos recursos, por exemplo. O uso do modelo de fontes vinculadas (LRF, art. 8º), estabelecidas na elaboração do orçamento, e a exclusão de contingenciamento, via lei de diretrizes orçamentárias (LRF, art. 9º, §2º), talvez seja a melhor técnica, de modo a garantir a execução das despesas, o que significaria dizer, a execução da política pública e o atingimento das metas e objetivos propostos. Destarte ser necessário que haja plena responsabilidade e seriedade na formulação de novas despesas, especialmente se se tratar de despesas obrigatórias, isto é, aquelas que se projetam para além de dois exercícios financeiros, como é comum às políticas públicas, como bem expressa o art. 113 do ADCT. Não à toa, a Constituição estabeleceu o dever adicional de avaliar as políticas públicas, tanto do ponto de vista da Administração Pública (art. 37, §16), quanto da perspectiva da gestão orçamentária (art. 165, §16).

O estudo empreendido e as reflexões realizadas nos levaram a compreender as políticas públicas como um tipo específico de política, distinta das demais formas de mobilização do poder estatal, tendo por objeto os direitos fundamentais. Também não se confundem com os serviços públicos ou serviços governamentais, podendo estes ser instrumentos de implementação delas.

A norma que aprova a política pública é do tipo regra (em que pese ser norma geral e concreta), no sentido de mandar executar suas disposições, ou seja, de mandar executar a política pública (se aprovada a política pública, então ela deve ser implementada); ao passo que a política pública aprovada é uma norma que visa ao cumprimento de seu objetivo (norma-objetivo). Do ponto de vista da eficácia dos fatos jurídicos em torno da política pública, distinguem-se os atos de cumprir a norma que criou a política pública (mobilizar recursos e empregá-los, instituir órgãos etc.) e os atos para atingir os objetivos da política pública, cujos parâmetros de efetividade são predefinidos pelas metas.

São, portanto, as políticas públicas, mais do que uma técnica, tecnologia ou ferramenta; são uma norma complexa, que encerra objetivos, deveres e direitos, expressa sob a forma de normas-objetivo e regras (eventualmente princípios), promovendo uma vinculação interna de recursos orçamentários para sua execução, duração e sustentabilidade, com o conteúdo de ações positivas aptas a concretizar direitos fundamentais, cuja tarefa de implementação, ainda que concorram outros atores sociais (iniciativa privada ou terceiro setor), cabe precipuamente à Administração Pública.



## REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto; RIBEIRO, Leonardo. Regra de ouro e crise fiscal. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 71, n. 10, p. 22-24, 2017.
- ALENCAR, Joana. NT - 50 - DIEST - Elementos Conceituais Para o Catálogo de Políticas Públicas. **Notas Técnicas**, [s.l.], Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 24 ago. 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/> .
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Marcelo Quevedo do. Os serviços de interesse econômico geral (SIEG) no direito comunitário europeu. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2014.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, pág. 55-82, jan./jun. 2011. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 19 ed. Rev. e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro**. CTN comentado Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 14. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pág. 22 a 25.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira *et alli*. O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos

Estados. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 47 n. 186, pág. 153-169, abr./jun. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.251-265

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo 4 ed. 3 tir. Saraiva: São Paulo, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito financeiro**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASSI, Camillo de Moraes. **Texto para Discussão (TD) 2458: Fundos Especiais e Políticas Públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento**. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9088>, acesso em 10 mar. 2023.

BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier. Plano Real, consolidação da estabilidade, crise internacional e desequilíbrios (1994-1998). In: RIBEIRO, Fernando José da S. P. (Org.). **Economia brasileira no período 1987-2013**. Relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea. IPEA: Brasília, 2015. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

BELO, Werbeth Serejo. **Dicionário de conceitos e temas econômicos para jovens**. São Luís, 2018.

BERLIN, Isaiah. **Quatro conceitos sobre a liberdade**. Col. Pensamento Político. Editora UnB: Brasília, 1981.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade** n.32 p. 104 a 133 jan/jun 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Democracia substantiva*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. I; trad. Carmen C,

Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. 20 t. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre humanos. Brasília: Letraviva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. 8. T. Malheiros: São Paulo, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 5 out. 1988. a. CXXVI, n. 191-A, Seção 1, p. 1-32.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 7 jul. 1992. v. CXXX, n. 128, Seção 1, p. 8713-8716

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 7 jul. 1992. v. CXXX, n. 128, Seção 1, p. 8716-8720.

BRASIL. Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019. Institui o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 13 jun. 2019. v. 157, n. 113, Seção 1, p. 3.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 9 set. 1942. Seção 1, pág. 13635. Retificado em 8.10.1942 (pág. 15009) e em 17.6.1943, Página 9393.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 27 fev. 1967. Seção 1, p. 2348

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1 de março de 1994. Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2 mar. 1994. v. CXXXII, n. 41, Seção 1, p. 1-2.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos

previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 9 dez. 2021. v. CLIX, n. 231, Seção 1, p. 1-2.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 17, de 22 de novembro de 1997. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 25 nov. 1997. v. CXXXV, n. 228, Seção 1, p. 1-1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000. Acrescenta o art. 76 ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. **Diário Oficial da União**: Edição extra. 1. ed. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 22 mar. 2000. v. CXXXVIII, n. 56, Seção 1, p. 1-1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 31 dez. 2003. v. 140, n. 254, Seção 1, p. 1-3.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 21 dez. 2007. v. 144, n. 245, Seção 1, p. 1-1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 22 dez. 2011. v. 147, n. 245, Seção 1, p. 1-1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.. **Diário Oficial da União**: Edição extra. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 9 set. 2016. v. CLIII, n. 174, Seção 1, p. 1-1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 16 dez. 2016. v. 153, n. 241, Seção 1, p. 2-3

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 5 maio 2000. v. CXXXVIII, n. 86, Seção 1, p. 1-9.

BRASIL. Lei Federal nº 13.502, de 1 de novembro de 2017. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016; e revoga a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e a Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 3 nov. 2017. v. 144, n. 211, Seção 1, p. 1-9

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 23 mar. 1964. Seção 1, p. 2745. Retificado em 9.4.1964 e em 3.6.1964.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, Seção 1, p. 12451. Retificado em 31.10.1966. Denominado Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar n. 16, de 13/3/1967 (DOU 14/3/1967).

BRASIL. Lei Federal nº 5.727, de 4 de novembro de 1971. Dispõe sobre o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para o período de 1972 a 1974. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 8 nov. 1971. Seção 1, p. 8969.

BRASIL. Lei Federal nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974. Dispõe sobre o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para o período de 1975 a 1979. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 6 dez. 1974. Seção 1, p. 13869.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Suplemento. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 12 set. 1990. v. CXXVIII, n. 176, Seção 1, p. 1-8. Retificado em 10.1.2007.

BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1 fev. 1999. v. CXXXVII, n. 21, Seção 1, p. 1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP)*. 9ª ed. [s.l.], 2021. (publicação eletrônica) disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2021/26> Consulta em 20/11/2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DO ORÇAMENTO E GESTÃO. Portaria nº 42, de 14 de abril de 1999. Atualiza a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I do § 1º do art. 2º e § 2º do art. 8º, ambos da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, estabelece os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade, operações especiais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 15 abr. 1999. v. 137, n. 71, Seção 1, p. 92-93.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075, Adi 1075. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de junho de 1998. **Diário da Justiça da União**. Brasília: Imprensa Nacional, 24 nov. 20016. p. 59.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, considerando as discussões da audiência pública n. 4 promovida pela Corte em 2009, com o tema “judicialização da saúde”. Disponível em

<https://portal.stf.jus.br/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>, acesso em 20/11/22.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 685.230, Are 685230 Agr. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 5 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STF, 25 mar. 2013. v. 56, p. 29. Divulgado em 22/03/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004, pág. 12. **RTJ**, vol. 200, n. 1, pág. 191.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar no Mandado de Injunção nº 7300. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: Stf, 9 jan. 2023. Divulgado em 19/12/2022. Disponível em: <https://digital.stf.jus.br:443/publico/publicacao/115423>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 177137. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 24 de maio de 1995. **Diário da Justiça da União**. Brasília: Imprensa Nacional, 18 abr. 1997. v. LXII, n. 74, p. 13788.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 13 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. N. 276 Brasília: STF, 20 dez. 2020. n. 276, p. 78-79. Divulgado em 19/11/2020

BUARQUE, Chico. **Fado tropical**. Rio de Janeiro: Phonogram/Philips. LP (30:13).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 43, n. 90, p. 1–28, 2022. DOI: 10.5007/2177-7055.2022.e85500.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; "Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas", p. 313 -340. In: **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017

BURG, A. K.; NOGUEIRA AMORIM FILHO, N.; DAS NEVES GONÇALVES, E. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: Uma Análise a Partir dos Estudos Acadêmicos Realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da

Universidade Federal de Santa Catarina. **Direito Público**, [S. l.], v. 19, n. 103, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6394.

CÂMARA, Maurício Paz Saraiva. **Uma análise sobre algumas causas da rigidez orçamentária após a Constituição de 1988**. Instituto Serzedello Correa/Tribunal de Contas da União, 2008. Monografia (Especialização em Orçamento Público). ISC/TCU, 2008. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178058/MonografiaMauricioCamara.pdf>,

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 1, p.239-260, set/dic. 1988.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Análise de políticas públicas: da técnica às ideias. **Idéias – Rev. Inst. Filos. Ciênc. Hum. UNICAMP**, v.6, n.2, p.13-34, jul/dez. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc. v6i3.59730.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. A confluência do Direito com as políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo: aportes para o mapeamento crítico do estado da arte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 124, 1 jul. 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

CATAPANI, Márcio Ferro. A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 245-266.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1981.

CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1582).

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, v. 2, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pág. 39-48

CORREIA, Carlos Pinto. A teoria da Escolha Pública: sentidos, limites e implicações. **Boletim de Ciências Económicas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998.

COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. **TD 29/2017: Fundos Federais – abordagem transdisciplinar diante do Projeto da Lei de Finanças Públicas**. Brasília: Tesouro Nacional, 2017.

COSTAS-PÉREZ, E.; TUCAT, P. Nudges: diseño y evaluación. **Gestión y Análisis de Políticas Públicas**, [S. l.], n. 25, p. 8–22, 2021. DOI: 10.24965/gapp.i25.10868. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10868>. Acesso em: 23 mar. 2023.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). **A política pública como campo multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181–206.

DANTAS, Karlo Eric Galvão. **A Vinculação de Receitas Pós-Constituição Federal de 1988**: rigidez ou flexibilidade da política fiscal? O caso da Cide-Combustíveis. Monografia. Prêmio Tesouro Nacional. Tema IV Qualidade do Gasto Público. 2009. Disponível em [http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XIVPremio/qualidade/3qualidadeXIVPTN/Monografia\\_Tema4\\_Karlo\\_Eric.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XIVPremio/qualidade/3qualidadeXIVPTN/Monografia_Tema4_Karlo_Eric.pdf).

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba (PR), v. 41, p. 19-28, 31 dez. 2004. Universidade Federal do Paraná.

DIAS, Fernando Álvares Correia. PEC 187/2019 (PEC dos Fundos): os Fundos Federais afetados e algumas questões para discussão. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro 2020 (**Boletim Legislativo n. 86, de 2020**). Disponível em [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acesso em 10 mar. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Right Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978

ESTEVES, João Pissarra, Legitimação pelo procedimento e deslegitimação da opinião pública, in SANTOS, João Manuel (Org.) **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



FARIAS, Guilherme Carneiro Leão. Uma análise jurídica da recepção dos fundos federais anteriores à Constituição brasileira de 1988. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cdpp/article/view/9250>. Acesso em: 12 mar. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.31, p. 33 a 57, jul/dez 2007, pág. 35.

FIGUEROA, Alfonso García. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 3, pág. 197-227, 2003.

FISCHER, Octavio Campos; OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Algumas aproximações entre políticas públicas de saúde, orçamento e decisões judiciais. **Revista da AJURIS**. v. 42, n. 137, pág. 387-430, Março 2015.

FONTES, Mariana Levy Piza. Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2313, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202313>

FONTOURA, J. F. S. da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. Dissertação (Mestrado em Direito). 153 p. PPGD/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 11 fev. 2023, pág. 112.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL – ALEMANHA: THOMPSON FLORES, 2., 2011, Florianópolis. **Cadernos do CEJ n. 27**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, pág. 14-21 (tradução de Márcio Flávio Mafra Leal).

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2005, pág. 137.

GARCÍA ARTEAGOITIA, S. El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas. **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. 140-155, n. 3, p. 140–155, 2019.

GIACOMONI, James. **Orçamento governamental: teoria, sistema, processo**. São Paulo: Atlas, 2019.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed, ampliada, revista e atualizada. Sao Paulo: Atlas, 2010.

GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMIDE, Alexandre; MORAIS, Michelle; MELLO, Janine. Desmonte de políticas federais no Brasil. **Policy Brief - Em questão – Evidências para Políticas Públicas n. 21**, [s/l] DIEST/IPEA, dez. 2022. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11636>, acesso em 15 fev 2023.

GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão Barros. Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil. *In*: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito À Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 365-402

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 16ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 5ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª edição refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros Editores: São Paulo, 2013.

GUIMARÃES, André Sathler; BRAGA, Ricardo de João. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242910>, acesso em 10 dez. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 2009

HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 109, p. 321-348, jan./mar. 1991

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. *In*: **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Ailmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, (E-book), pág. 40s.

HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. 3 ed. Volume 2 de Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara: Ciudad de Mexico, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade dependem dos impostos. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

IANNELLO, Carlo. Beni pubblici versus beni comuni, in Forum dei Quaderni Costituzionali, 24 settembre 2013, p. 7.

IRELLI, Vincenzo Cerulli; DE LUCIA, Luca. Beni comuni e diritti collettivi. **Politica del Diritto**. a. XLV, n. 1, marzo 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 86.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso**: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. 5t. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 8, dez. 2004, p. 177-204.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, pág. 90.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **Consolidação de Normas Jurídicas**: encontro entre Direito, Ciência da Informação, Filosofia da Linguagem e Lógica, a convite do neoinstitucionalismo. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília – UnB Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação, 2019.

LUCIARDO, R. O.; REINALDO, I. A.; DOS SANTOS, I. C.; DA SILVA, L. B. Inovação na Administração Pública: O Programa de Modernização da Administração Financeira no Estado de Mato Grosso Quinze Anos Depois. **Revista de Estudos Sociais**, [S. l.], v. 16, n. 32, p. 23-44, 2014. DOI: 10.19093/res.v16i32.2116. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/2116>. Acesso em: 5 out. 2022.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

MACHADO NETO, Antonio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento**. 2010. Dissertação de mestrado (Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, 2010.

MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. **Regime Jurídico da Despesa Pública**: do direito da despesa ao direito à despesa. Universidade do Minho, Escola de Direito (Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal), 2011.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Economía**. 7 ed. Cidade de Mexico: Cengage, 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 29–59, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7527. Acesso em: 28 jan. 2023

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. (Fora de série). 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 174.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, v. 8, p. 131-142, 2004.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Introdução aos Direitos Plurifuncionais**. Os direitos, suas funções, e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as

políticas públicas. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016. ISBN 978-85-917635-4-2

MENEGUIN, Fernando Boarato, SILVA, Rafael Silveira e (Org.) **Avaliação de impacto legislativo**: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

MINTROM, Michael. Public Policies as Investments. SSA/ANZSOG **Occasional Paper n. 24**. Melbourne: Australia and New Zealand School of Government (ANZSOG), 2013.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Año 6, Núm. 18 pág. 107-138. Septiembre-Diciembre 1986.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 25, n. 100, pág. 127-162, out-dez/1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. (eletrônico)

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o estado administrativo: de omissivo a hiperativo. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 153–179, 2017. DOI: 10.21783/rei.v3i1.154. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 3, n.2, p. 9-30, 2010.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **RDPE – R. de Dir. Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 61-95, abr./jun. 2008.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares (Orgs.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 358-383.

NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e *performance budget*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011.

NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre princípio, regra e "norma-objetivo". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, nº 29, 2011, pág. 91-104.

NORTH, Douglass C. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993. (Primera edición electrónica, 2014).

OLIVEIRA, Régis Fernandes; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos disponível em <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**: cuadragésima novena edición (con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de mayo de 2019) [Basic documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019)]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2020. Disponível em [https://apps.who.int/gb/bd/pdf\\_files/BD\\_49th-sp.pdf#page=7](https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=7) Acesso em 20/10/2022.

PAIM, Patrícia. Os Passos do SUS: do Apogeu à Falência. A Judicialização da Saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana, Tolêdo (Org.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, pág. 86-91.

PEREIRA, Adriano José; MARIN, Solange. Lei da escassez e comportamento econômico: uma leitura institucional. **Revista Econômica**, vol. 18, n. 2, dez. 2016.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2 ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, pág. 138

PINTO, Flávia Sousa Dantas. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Políticas**: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2010.

PIRES, Manoel. Uma análise da regra de ouro no Brasil. **Revista de Economia Política**, vol. 39, nº 1 (154), pp. 39-50, janeiro-março/2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, Tomo II, p.269.

POSCHER, Ralf, "Teoria de um Fantasma – A Malsucedida busca da Teoria dos Princípios pelo seu Objeto", in CAMPOS, Ricardo (org.), **Crítica da Ponderação**,

**Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** – Ensaio traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 63-96.

RACHED, Danielle Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1. p.189-209, 2021.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do direito)

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. 3t. Saraiva: São Paulo, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECK, Janriê Rodrigues.; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 20, n. 79, 2020.

REIS, Heraldo da Costa. MACHADO JUNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 33.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p.542-566.

ROCHA, Sergio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: Leonardo BUISSA, Leonardo; RIEMANN, Simon; MARTINS, Rafael Lara. **Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro**. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018. pág. 293-318.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma: Laterza, 2012

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

RUBIN, Irene S. **The Politics of Public Budgeting**. Getting, Spending, Borrowing and Balancing, 6ª ed. Washington: CQ Press, 2010.

RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 1142–1167, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.443.

SALAMA, Bruno M.. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis Of Law Review**, [S.L.], v. 2, n. 2, p. 404-428, 30 dez. 2011. Universidade Católica de Brasília. <http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v2n2p404-428>.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Estrutura, funções e conteúdo das Constituições. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O problema da efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 181.

SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura *versus* garantia dos direitos sociais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Universalização dos fins e particularização dos meios: política social e significado normativo dos direitos fundamentais. **Revista Direito GV**. v. 5, n. 2, p. 359–376, dez. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322009000200005>.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas**. 3 ed. São Paulo: Cengage, 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia de Bolso: São Paulo, 2010.

SENADO FEDERAL. Agência Senado (ed.). **PEC da extinção de fundos públicos é prioridade para governo**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/20/pec-da-extincao-de-fundos-publicos-e-prioridade-para-governo>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 3t. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 101.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 6, jul-dez./2005, pág. 541-558.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.



SOARES, Marcos Antônio Striquer; BRENE, Tiago. Análise dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil à Luz dos Estudos de Isaiah Berlin. **Direito, Estado e Sociedade**, n.44, p. 145 a 168, jul/dez 2014.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 65-86. *In*: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: um guia (muito) resumido. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 1023–1034/1035, 2018.

TANGANELLI, Marina Bellegarde. **O direito financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, pág. 158.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THEODORO, Marcelo Antônio; SILVA, Laís Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. *In*: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira, RIBAS, Lídia Maria, PINTO, Helena Elias (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 13-19, set./dez. 2014

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18 edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume V: o orçamento na Constituição. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNIÃO EUROPÉIA. “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo”. Carta de Nice. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_pt.htm](https://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm), acesso em 26/11/2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Delegificação, Legitimidade e Segurança Jurídica: a Hermenêutica Constitucional como Alternativa de Harmonização. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 147-168, out./dez. 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração: democratizando a função administrativa**. 2010. 254f. Tese (Pós-Doutorado) –

Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas.

VENTIMIGLIA, Caterina. Diritti sociali, istituzioni, risorse e la sfida dell'effettività. **Ragion pratica**, v. 2019, n. 1/2019, p. 107–130, 1 jun. 2019.

VILELLA, Caio; VAZ, Camila. **Texto para Discussão 039/2021 Regras fiscais no Brasil: prática e teoria**. Rio de Janeiro, Instituto de Economia/UFRJ, 2021, disponível em [https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2021/TD\\_IE\\_039\\_2021\\_VILELLA\\_VAZ.pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2021/TD_IE_039_2021_VILELLA_VAZ.pdf), acesso em 10 mar 2023.

VITALI, Karoline Tavares. **Políticas públicas: análise crítica de aspectos jurídicos**. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. (tese de mestrado).