

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**DANIELA TUPINAMBÁ FERNANDES**

**O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Curitiba  
2010

**DANIELA TUPINAMBÁ FERNANDES**

**O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rodrigo Luís Kanayama

Curitiba  
2010

A Deus, pela força e tranqüilidade.

À minha mãe, pela dedicação.

Ao meu pai pelo exemplo de vida.

À minha irmã pelo auxílio, paciência e amor.

A Matheus pela compreensão e carinho.

Aos amigos, Edna, Jiuliano e

Silvia pelo companheirismo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Rodrigo Luís Kanayama (professor orientador) pelo auxílio e orientação que foram de essencial importância para a realização da monografia.

Agradeço ao Professor Egon Bockmann Moreira pelo auxílio e pelo incentivo.

Agradeço à Jane, à Márcia, à Nazidir e ao seu Ari, pela eficiência e pela urbanidade com que sempre me trataram.

Agradeço a Universidade Federal do Paraná pela oportunidade concedida de poder graduar-me em Direito.

Agradeço aos professores por compartilharem seu conhecimento e colaborarem para que a conclusão desta longa caminhada se tornasse realidade.

Enfim agradeço a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a realização e conclusão deste trabalho.

*“Faze-me, Senhor, conhecer os teus caminhos,  
ensina-me, pois tu és o Deus da minha  
salvação, em quem eu espero todo dia.”*

Salmo 25: 4-5.

## RESUMO

O Estado Democrático de Direito tem por base a justiça social e a dignidade da pessoa humana, numa sociedade livre justa e solidária em que o poder é do povo e para o povo. Neste cenário, com a promulgação da Constituição de 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte, as políticas públicas surgem com a finalidade de realizar e traduzir os direitos fundamentais, em especial os sociais assegurados pela Lei Maior. Para que isso ocorra é preciso que o administrador público, no cumprimento de suas atividades tenha como parâmetro o ótimo quando da elaboração do orçamento. O orçamento por sua vez, independentemente da sua natureza, traz algumas despesas vinculadas, como os gastos em saúde; e despesas previamente decididas, como os programas e as políticas públicas. É quanto às políticas públicas que deve incidir, principalmente, as mais diversas espécies de controle para que o fim público seja atingido. Dentre as diversas espécies de controle, é preciso destacar o controle externo e as suas subespécies, das quais o controle exercido pelo Legislativo, o controle do Legislativo com auxílio do TCU, o controle do Ministério Público, o controle do Judiciário e em especial o controle Popular. Este último merecendo maior destaque uma vez que se vive num contexto de escassez de recursos bem como de opções divergentes quanto à alocação de recursos.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Orçamento. Controle. Direitos Fundamentais. Políticas públicas.

## **ABSTRACT**

The Democratic State is based on social justice and human dignity in a free, just and solidary society where the power is of the people and for the people. In this scenario, with the promulgation of the 1988 Constitution, by the National Constitutional Assembly, public policies had to arise in order to implement and translate the fundamental rights, especially social ones provided by the new Constitution. For that to happen the public administrators in carrying out their activities, must have the optimal as their parameter when preparing the budget. The budget, regardless of its nature, brings some attached costs, such as the spending on health and other previously decided costs, such as the programs and policies. As for the public policy, it should focus mainly on the different forms of control so that the public purpose is achieved. Among the various forms of control, it is necessary to highlight the external control and its subforms: the control exercised by the Legislative, the control of the Legislative with the help of TCU, the control of prosecutors, the control of the Judiciary and in particular the Popular control. The latter deserves greater prominence since we live in a context of scarce resources as well as diverging options regarding the allocation of resources.

**Keywords:** Democratic State of Law. Budget. Control. Fundamental Rights. Public policies.

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	12
2.1 - SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	15
2.2 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO .....	19
2.3 - CUSTOS DOS DIREITOS .....	23
<b>3 - ORÇAMENTO</b> .....	26
3.1 - NATUREZA DO ORÇAMENTO .....	28
<b>4 - O CONTROLE EM BUSCA DA EFICIÊNCIA E DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	34
4.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS .....	40
4.2 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....	44
4.3 - O CONTROLE DO LEGISLATIVO .....	46
4.3.1 - O Controle do Legislativo através do Tribunal de Contas da União .....	49
4.4 - O CONTROLE DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	54
4.5 - O CONTROLE DO JUDICIÁRIO .....	56
4.5.1 - A Legitimidade do Poder Judiciário Exercer Controle de Políticas Públicas .....	62
4.5.2 - Mecanismos de Controle do Judiciário .....	67
4.6 - O CONTROLE POPULAR .....	71
<b>5 - CONCLUSÃO</b> .....	75
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	78



## 1 - INTRODUÇÃO

A realidade que se mostra no mundo jurídico como um todo é a escassa preocupação, demonstrada, inclusive, pela rara produção bibliográfica, com o tema dos gastos públicos e suas condicionantes jurídicas, em contrapartida ao trabalho exaustivo sobre a questão tributária. Não que haja algum mal em procurar mecanismos para conter a voracidade arrecadadora do Estado, mas deve haver dispêndio de tempo equivalente com o fim que os recursos tomarão.<sup>1</sup>

Nesse sentido, é papel do Direito assegurar, dentre outros, que todos os processos decisórios, dentro do espaço público, sejam realizados de forma democrática. Dessa forma, o Orçamento, ao “definir as formas de obtenção de receita, seu montante e os destinatários da carga tributária, bem como as prioridades de alocação do dinheiro público” deve fazer jus às escolhas políticas fundamentais da Constituição.<sup>2</sup>

Outro papel do Direito é submeter ao controle efetivo, não somente jurídico, mas, também, político-social, essas escolhas orçamentárias, para garantir que elas não sejam arbitrárias ou aleatórias.<sup>3</sup> Para tanto, esta monografia tem por finalidade abordar o tema do Orçamento Público e os tipos de controle externo exercidos sobre sua execução, com foco especial sobre a concretização das políticas públicas.

Neste desiderato, estudar-se-á o orçamento como sendo, hoje, um dos modos pelos quais o Estado atua sobre a economia.<sup>4</sup> Assim como este deixa de ser mero espectador para interferir direto em toda a vida da nação assim também o Orçamento deixa de ser mero documento de caráter administrativo e contábil para protagonizar o papel de ator fundamental sobre as atividades gerais da comunidade.<sup>5</sup>

Passado o momento quando Orçamento não significava compromisso com a comunidade, com o objetivo de apenas cumprir as diretivas legais, hoje ela já não aceita governantes irresponsáveis. É intolerável a idéia de previsões que frustram a esperança da sociedade.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *NeoConstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, n. 240, p. 93.

<sup>2</sup> MENDONÇA, Eduardo. *Alguns Pressupostos para um Orçamento Público Conforme a Constituição*, nº. 7, p. 290.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*, p. 314

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 321.

É a partir dessa perspectiva que se inicia a análise da relação que se dá entre Orçamento Público e Políticas Públicas.

De acordo com Ana Paula Barcellos, o Orçamento é uma escolha feita a cada ano pelo Poder Público. O modo como essas escolhas procederão é fator determinante na verificação do alcance dos fins Constitucionais que poderão ser completamente atingidos, parcialmente ou, infelizmente, nem sequer tangenciados,<sup>7</sup> dentre outros motivos por causa da corrupção, manifestação maligna que nega a moralidade administrativa.<sup>8</sup>

Para controlar<sup>9</sup> tais escolhas, mas principalmente se aquelas constantes da lei orçamentária estão sendo efetivadas, tem-se o controle externo e o interno. O controle a ser analisado é o externo caracterizado como aquele praticado pelos órgãos que não procedem à execução do Orçamento: Poder Legislativo, deste com auxílio do Tribunal de contas da União, Poder Judiciário, Ministério Público,<sup>10</sup> além do controle popular.

Segundo José Afonso da Silva, no Estado Democrático de Direito, “estado de justiça material”, a verdadeira sociedade democrática é aquela que incorpora todos os cidadãos nos mecanismos de controle das decisões.<sup>11</sup> O controle político social configura-se como um direito de participar da vida pública. Cabe ao cidadão efetivá-lo, na medida em que as normas consagradoras de direitos fundamentais “não garantem dados reais, mas protegem esses dados reais”, viabilizando, por sua própria natureza, o controle de sua efetivação.<sup>12</sup>

Posto isto acerca dos parâmetros a serem levados em conta na ocasião do controle, parte-se para uma outra questão importante acerca do controle popular, “a converter-se em um escudo em defesa do uso do dinheiro (ilimitado) na política”.<sup>13</sup> Para Gargarella:

o cidadão democrático é aquele que participa ativamente na fixação da agenda e no estabelecimento dos termos de debate das questões acerca das quais os eleitores são chamados a decidir.

Ou seja, a condição de cidadão só é dada àquele que tem oportunidade de participar das decisões e escolhas públicas. Porém, o que se tem percebido, ao contrário disso, é que a vocação dos políticos em: “decidir em secreto, inesperadamente e pelas costas da sociedade.”<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> BARCELLOS, A. P. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>8</sup> HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*, v. 1, p. 121.

<sup>9</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A palavra “controle” abrange uma área de incidência maior do que a da palavra “fiscalização”, já que esta se refere àquela parte final que se inicia com a Elaboração do Orçamento pelo Legislativo. Controle, além de conter a fiscalização, engloba fases anteriores de exame e aprovação do Orçamento. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, p. 460.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 470.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26º ed., p. 118.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6º ed., p. 632.

<sup>13</sup> GARGARELLA, Roberto. *Constitución 2020*.

Além disso, de acordo com Thiago Lima Breus, em um Estado Constitucional deve haver outras ferramentas adequadas a servir de instrumentos de controle além dos mecanismos de controle difuso e social da atuação por meio de políticas públicas do Estado.<sup>15</sup>

Nesse sentido há a previsão constitucional, em seu artigo 70, que assim prescreve:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Isto é, além do controle interno, exercido por cada Poder sobre suas próprias contas, há o controle externo exercido pelos poderes uns sobre os outros, bem como por órgãos que não pertencem à estrutura de nenhum deles.

Como espécie de controle externo, salienta-se o controle exercido pelo Legislativo, constante do artigo 70 ao 75 da Constituição Federal, que se caracteriza por sua natureza política ao controlar a administração financeira e orçamentária.<sup>16</sup> Este controle está sujeito a prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente.<sup>17</sup> Levando-se em conta que o TCU é o auxiliar do Congresso Nacional, na execução desse controle, ressalta-se a crescente participação popular sobre as instituições do Estado, veiculada, por exemplo, pelo artigo 74, § 2º. Este dispositivo prevê a possibilidade de qualquer cidadão denunciar irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Além deste, há também o controle exercido pelo Ministério Público, em especial por meio da Ação Civil Pública, na sua função de “garantidor do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.<sup>18</sup>

Por fim, ainda há que se falar no controle exercido pelo Poder Judiciário. Este encontra diversos argumentos contrários, como se verá, dentre os quais: (1) o de que o orçamento seria um ato discricionário; (2) o de que o Poder Judiciário não teria legitimidade para interferir em questões políticas e (3) esta espécie de controle feriria o princípio da separação dos poderes.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> GARGARELLA, R. *Convocatoria al diálogo*.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Cf. SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 752-753.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 602.

<sup>19</sup> FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 51-53.

Dessa forma, para que o desperdício dos recursos públicos seja superado, juntamente com a concretização das Políticas Públicas, essenciais ao favorecimento dos direitos fundamentais, é que se impõe a importância do estudo do controle da execução orçamentária, nas suas formas previstas na Constituição. É, portanto, nesse desiderato que esse trabalho será desenvolvido; não no sentido de propor o desaparecimento de um espaço de deliberação política discricionária, essencial à democracia, mas justamente por ser o Estado democrático, a Constituição não invade este espaço, mas garante alguns condicionantes jurídico-constitucionais.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> BARCELLOS, A. P. *Op. cit.*, p. 92.

## 2 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A adoção do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º da Constituição Federal surge, então, como uma resposta à figura do Estado Liberal, como também a do Estado Social que nem sempre se mostrou democrático o suficiente.<sup>21</sup>

O Estado de Liberal<sup>22</sup> (estritamente relacionado com a concretização do Estado de Direito),<sup>23</sup> conceito tipicamente liberal, embasava-se na lei como conceito supremo, emanada do legislativo, composto exclusivamente pelo povo. E não só, mas também a divisão dos poderes, de forma autônoma e independente, de modo a assegurar independência e imparcialidade, principalmente em relação aos particulares influentes; e ainda a previsão e garantia dos direitos individuais.<sup>24</sup>

A posição social dos cidadãos era determinada pela posição que ocupavam no mercado. Aqueles, no entanto, que não se inseriam no mercado “eram excluídos tanto da produção quanto do uso dos bens e serviços indispensáveis à própria sobrevivência”. Com o tempo, diante das crises, em especial a de 1929, e a proveniente da Segunda Guerra Mundial, foi se percebendo que mesmo o mercado precisava do Estado, a mão visível, e não mais a invisível, teorizada por Adam Smith, se torna o “principal agente de mediação e de influência dentre os atores da sociedade civil”.<sup>25</sup>

Além disso, como ficou claro ao longo dos anos, a estruturação do Estado Liberal depende da concepção que se tem de Direito, assim como das diversas espécies de Direito, o que gera diversas deformações. Aqui reside, inclusive, a concepção de Kelsen, que confundia Estado com ordem jurídica. O Direito acaba se confundindo com a lei no seu sentido exclusivamente formal, positivado, destituído de qualquer conteúdo, ou “compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica”, de acordo com essa visão qualquer Estado pode ser de Direito.<sup>26</sup>

Quando a tão apregoada liberdade burguesa já não fazia mais sentido e quando ela se tornou, para grande parte da população, na “liberdade de morrer de fome”,<sup>27</sup> veio à tona a insuficiência do Estado de Direito e suas liberdades burguesas. Restou demonstrada a necessidade de um Direito, não mais neutro e imparcial, mas possuidor de materialidade e

---

<sup>21</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>22</sup> Figura diversa do Estado Democrático de Direito que existe hoje.

<sup>23</sup> Cf. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública*, p. 58.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>25</sup> Cf. SCHIER, A. da C. R. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>26</sup> Cf. SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>27</sup> Cf. SCHIER, A. da C. R. *Op. cit.*, p. 63.

assegurador de justiça social. Ocorre, nessa direção, a transmutação do Estado de Liberal em Estado Social de Direito,<sup>28</sup> com a finalidade de superar o individualismo liberal e de consagrar os direitos sociais e a justiça social, o que se pode perceber quando as Constituições ocidentais trazem capítulo referente aos direitos econômicos e sociais.<sup>29</sup>

Todavia, como ressalta José Afonso da Silva, esse tipo de Estado é ambíguo, porque a palavra social é sujeita a diversas interpretações. As múltiplas ideologias têm a sua concepção do “social”, assim Estado Social pode ser fascista, democrático ou nacional-socialista. Na visão do autor, ainda, esse tipo de Estado, na verdade, estaria encobrendo uma espécie de ditadura do grande capital, personificada nos seus “grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos”, com a determinação de impedir qualquer tendência ao socialismo, através de métodos monopolistas, ditatoriais e totalitários.<sup>30</sup>

Estado Democrático, por sua vez, caracteriza-se pela participação popular. Todavia, essa não se completa, tão somente, com a constituição de instituições representativas, apesar de esta ser uma conquista, mas também se soma à peculiaridade desse Estado de que, em contraposição ao Estado Liberal, há liberdade para todos e todos podem participar igualmente da formação da vontade estatal.<sup>31</sup>

No tocante às leis, o Estado de Direito, liberal, as entendia como normas jurídicas gerais e abstratas, o que servia basicamente para barrar a participação popular e manter o sistema proprietário, de modo a resguardar os latifundiários, capitalistas, militares e burgueses, de qualquer ingerência que lhes fosse contrária. Ou seja, a igualdade, nessas circunstâncias, era meramente formal e abstrata, destituída de materialidade na vida concreta. Na época prezava-se muito mais por uma atuação omissiva do que comissiva e construtiva do Estado, “os poderes públicos não foram conformados ao caráter prestacional e de gestão assumido pela administração contemporânea”.<sup>32</sup>

O Estado Social de Direito se propôs, justamente, a modificar essa condição, entretanto foi incapaz de corrigi-la. Então, é quando começa a ser forjado o Estado Democrático de Direito com a proposta democrática de “efetiva incorporação de todo o povo

---

<sup>28</sup> De acordo com Adriana da Costa Ricardo Schier, este surgiu para possibilitar a continuidade do capitalismo, que admitiu alguns dos direitos sociais, porque viu nas novas políticas a única alternativa para manter-se enquanto sistema econômico hegemônico. *Op. cit.*, p. 63-64

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>30</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 115-116.

<sup>31</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>32</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*, p. 213.

nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção”.<sup>33</sup>

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, albergado no artigo 1º da Carta Magna, não é resultado apenas da soma do Estado de Direito ao Estado Social de Direito, mas, apesar de contar com alguns elementos componentes herdados de ambos, os sobrepuja. A característica “democrática” se irradia por todos os elementos do Estado, bem como pela ordem jurídica como um todo. Esse “Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”, tem como finalidade concretizar o interesse coletivo na busca pela superação do monismo e do individualismo capitalistas.<sup>34</sup>

Com essa intenção o Estado cria uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação, perante a sociedade civil e em prol dela, possa sair a contento, quais sejam: as políticas públicas.<sup>35</sup>

Mas como fazer com que as políticas públicas sejam concretizadas e como assegurar a atuação real do Estado para esse fim, é tema que possui íntima relação com a análise do controle da atividade de efetivação das mesmas.

E isso só se pode pensar no âmbito de um Estado Democrático de Direito, onde pode haver “intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório”.<sup>36</sup>

Como trabalhado acima, no Estado Liberal o controle da atividade administrativa se restringia a iniciativa do cidadão na esfera do contencioso, ou por meio da manifestação através do voto e pela teoria da formação da vontade geral, já que os “cidadãos” não iriam legislar contra si mesmos.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>34</sup> Cf. SILVA, J. A. “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”. *Op. cit.*, p. 119-120

<sup>35</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>36</sup> Cf. SCHIER, T. L. *Op. cit.* p. 58.

<sup>37</sup> *Idem.*

## 2.1 - SEPARAÇÃO DOS PODERES

No que tange às políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, e os tipos de controle que se exercem para sua efetivação, o tema relativo ao princípio da separação dos poderes se mostra relevante no que toca a falta de legitimidade democrática e a impossibilidade, apregoadas por alguns, de o Poder Judiciário tratar de questões políticas, ou mesmo controlar de qualquer forma que seja a atividade do Poder Executivo. Isso configuraria a quebra deste princípio, assim como afronta à Constituição (artigo 2º, CF).<sup>38</sup> Nesse ponto, então, se mostra interessante uma observação do próprio Montesquieu, no Livro Décimo Primeiro de O Espírito das Leis:<sup>39</sup>

a liberdade política só se encontra nos governos moderados. Ela (...) só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

O Princípio da separação dos Poderes é exarado no artigo 2º da Constituição Brasileira e diz que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo o Executivo e o Judiciário, expressões essas que designam a um só tempo as funções (legislativa, executiva e jurisdicional) e os respectivos órgãos.<sup>40</sup> O que deve ser destacado, a esta altura é que, de acordo com Sepúlveda Pertence:<sup>41</sup>

o princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

Para que se chegue à definição do modelo Brasileiro de separação de Poderes, é preciso, no entanto, fazer uma breve digressão sobre o tema como um todo.

<sup>38</sup>COELHO, Tiago Lopes. A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre a auto-contenção judicial e a necessária consideração da macro-justiça. In: Élide Graziane Pinto (Org.); Gustavo Alexandre Magalhães (Org.). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*, p. 54.

<sup>39</sup>COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e controle Judiciário no Brasil*, p. 29-30.

<sup>40</sup>Cf. SILVA, J. A. *Op. cit.*, p.106-107.

<sup>41</sup> Conforme ADI 183/MT, DJ 31.10.1997 *apud* FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 37.



Partindo-se do princípio da separação dos poderes, é preciso tecer algumas poucas palavras sobre o próprio instituto do poder em si. É preciso que se diga que o Estado é detentor do chamado poder político ou poder estatal. Superior a todos os demais e exercido com a finalidade de garantir o bem comum. Esse poder tem como notas identificadoras a unidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade,<sup>42</sup> de acordo com José Afonso da Silva, mas que, todavia, se constitui e pode se desdobrar em três funções fundamentais. Alguns autores até se posicionam definitivamente contra a nomenclatura separação de poderes, uma vez que o poder estatal é uno, havendo, tão somente, separação de funções para viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.<sup>43</sup>

A função legislativa é responsável pela edição de leis, que são gerais, abstratas, impessoais e inovam a ordem jurídica. A executiva resolve problemas concretos, “se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público”.<sup>44</sup> Por sua vez, a função jurisdicional resolve os conflitos de interesse caso a caso.<sup>45</sup>

Entretanto, é necessário diferenciar-se distinção de funções de separação de poderes. A primeira é na verdade particularização de tarefas, que podem, ou não, está concentradas num mesmo órgão. Já a divisão de poderes consiste em atribuir a órgãos diferentes funções governamentais diversas para evitar-se a concentração de poderes. Assim, função legislativa para o órgão ou poder Legislativo, a função executiva para o órgão ou poder Executivo e a função jurisdicional para o órgão ou poder Judiciário.<sup>46</sup>

Considerada como princípio, a separação de poderes chegou ao patamar de dogma constitucional, com a Revolução Francesa, uma vez o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirmar não ter Constituição o Estado que não assegure a separação dos poderes. Contudo, hoje esse princípio não tem mais a mesma rigidez, porque o aumento no número e na variedade de atividades do Estado criou uma nova forma de interação entre os poderes.<sup>47</sup>

Percebe-se que esse princípio fundamenta-se basicamente sobre dois elementos, quais sejam, a) a especialização funcional e b) a independência orgânica, que nada mais é senão ausência de mecanismos de subordinação entre eles.<sup>48</sup> Dessa forma, cabe dizer que a

---

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>45</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 109.

Independência de que trata o artigo 2º da Constituição Federal denota: 1) a vontade de um órgão não influencia a composição do outro; 2) na execução das respectivas atribuições os órgãos não precisam consultar os outros; 3) atendidas as prescrições constitucionais e legais, cada um deles pode organizar livremente suas funções. Com relação à especialização funcional, ela se materializa na função precípua de cada Poder, desde que haja harmonia, também presente no mesmo artigo, que, por sua vez, significa que os trabalhos dos três poderes só serão bem desempenhados quando houver ajuda mútua e controle entre eles, não de forma a desnaturar a função precípua de cada um, mas para evitar arbitrariedades e deformações, o que ocorre sempre que um se sobrepõe ao outro.<sup>49</sup>

A verdade é que “as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez maior similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais”.<sup>50</sup>

Nesta perspectiva, diante do fato de que a concretização dos direitos sociais demanda escolhas políticas, inseridas num contexto de escassez de recursos, essa função caberia, tão somente, ao Executivo e ao Legislativo. Os componentes destes poderes, por terem sido escolhidos pela maioria para representá-la, mediante o voto, têm legitimidade. Enquanto, ao judiciário faltaria legitimação democrática.<sup>51</sup>

Clèmerson Merlin Clève diz a respeito que o juiz substituir-se-ia ao administrador ao ordenar o cumprimento de direitos prestacionais. Isso feriria o princípio democrático, “segundo o qual a maioria governa”. Mas, este autor acentua: o Judiciário, ao exercer a função de “delegado do Poder Constituinte”, está a proteger a maioria permanente e não a maioria eventual, conjuntural e temporária, ao zelar pela observância dos direitos fundamentais, porque nem sempre maioria significa democracia.<sup>52</sup>

De acordo com Tiago Lopes Coelho, o argumento da falta de legitimidade por parte do Judiciário até tem certa pertinência no que se refere ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático. Mas, também:

impossibilitar o controle judicial sobre políticas públicas é aceitar ofensas a direitos fundamentais que não poderiam ser reprimidas pelo Poder Judiciário, contrariando, assim, o que dispõem os artigos 5º XXXV da Constituição Federal e 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>50</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 244.

<sup>51</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 54-55.

<sup>52</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>53</sup> *Idem.*

Ou seja, de acordo com esses dispositivos a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, isso porque no Estado Democrático de Direito há características diversas da concepção liberal de proteção da burguesia em face da concentração do poder estatal.<sup>54</sup>

Neste atual modelo de Estado, a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas sua finalidade primordial é a proteção dos direitos fundamentais,<sup>55</sup> em todas suas dimensões tendo em vista sua indivisibilidade.<sup>56</sup>

Diante dessa nova perspectiva, a separação dos poderes já não é mais a única responsável pela efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito, quando se faz necessário redimensionar a função judicial.<sup>57</sup>

Como trabalhado no ponto anterior, no Estado Liberal o Poder Judiciário tinha sua atividade restrita à esfera das relações privadas, porque o espaço público deveria ser ocupado exclusivamente por aqueles que tivessem legitimação mediante votação. Mas na atual conjuntura é salutar que esta posição seja redimensionada,<sup>58</sup> em especial no que se refere ao controle dos gastos públicos e da efetivação das políticas públicas, tendo em vista a ineficácia do Poder Legislativo e do Poder Executivo no Brasil.<sup>59</sup>

Não se quer com isso pregar a supremacia de qualquer de um dos Poderes sobre os demais, se quer sim dizer que o Judiciário “não é mero carimbador de decisões políticas das demais funções”. Assim também não se deve dar credibilidade ao argumento de que haveria colisão de funções, já que contra isso há mecanismos inibidores como o controle de constitucionalidade.<sup>60</sup>

Além disso, outro argumento contrário ao controle exercido pelo Judiciário seria o da completude do sistema jurídico por intermédio da atividade legislativa na elaboração das leis,

---

<sup>54</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>56</sup> Aqui também segundo a observação de George Marmelstein *apud* COELHO, T. L. “É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarmos direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político”. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>59</sup> KRELL, Andreas, 2000 *apud* FREIRE JR., A. B., *Op. cit.* p. 40-41.

<sup>60</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 42.

mas este já caiu por terra, porque a nova “Constituição principiológica<sup>61</sup> requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes”.<sup>62</sup>

Diante desta nova hermenêutica, Ney de Barros Bello Filho<sup>63</sup> diz que:

a Constituição compõe-se de texto e realidade. Há um binômio do qual não pode fugir o intérprete. O espaço constitucional compõe-se de dois planos: o texto e a realidade. Isso implica dizer que a concepção que isola o fenômeno constitucional em apenas um dos capôs – texto ou realidade – são visões redutoras de um espaço complexo.

A conciliação destes dois planos só se dará quando o Poder Judiciário deixar de ser pensado sob o dogma da legalidade do Estado Liberal e passar a ser visto sob o princípio da constitucionalidade dos atos, omissivos ou comissivos, impedindo a violação constitucional.<sup>64</sup>

Isto é, não podemos pensar o princípio da separação dos poderes sob a perspectiva de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, deve-se adequá-lo a realidade atual. Para tanto, é preciso que nesta nova concepção o Judiciário seja visto como Poder atuante na preservação da supremacia da Constituição.<sup>65</sup>

## 2.2 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO

Como a finalidade principal do Estado Democrático de Direito é a proteção dos Direitos Fundamentais é mister conceituá-los, e situá-los nesse novo panorama envolvendo sua eficácia e atuação judicial. Todavia, esta não é uma tarefa fácil, uma vez que eles se mostram de formas variadas ao longo dos anos e, também, porque se costuma utilizar expressões<sup>66</sup> diversas para caracterizá-los, como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Principiológica porque o ordenamento jurídico vigente é composto por regras e princípios. Com isso se pode ter, ao mesmo tempo, segurança e previsibilidade, mas também plasticidade, respectivamente.

<sup>62</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 45-46.

<sup>66</sup> Apesar de não serem expressões sinônimas.

<sup>67</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 175.

Direitos naturais servem para designar aqueles direitos prévios ao ordenamento jurídico, inatos ao homem pelo simples fato de ser homem. Porque é um termo diretamente ligado ao jusnaturalismo, está em desuso.<sup>68</sup>

Por sua vez, os direitos humanos, expressão muito utilizada nos documentos internacionais,<sup>69</sup> serve para “identificar um sistema de direito positivo”, mas também para estabelecer uma pretensão moral de garantir a todos uma existência digna.<sup>70</sup> Apesar da crescente evolução no sentido do surgimento de direitos aos animais, esse termo serve para designar os direitos da pessoa humana, daí a crítica no sentido de que não haveria direitos que não fossem humanos.<sup>71</sup>

Direitos individuais remontam ao individualismo do século XVIII. Hoje, todavia, a expressão serve para designar um conjunto de direitos assegurados constitucionalmente, caracterizados também como direitos civis, referentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.<sup>72</sup>

Já os direitos públicos subjetivos, típicos do Estado liberal, qualificam os direitos como limites à atuação do Estado.<sup>73</sup> Porque presos à concepção individualista do homem, esse tipo de direito é prescritível e não pode ser exercido a qualquer momento a depender da vontade do seu titular, fatos que não são congruentes com a idéia de direitos fundamentais.<sup>74</sup>

Liberdades fundamentais e liberdades públicas são conceitos muito pobres e não designam direitos fundamentais a contento.<sup>75</sup> Aquelas se referem apenas a algumas liberdades. Estas se prestam para referir-se a direitos de primeira geração, como se bastasse para efetivá-los a não atuação do Estado, o que se sabe não ser verdade porque todos os direitos, em maior ou menor medida requerem atuação e gastos Estatais.<sup>76</sup>

No que se refere aos direitos fundamentais do homem é a melhor expressão, porque retrata a concepção de mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, e é utilizada para designar aqueles direitos e garantias que servem para assegurar a dignidade da pessoa humana numa sociedade livre justa e solidária. “Direitos Fundamentais” vem no sentido de que sem eles não é possível se ter uma vida digna e, muitas vezes, não é possível,

---

<sup>68</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 88.

<sup>69</sup> SILVA, J. A., *Op. cit.*, p. 176.

<sup>70</sup> Cf. AMARAL, G., *Op. cit.*, p. 88.

<sup>71</sup> SILVA, J. A., *Op. cit.*, p. 176.

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> Cf. AMARAL, G. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>74</sup> SILVA, J. A., *Op. cit.*, p. 176-177.

<sup>75</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>76</sup> Cf. AMARAL, G. *Op. cit.*, p. 89.

nem mesmo, viver. “Do homem”, por seu turno, significa que deve ser estendida para toda a espécie humana, a todos, em igual medida, ou em medida diversa quando necessário, devem ser assegurados de forma concreta, e não apenas formal, os direitos fundamentais da pessoa humana (artigo 17, Constituição Federal).<sup>77</sup>

Segundo Fachin e Pianovski a concepção do que vem a ser direitos fundamentais está estritamente ligada à de dignidade da pessoa humana,<sup>78</sup> como centro do Ordenamento Jurídico possibilitando uma “abertura para a concretude da vida”,<sup>79</sup> já que a dignidade se constituiu em imperativo categórico, aos moldes de Kant, no Brasil com o advento da Constituição Cidadã.<sup>80</sup>

Partindo-se dessa última concepção de direitos fundamentais do homem, direitos humanos positivados,<sup>81</sup> percebe-se que com o final da Segunda Guerra Mundial, a partir da segunda metade do século XX, quando os direitos humanos foram vilipendiados, com as Guerras; o genocídio dos judeus; as Ditaduras na América Latina e em alguns países da Europa, por exemplo; há uma busca pela retratação com esse passado por meio da entrada de um vasto rol de elementos normativos atrelados a opções políticas gerais e particulares, dentre elas a busca por desenvolvimento e a erradicação da pobreza e a garantia da saúde, respectivamente; que são efetivadas por intermédio das políticas públicas.<sup>82</sup>

De forma similar, o Brasil, também na saída de um regime autoritário, intenta, por meio da sua Constituição de 1988, dá relevo especial à dignidade da pessoa humana. Quando a Constituição traz detalhadamente diversos direitos fundamentais, ela adota “um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no artigo 1º: Estado Democrático de Direito”, o que traduz uma ideologia “que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos”.<sup>83</sup> Apesar disso, o que se verifica na prática é uma real ausência da concretização dessas previsões, o que levou a definição da Constituição como texto cansativo e inoperante,<sup>84</sup> ou mesmo como observa Flávio Dino de Castro e Costa, para quem o clássico ensinamento acerca da evolução dos direitos fundamentais – direitos

<sup>77</sup>SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>78</sup>FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica, p. 89/106. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 96.

<sup>79</sup>FACHIN, Luiz Edson; EDUARDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>80</sup>MORAES, Alexandre *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência administrativa*, p. 116.

<sup>81</sup>BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 31.

<sup>82</sup>BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 199-200.

<sup>83</sup>SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>84</sup>*Ibidem*, p. 201.

individuais (1ª geração); direitos políticos (2ª geração); direitos sociais (3ª geração) - é completamente deslocado da realidade brasileira, país onde, ainda não se concretizaram os direitos individuais para a maioria da população, país no qual se convive “com a difusão do trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia, mas também do direito à integridade e à liberdade de ir-e-vir (1ª geração)”.<sup>85</sup>

Então, mesmo com os esforços, em especial da Nova Doutrina do Direito Constitucional, a concretização dos Direitos fundamentais ainda encontra entraves, seja na atuação do Poder Executivo, seja na atuação do Poder Legislativo ou do Judiciário. Segundo Paulo Bonavides:<sup>86</sup>

A ordem social Constitucional (...) orienta a administração na implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando ao cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.

Todavia, embora a teoria neoconstitucionalista somada a mais efetiva atuação do Judiciário tenham avançado na garantia dos direitos de primeira geração (de defesa), os direitos de segunda geração (sociais), que dependem de uma atuação positiva do Estado, ainda deixam a desejar, inclusive porque diante de recursos escassos deve haver opções políticas no sentido de levar a efeito as metas e objetivos da Constituição, como diz Thiago Lima Breus.<sup>87</sup>

Os direitos fundamentais têm, então, na figura das políticas públicas o mecanismo que torna possível a sua realização, uma vez que esse é o real objetivo do Estado Constitucional, qual seja a superação das desigualdades que assolam o Brasil. Para tanto é necessário um firme arranjo entre o Estado e a sociedade civil, no intento de dar efeito tanto à cidadania quanto às metas estabelecidas na Constituição.<sup>88</sup>

Ou seja, a eficácia dos Direitos Fundamentais depende em grande medida das políticas públicas.<sup>89</sup>

Para efetivação das quais existe diversos tipo de controle. Nesse sentido, a própria Carta Constitucional de 1988 procurou dar importância à participação popular na fiscalização social das políticas e com isso, também, promover alguma mitigação do Poder Público,

---

<sup>85</sup> COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>86</sup> CF. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p.202.

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>89</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 47.

impulsionando, dessa forma, uma ajuda mútua “tanto no sentido da cooperação quanto no planejamento, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas”.<sup>90</sup>

### 2.3 - CUSTOS DOS DIREITOS

É inequívoco ser, para a efetivação das políticas públicas, necessário o dispêndio de recursos públicos. Todavia, é constante o argumento de que os recursos são escassos. Daí provém a Teoria da Reserva do Possível,<sup>91</sup> simultaneamente quando surge a Teoria dos Custos dos Direitos.<sup>92</sup> É diante desse tipo de argumento que Américo Bedê Freire Júnior<sup>93</sup> se pergunta: “Reserva do Possível para Quem?”, e prossegue no questionamento:

será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública.

Ambas as Teorias surgem num momento no qual cidadãos começam a cobrar a concretização dos seus Direitos Fundamentais em juízo em busca de atuação estatal. A idéia de Reserva do Possível surge pela primeira vez na Alemanha, no que toca à busca por vagas em Universidades, quando o elevado Tribunal “considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável”, o suficiente para garantir a sua existência.<sup>94</sup>

Esse mínimo existencial passa, então, a conferir aos indivíduos direitos subjetivos em face do Estado, sancionando com inconstitucionalidade aquelas normas agressoras da “justiça social”. É importante, todavia, ressaltar a relevante observação feita por Thiago Lima Breus no sentido de que cada realidade guarda suas respectivas peculiaridades, portanto essas Teorias devem ser analisadas com cautela no que tange à realidade brasileira.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 206.

<sup>91</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. De acordo com este autor a Reserva do Possível pode ser tanto fática quanto jurídica. Nessa última perspectiva alega-se que há uma necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento de decisão judicial relativa a políticas públicas. *Op. cit.*, p. 73

<sup>92</sup> *Idem*, p. 231-232.

<sup>93</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>94</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 234.



Segundo Vicente Paulo Barreto<sup>96</sup> existem alguns argumentos apreogados no desiderato de “negar exigibilidade dos Direitos Fundamentais”.<sup>97</sup>

O primeiro deles<sup>98</sup> é dizer que os direitos sociais são de segunda ordem, sendo apenas instrumentos subsidiários para a garantia de direitos primordiais como os direitos civis e os políticos. Mas, Vicente Paulo Barreto ataca essa idéia explicando a extrema importância desses direitos sociais na garantia da segurança, da liberdade, e até mesmo na garantia do prosseguimento da sociedade humana.<sup>99</sup> Além disso, como já tratado acima os direitos fundamentais são revestidos do caráter de indivisibilidade, não existe hierarquia entre eles, porque uma dimensão não pode ser efetivada de forma dissociada da outra.<sup>100</sup>

O segundo argumento, exarado por quem toma partido desta posição, seria dizer que para a efetivação desses direitos é necessário um Estado economicamente forte. Vicente Paulo Barreto também derruba esse argumento falando em “vontade política”, ou seja, a alocação dos recursos públicos depende de escolhas políticas que visem assegurar esses direitos por meio de políticas públicas.<sup>101</sup>

Por fim, Vicente Paulo Barreto, diz que o argumento da reserva do possível não é verdadeiro porque, afinal, todos os direitos, inclusive os civis e os políticos, dependem da existência de recursos, de modo que a falta deles implicaria na inexistência de todos eles.<sup>102</sup>

Thiago Breus, então, coloca a importante questão: “antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos Direitos Fundamentais Sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais”. Isso quer dizer que, a temática da função orçamentária do Estado anda envolta pelas teorias dos Custos dos Direitos e da reserva do possível, enquanto argumentos que privilegiam o caráter econômico em detrimento do jurídico; afirmação esta constatada quando mandamentos constitucionais de realização de políticas públicas são relegados para se pagarem juros e taxas às instituições internacionais, sob o argumento de: a despeito de haver vontade política nada se pode fazer porque não há dinheiro nos cofres públicos.<sup>103</sup>

Ao tratar do aspecto jurídico da reserva do possível, há diferenças relativas aos diferentes tipos de políticas públicas decididas pelo Judiciário. A depender da urgência nada impede o juiz de determinar a “inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica

---

<sup>96</sup> BARRETO, Vicente Paulo *apud* BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 234

<sup>97</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 234

<sup>98</sup> Numa perspectiva fática.

<sup>99</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 233, p. 234-235.

<sup>100</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>101</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 239.

para colmatar a lacuna existente”, como, por exemplo, a determinação da construção de uma escola, que pode ocorrer no ano seguinte, para que se evite deixar de construí-la por falta de dotação orçamentária.<sup>104</sup>

Há aquelas decisões, todavia, urgentes que devem ter seu cumprimento imediato, como a concessão de uma cirurgia, “haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou outra regra que serviu de suporte para o magistrado determinar a implementação da política”. Nesses casos haverá a prevalência da decisão “pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta”.<sup>105</sup>

Diante disso, percebe-se o intenso conflito entre a regra do orçamento e a concretização dos direitos fundamentais por meio de política públicas. Não se quer, entretanto, desprezar a importância do direito financeiro e do orçamento público, mas se quer questionar até que ponto um limite formal pode impedir a efetivação da Constituição.<sup>106</sup>

Dessa forma, percebe-se que os objetivos da Carta Constitucional não são atendidos não porque não existem recursos,<sup>107</sup> mas porque eles foram empregados em outras opções políticas, contrariando, muitas vezes, a vinculação constitucional precisa no que toca às despesas.<sup>108</sup> Por sua vez, no tocante à reserva do possível jurídico ela “somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição)”.<sup>109</sup> Além disso, a previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo, mas as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a garantir a máxima efetivação constitucional.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>105</sup> *Idem.*

<sup>106</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. O autor traz, ainda, outros exemplos de problemas recorrentes relativos à reserva do possível no seu aspecto jurídico, quais sejam: (a) política pública prevista no Plano Plurianual, mas não prevista na lei orçamentária; (b) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; (c) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém realizada apenas em parte no exercício próprio; (d) possibilidade de o juiz determinar a inclusão de política pública no próprio plano plurianual; (e) problema de que a previsão na lei orçamentária anual não gera direitos subjetivos nem obriga o administrador a realizar a despesa prevista; (f) política pública prevista no plano plurianual, mas ainda não efetivada. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>107</sup> “não sendo razoável continuarmos a inviabilizar o processo de materialização de direitos sem que haja tentativas sérias de criar as condições necessárias para a resolução da omissão constitucional.” *Idem.*

<sup>108</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 238-240.

<sup>109</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 78.

### 3 - ORÇAMENTO

Diante dessa explanação, se pode notar a grande importância que tem orçamento na concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas. O orçamento deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para se tornar instrumento de ação do Estado, que através dele fixa seus objetivos, seus mecanismos de intervenção no domínio econômico, ou seja, é por meio dele que intervém e dirige a sociedade decidindo seus rumos. Por isso é muito importante que se faça breve digressão a seu respeito.<sup>111</sup>

No Direito Romano como na Idade Média,<sup>112</sup> os imperadores e reis declaravam guerra, mandavam construir aquedutos ou prédios públicos, sem querer saber se havia recurso para tal. Não se podia falar em controle orçamentário, mas era intuitiva a necessidade de abastecimento dos cofres públicos para suportar os gastos dos governantes.<sup>113</sup>

Com o tempo os próprios governantes percebem a necessidade de controle no sentido de adequar as despesas às receitas.<sup>114</sup> Surge, então, o orçamento como resultado do planejamento financeiro estatal, aprovado por lei.<sup>115</sup> Essa lei contém os dois elementos essenciais da atividade financeira do Estado: receita<sup>116</sup> e despesa.<sup>117</sup> “Era mera peça contábil,

<sup>111</sup> HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Manual de Direito Financeiro*, p. 96.

<sup>112</sup> Cf. VEIGA, Clóvis de Andrade. Na Inglaterra, já em 1215, quando da outorga da “Carta Magna”, os barões pressionaram o Rei João Sem Terra, para que no artigo 12 do documento viesse a previsão de que nenhum tributo ou subsídio seria lançado, a menos que se tratasse de caso de urgência. Na França, por sua vez, em 1789 foi votado e em 1817 começou a ser observado o princípio de que somente os representantes do povo votariam os impostos, os quais deveriam recair sobre todos os cidadãos indiscriminadamente. Nos Estados Unidos da América a própria Independência é consequência imediata da prerrogativa do povo ao direito orçamentário, já que decorrente da revolta dos nativos em pagar impostos para suprir os gastos da coroa inglesa. No Brasil, apesar de haver determinação constitucional datada de 1824, a primeira lei orçamentária é de 1827. O primeiro orçamento geral, no entanto é de 1830, para o exercício financeiro de 1830/1831. A elaboração desta lei passou a ser de exclusividade do Congresso Nacional a partir da Constituição da República, em 1891. *Direito Financeiro Aplicado: planejamento, elaboração, execução e controle orçamentário*, p.3.

<sup>113</sup> Cf. HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>114</sup> Observe-se que no Brasil essa concepção coincidiu com o surgimento das instituições democráticas representativas. *Idem*.

<sup>115</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. *A ineficiência do orçamento público impositivo*, ano 7, nº. 28, p. 127.

<sup>116</sup> MENDONÇA, Eduardo. De acordo com esse autor, no que toca à receita, é preciso que se lembre que ela não se encontra à disposição do Executivo. Isso se afirma uma vez que: o orçamento faz uma previsão para o exercício financeiro, coincidente com o ano civil, atualmente, da tributação, que como se sabe é a mais importante fonte de arrecadação. Mas, todavia, o orçamento não é o responsável por instituir os tributos, porque tal criação ocorre mediante outras leis normativas e de eficácia mandatória. Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 11, caput em conjunto com o parágrafo único, prevê que fica vedada a realização de transferências voluntárias de receita àquele ente federativo que não instituir, fiscalizar e arrecadar efetivamente todos os tributos previstos em sua competência constitucional. Além disso, haverá maior controle sobre as isenções e outras formas de benefício fiscal, instituído pela Constituição Federal, o que trará como consequência “o reconhecimento de pouca liberdade para a Administração na atividade de concretização das receitas, pelo menos em tese”<sup>116</sup>. *Alguns Pressupostos para um Orçamento Público Conforme a Constituição*, ano 2, nº. 7, p. 292-293.

<sup>117</sup> Cf. MENDONÇA, E. Já no que se refere às despesas: é preciso proceder a uma breve análise histórica. À época das Constituições de 46 e de 67, a idéia que vigorava é que o orçamento era uma forma de controle do

de conteúdo financeiro”.<sup>118</sup> Ao coordenar receitas e despesas o Estado dá à administração ordem e método, quando passa a exercer função de relevo na política fiscal, em especial nos momentos de depressão ou de grande prosperidade econômica sem, contudo, ter qualquer preocupação com planos governamentais ou com os interesses efetivos da população.<sup>119</sup> Isso acabava por tornar o administrador irresponsável, porque não estava obrigado a cumprir o que previa o orçamento, “o que desarmava a sociedade de qualquer possível ação para o cumprimento do previsto em lei”.<sup>120</sup>

Mais adiante o orçamento passa a ser visto não mais como peça financeira, mas como um programa de governo. Adquire caráter político, o que se evidencia porque os reis, os presidentes da república e os ministros compreenderam que só por transação com os legisladores, poderiam viabilizar os seus governos, que não prosperam sem a autorização de receitas e despesas.<sup>121</sup>

Hodiernamente o orçamento perde, aos poucos, seu caráter fiscal, de “mero abastecimento dos cofres públicos, para ter caráter extrafiscal, ou seja, de conformar comportamentos, de pressionar determinadas condutas e de encaminhar determinadas soluções”.<sup>122</sup> Isto é, hoje ele é mais que mera peça orçamentária, é um instrumento de intervenção na sociedade e na economia, devendo se “ajustar ao culto da justiça e dos direitos humanos” à procura da justiça material.<sup>123</sup>

Dessa forma, ao contrário de um administrador particular, não é função do Estado apenas acumular riqueza, mas tem como sua direção alcançar o bem comum e satisfazer o interesse público.<sup>124</sup>

---

Legislativo sobre a atividade administrativa. “As receitas eram autorizadas em função das despesas também autorizadas”. Isso porque vigia o princípio da anualidade tributária, ou seja, exigia que todo ano a lei orçamentária anual autorizasse a cobrança dos tributos para o respectivo exercício. Sem essa autorização, que se encontrava no rol de direitos fundamentais, juntamente com a legalidade tributária, “as leis instituidoras das exações conservavam sua vigência, mas tinham sua eficácia paralisada”. Na prática, as receitas eram arrecadas e as despesas correspondentes não eram realizadas. *Op. cit.*, p. 292-293.

<sup>118</sup> Cf. HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F., *Op. cit.*, p. 96.

<sup>119</sup> Cf. HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F. Estes autores fazem importante observação ao dizerem: “era o que se denomina peça de ficção, ou seja, uma lei para não ser cumprida. Irrelevante, pois, a previsão legal, uma vez que o dirigente poderia atendê-la, caso lhe aprouvesse, ou deixar de executá-la, em obediência a interesses escusos ou menos nobres. Cumpria-se a previsão orçamentária na dependência das conveniências políticas, ou deixava-se de cumpri-la ao sabor de interesses políticos. Urgia, pois, alterar o conceito, uma vez que o orçamento atendia apenas ao governante de plantão e não aos reais interesses da população”. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 98-99.

<sup>121</sup> HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F., *Op. cit.*, p. 100-101.

<sup>122</sup> *Idem*.

<sup>123</sup> HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F., *Op. cit.*, p. 107.

<sup>124</sup> Cf. MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 294-295.

### 3.1 - NATUREZA DO ORÇAMENTO

O interesse público deve está delineado no orçamento, cuja importância reside no fato de que é nele que estão previstos os planejamentos que, se retirados do papel, tornarão efetivos os objetivos do Estado (a concretização dos direitos fundamentais), realidade diversa da brasileira na grande maioria das vezes.<sup>125</sup>

A gestão correta dos recursos públicos, procedida pelo administrador, é regulada pela Lei de Responsabilidade Fiscal que o faz no sentido de controlar a prudência nos gastos, que devem ser planejados e utilizados, de modo a não gerar instabilidade nas finanças públicas ou insegurança na atuação Estatal. No entanto, essa lei só impede que os gastos sejam desmedidos e descontrolados, mas não obriga o administrador público a “investir ou atender às necessidades públicas a serem satisfeitas pelo Estado”,<sup>126</sup> já que o orçamento é um ato administrativo discricionário.

Mesmo quando da prática de atos administrativos discricionários a autoridade deve analisar a questão sobre o aspecto da legalidade como também do mérito “oportuna e conveniência dentro do interesse público de agir”.<sup>127</sup> Nesta perspectiva, a lei possibilita ao administrador certa margem de decisão frente às situações concretas facultando-lhe qual a melhor maneira de satisfazer ao interesse público que a norma legal visa realizar.<sup>128</sup>

O Orçamento é ato administrativo que:

tem seu aspecto *político*, porque revela desígnios sociais e regionais, na destinação das verbas; *econômico*, porque manifesta a atualidade econômica; *técnico*, com o cálculo de receitas e despesas e *jurídico*, pelo atendimento às normas constitucionais e legais.<sup>129</sup> (Grifo do autor).

Todos estes aspectos deste ato, independente de sua caracterização como discricionário ou vinculado, estão submetidos à primazia dos direitos fundamentais, superior a todos os demais valores ou bens constitucionais.<sup>130</sup>

Para assegurar e proteger os direitos fundamentais, então, a Carta Constitucional, por sua vez, dedica do artigo 70 ao 75 ao tema da Fiscalização Financeira e Orçamentária (enquanto que a elaboração do Orçamento está situada em outro Capítulo, “Das Finanças

<sup>125</sup>MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 294-295.

<sup>126</sup>*Idem.*

<sup>127</sup>BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*, p. 308.

<sup>128</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 464.

<sup>129</sup>OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*, p. 314.

<sup>130</sup>NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos Direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, n. 1, p. 175.

Públicas”). Em sede de Constituição existem algumas despesas vinculadas, ou seja, é obrigatória a aplicação de recursos em serviços de saúde, como se depreende do artigo 198, § 2º, I ao III, da Constituição Federal de 1988. Ainda há aquelas despesas previstas, apenas, no corpo da lei orçamentária<sup>131</sup> por dependerem da discricionariedade do administrador. Outras, porém, são despesas legais previamente decididas e obrigatórias – como programas e políticas públicas – que deverão ser observadas tanto na elaboração quanto como na execução do plano orçamentário.

Disso decorreram diversos projetos de Emenda Constitucional no sentido de tornar impositiva a lei orçamentária ao administrador público. A idéia é a de se o administrador elaborou uma proposta de orçamento, contendo seu planejamento administrativo, é porque pretende efetivamente cumpri-lo. Dessa forma, uma vez aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada haveria a obrigação de executar a lei orçamentária nos seus exatos termos. Mas acontece que, como alerta Rodrigo Luís Kanayama, apesar de essa perspectiva está revestida de boa intenção, na medida em que visa a efetividade das normas constitucionais e a proteção dos direitos sociais, pode gerar descompasso com a própria Constituição Federal.<sup>132</sup>

A transformação do orçamento em lei no sentido material poderia ser boa na proporção em que obrigaria o Presidente da República, os Governadores dos Estados-membros, ou Distrito Federal e os Prefeitos municipais, a cumprir e efetivamente implementarem “as políticas públicas, ou despesas de capital, que previram – e prometeram – nas lei orçamentárias”, ou seja os direitos seriam concretizados no plano da realidade finalmente. Mas engessaria a atuação administrativa, por outro lado.<sup>133</sup>

Como saber se o orçamento<sup>134</sup> deve permanecer meramente como autorização, ou se deve se tornar impositivo é questão que perpassa por análise profunda a respeito da natureza da lei orçamentária.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> Cf. KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>132</sup> *Idem.*

<sup>133</sup> KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>134</sup> Cf. HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F. De acordo com estes autores é uma lei que difere das outras no seguinte sentido: “Em primeiro lugar há prazos para que seja encaminhada pelo Executivo ao Legislativo (art. 35, § 2º, do ADCT). Demais, não pode ser objeto de lei delegada (art. 68, § 1º, III, da CF). O descumprimento da lei orçamentária resulta em responsabilidade do Presidente da República (art. 85, VI, CF), cabendo-lhe iniciar o processo legislativo (art. 84, XXIII, CF). há uma série de restrições previstas na destinação de recursos (art. 167, CF), bem como as emendas são limitadas (art. 166, § 3º, CF) e tem tramitação própria perante o Congresso Nacional”, dentre outras peculiaridades. E segue mais adiante, dizendo que esta lei tem o caráter de generalidade e abstração, além de inovar primariamente o ordenamento jurídico. “A generalidade vem caracterizada pelo fato de alcançar uma série ou classe de pessoas”. “A abstração é identificada pela repetição, sem exaurimento da previsão legal, da denominada ação-tipo. A saber, quando se prevê a hipótese de incidência de um dado tributo, vem ele descrito em todos os seus elementos, e em cada ocorrência fática no mundo empírico incide a norma, sem exaurir o seu conteúdo. (...). De outro lado, a lei tem o condão de inovar o mundo jurídico, fazendo-o de

A lei, de um modo geral, pode ser (a) em sentido material, que se identifica por ser aquela que proíbe ou obriga uma conduta; (b) em sentido formal, seria aquela que apesar de percorrer o processo legislativo não tem esse caráter impositivo, típico da figura anterior.<sup>136</sup>

Problema que preocupa os doutrinadores, como Paul Laband<sup>137</sup>, Pontes de Miranda<sup>138</sup>, Léon Duguit<sup>139</sup>, Ricardo Lobo Torres<sup>140</sup>, José Afonso da Silva<sup>141</sup>, dentre outros, há mais de um século, a natureza da lei orçamentária é essencial para se definir algumas questões: “a da obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas; a da criação de direitos subjetivos para terceiros; a da revogação das leis financeiras materiais”.<sup>142</sup> Ou seja, determinar qual a natureza da lei orçamentária é de extrema importância para que fique definido o seu caráter impositivo ou não.

Sob a égide do princípio da legalidade, o administrador, no Estado brasileiro, só pratica o que a lei lhe defere. Se, todavia, o orçamento for apenas lei em sentido formal, aquela que atravessa todo o processo legislativo, para que tenha legitimidade popular, ele não estará obrigado a qualquer conduta.<sup>143</sup>

Como acentua Paul Laband, partidário da idéia de que o orçamento é lei apenas em sentido formal, o orçamento não é um ato legislativo. Apesar de ter sido aberta uma brecha ao princípio da separação dos poderes, ao Poder Legislativo cabe apenas um mero controle político, o orçamento não está entre as suas atividades de criação ou modificação da ordem jurídica, mas é ato da administração,<sup>144</sup> despidido de toda e qualquer significação jurídica.<sup>145</sup> Na visão deste autor.<sup>146</sup>

Nem a Constituição do Império, nem a Constituição prussiana contêm indicação sobre os efeitos jurídicos do orçamento legalmente estabelecido. Esses efeitos devem ser deduzidos cientificamente da natureza jurídica do orçamento. Assim aparecem as conseqüências do princípio segundo o qual o orçamento, embora estabelecido por uma lei, do ponto de vista formal, não é uma lei, mas um plano de

---

forma originária, isto é, produz efeitos na realidade transmutando direitos ou criando obrigações. Intervém, pois na realidade, produzindo efeitos”. *Op. cit.*, p. 102-103.

<sup>135</sup> Cf. KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>136</sup> *Idem.*

<sup>137</sup> LABAND, Paul *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>138</sup> MIRANDA, Pontes de. *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>139</sup> DUGUIT, Léon *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>140</sup> TORRES, Ricardo Lobo *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>142</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 93-94.

<sup>143</sup> Cf. KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>144</sup> LABAND, Paul *apud* CAMPOS, Francisco. *Orçamento, Natureza Jurídica, Anualidade, Discriminação de Rendas, Imposto de Indústrias e Profissões, Movimento Econômico, Imposto sobre vendas e Consignações*, vol. 71, p. 325.

<sup>145</sup> LABAND, P. *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>146</sup> LABAND, P. *apud* TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 94.

gestão. O orçamento não contém nenhuma regra jurídica, nenhuma ordem, nenhuma proibição.

Outros autores também se posicionam a favor da idéia de que orçamento, do ponto de vista formal, definitivamente não é uma lei, mas apenas um plano de gestão, como é o caso de Gaston Jèze<sup>147</sup>. Assim também como acentua Ricardo Lobo Torres, para quem a idéia de orçamento como lei formal é a que melhor se aplica ao direito constitucional brasileiro, uma vez que apenas “prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras”.<sup>148</sup> É preciso que se diga que essa concepção vem perdendo força nos últimos anos no Brasil, juntamente com a assunção das despesas necessárias, da vinculação de recursos trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 8º, parágrafo único) e pela LC 101/2000 art. 17, além da perda de força do princípio da não-afetação,<sup>149</sup> na concepção de Ricardo Lobo Torres, na verdade, todavia, a discricionariedade do administrador permanece em larga medida, apesar de alguns gastos obrigatórios.

Francisco Campos (contrário a esta visão do orçamento enquanto lei formal) posiciona-se exarando que o pensamento de Paul Laband “não tem fundamento lógico nem jurídico”,<sup>150</sup> mas foi constituído na perspectiva histórica da Alemanha do século XIX, que vivia sob a égide de um constitucionalismo tíbio a informar seu “sistema representativo, como pensamento político e as concepções jurídicas de suas elites intelectuais”.<sup>151</sup> Nas palavras deste autor, a teoria de Paul Laband<sup>152</sup> não poderia ser aplicada em países possuidores de um constitucionalismo sólido e saudável, de relevante valor jurídico.

A corroborar com essa visão, Rodrigo Luís Kanayama traz a concepção de autores como Sainz de Bujanda<sup>153</sup>, Geraldo Vidigal<sup>154</sup> e José Afonso da Silva<sup>155</sup>, que entendem que “orçamento é uma lei em sentido pleno de conteúdo normativo, com eficácia material e inovadora”.<sup>156</sup> Nesse mesmo sentido Cabral de Moncada, entende que:

Não é a lei do orçamento apenas um ato político do governo, ou uma lei de aprovação – com caráter formal de lei – entretanto seria um ‘impulso político

<sup>147</sup> JÈZE, Gaston *apud* TORRES, R. L. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, p. 96.

<sup>148</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>150</sup> CAMPOS, F. *Op. cit.*, p. 331.

<sup>151</sup> *Idem*.

<sup>152</sup> LABAND, Paul *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>153</sup> BUJANDA, Sainz de. *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>154</sup> VIDIGAL, Geraldo *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>155</sup> SILVA, J. A. da. *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131

<sup>156</sup> Cf. KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.



autônomo', um 'ato de direção política fundamental', com importância própria e com roupagem de lei em sentido material.<sup>157</sup>

Nesse sentido, ainda, de acordo com o pensamento de Francisco de Campos, a visão do orçamento como lei formal não se sustenta num sistema no qual as regras jurídicas têm hierarquia e onde as regras constitucionais encontram-se no ápice (dentre elas as que instituem competências). Diz, ainda que essas regras não podem ser tratadas com indiferença porque servem para “garantir e assegurar aos indivíduos a necessária proteção jurídica contra o arbítrio ou a discricção da autoridade”.<sup>158</sup> Nas suas palavras, mesmo o ato administrativo é jurídico, portanto deve respeitar a lei e/ou a Constituição, que por sua vez lhe reputa efeitos que serão gerados. O orçamento, então, conteria “ordem, autorização, proibição e preceito jurídico”.<sup>159</sup> Mais ainda, na visão de alguns, que entendem o orçamento como lei em sentido material, ele seria capaz de criar direitos subjetivos “com eficácia material constitutiva ou inovadora”.<sup>160</sup>

Já no entendimento de que o orçamento é lei em sentido formal, Rodrigo Luís Kanayama:<sup>161</sup>

A lei orçamentária fixa e autoriza a despesa. “Autorizar” tem conotação completamente diversa dos verbos “obrigar” ou “impor”, ou seja, abre-se uma faculdade àquele que tem a competência para ordenar a despesa. (...). O orçamento, por si só, não cria qualquer obrigação ao administrador público ou direito subjetivo ao destinatário.

Outro argumento, contra a visão do orçamento como mera autorização, viria na direção da separação dos Poderes independentes e harmônicos entre si. Em primeiro lugar o orçamento representaria uma garantia de autonomia financeira dos Poderes a despeito de quaisquer “tensões políticas”. Em segundo lugar também representaria um espaço de controle da Administração, porque a lei orçamentária definiria as despesas que poderiam ser realizadas em cada período.<sup>162</sup>

Entretanto, é necessário se observar que vedar qualquer margem de discricionariedade para a Administração na execução orçamentária, também é problemático. Com a restrição a participação do Executivo se restringiria à elaboração de projetos de leis orçamentárias, que serviriam de direção para as deliberações legislativas. Acontece que o

<sup>157</sup> Cabral de Moncada *apud* KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>158</sup> CAMPOS, F. *Op. cit.*, p. 333.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>160</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 97-98.

<sup>161</sup> KANAYAMA, R. L. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>162</sup> MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 301.

montante de receitas recolhidas pode não corresponder ou ultrapassar o que se esperava. Quanto às despesas, por sua vez é impossível prevê-las de uma vez e exatamente, principalmente um ano antes.<sup>163</sup>

Na mesma direção, há o argumento, talvez o mais forte utilizado pela doutrina, em prol da visão do orçamento como autorização, no seguinte sentido:

atribuir ao orçamento eficácia própria dos atos normativos poderia levar à conclusão de que as dotações orçamentárias gerariam direitos e obrigações para os indivíduos, dando ensejo à propositura de incontáveis ações judiciais contra a Administração.<sup>164</sup>

Por esses motivos se reconhece a imperiosidade de se conceder certa discricionariedade à Administração, para que ela observe e atenda aos interesses públicos. A ampliação dessa discricionariedade necessária tem sido contemplada em diversas leis como as que regulam as agências reguladoras. Além disso, na aplicação de toda lei deve haver certa margem de interpretação, não haveria de ser diferente com a lei orçamentária.<sup>165</sup>

É nessa perspectiva que surge o posicionamento de Eduardo Mendonça, para quem é possível encontrar “algum ponto entre os dois extremos” a medida certa será encontrada pela sociedade.<sup>166</sup>

Dessa forma, a possível adequação à realidade deve está submissa à previsão legal, para que discricionariedade não redunde em arbitrariedade, como ocorre com a aplicação da lei orçamentária atual, já que o aplicador da lei pode ignorar sua prescrição, mesmo sem qualquer fundamentação.

Além disso, o administrador também “não pode estabelecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser real”.<sup>167</sup> Dessa forma, é relevante lembrar que a lei confere espaço de interpretação para o aplicador, mas não abre mão de sua imperiosidade,<sup>168</sup> já que o “orçamento não pode ser mera peça financeira, nem apenas simples plano de governo, mas representa o compromisso político de cumprimento de promessas levadas a sério pelo povo”, que nelas acredita.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 301.

<sup>164</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>165</sup> MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 304.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>167</sup> HORVATH, E. & OLIVEIRA, R. F. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>168</sup> MENDONÇA, E. *Op. cit.*, p. 304-305.

<sup>169</sup> HORVATH, E. & OLIVEIRA, R. F. *Op. cit.*, p. 105.

#### 4 - O CONTROLE EM BUSCA DA EFICIÊNCIA E DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma vez celebrado tal compromisso sério de cumprimento das promessas, de acordo com Juarez Freitas<sup>170</sup>, quando da sua efetivação “o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo”. Este seria o princípio da eficiência, que, na concepção do professor Emerson Gabardo, engloba vários outros conceitos em sua estrutura, como “a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade”.<sup>171</sup>

Para teorias diversas a eficiência sempre está em correspondência com os princípios do bom andamento e da boa administração, ora compreendendo-os, ora sendo compreendido por eles, como na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>172</sup>

Quanto a isso, há outras concepções, como a dos autores italianos Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vittorio Itália<sup>173</sup>, para os quais não existe bom andamento sem que haja controle sobre a administração, tanto interno; como também externo, para análise de resultados pautados na idéia de eficiência. Dessa forma, esta estaria contida no conceito mais amplo de bom andamento, que abrangeria também o próprio “bom senso na definição de objetivos e na programação, além da busca pela maior responsabilização, coordenação e especialização funcionais (questão estrutural)”.

Já a doutrina espanhola por outro lado, eficiência e boa administração podem ser identificadas com a adequação dos meios aos fins administrativos. Isto quer dizer que a eficiência é alcançada quando esta adequação se faz com pontualidade e aspectos criteriosos de qualidade.<sup>174</sup>

Emerson Gabardo, então, assevera acerca da posição de importantes doutrinadores brasileiros a respeito do assunto, como é o caso de Hely Lopes Meirelles<sup>175</sup>, Diógenes Gasparini<sup>176</sup>. Para eles, o princípio da eficiência era a tradução das concepções de bom andamento e boa administração. Ou seja, para que não só o arbítrio seja afastado, mas também a negligência e a ineficiência é preciso que a atuação estatal tenha uma adequada

<sup>170</sup> FREITAS, Juarez *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>171</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência administrativa*, p. 100.

<sup>172</sup> MELLO, Celso Antônio. *Bandeira de.* *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>173</sup> LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio *apud* Gabardo, E. *Op. cit.*, p. 102.

<sup>174</sup> Cf. GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 102.

<sup>175</sup> MEIRELLES, Hely Lopes *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>176</sup> GASPARINI, Diógenes *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 103.

estrutura institucional, o que significa uma “realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos desnecessários”.<sup>177</sup>

De acordo com Alexandre de Moraes o princípio da eficiência pode ser caracterizado por meio de oito características. A primeira seria objetivação do alcance do bem comum<sup>178</sup>, sem discriminações, através dos serviços públicos, de acordo com o artigo 3º, da Constituição Federal, assim devem agir legislador ordinário e intérprete.<sup>179</sup>

A segunda tem por finalidade expurgar qualquer interesse privado sobre a atividade administrativa, logo é representada pela imparcialidade. A terceira é a neutralidade, ou seja, o Estado quando da sua atuação tem que valorar igualmente os interesses em questão. A quarta é a transparência, na medida em que se busca atacar subornos, corrupção e tráfico de influência. Outro artigo constitucional aparece aqui na definição da quinta característica, qual seja a participação popular do artigo 1º, que assegura a soberania popular e a democracia representativa. Como sexta característica tem-se a obrigatoriedade da administração realizar o que lhe é proposto constitucionalmente. A sétima, ligada a esta última, vem no sentido de evitar a burocratização, mais no sentido de uma “autonomização burocrática”, ou seja, ela não deve deixar de existir, mas sua atuação se direcionar à população. Por fim, a oitava seria a otimização destas atividades, ou seja, qualidade na sua execução, não exatamente no sentido delineado na esfera privada, mas uma busca por mecanismos capazes de resolver as problemáticas tipicamente de ordem pública.<sup>180</sup>

Nessa perspectiva surge “o direito de reclamação contra a atividade ineficiente”. Isto é, no tocante a serviço público e controle financeiro o princípio da eficiência se torna especialmente relevante.<sup>181</sup>

Do dever de eficiência do Estado emerge o direito do cidadão de reclamar por ela. Não somente no sentido de participação popular, princípio da democracia participativa, mas significando “controle social do poder, que é a expressão de um direito público subjetivo”,<sup>182</sup> essencial para a concretização normativa da eficiência.<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> GASPARINI, Diógenes *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>178</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Constituem objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil. Art. 3º: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>179</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>181</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>182</sup> *Idem*.

<sup>183</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha *apud* GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 107.

Mas para que isto realmente se torne efetivo, é preciso assegurar ao cidadão, não apenas o direito de reclamar e de se fazer ouvir, como também o atendimento aos seus anseios.<sup>184</sup>

Além disso, o próprio controle tem que ser questionado no sentido de se saber se diante de nossa realidade ele se mostra realmente eficaz, principalmente porque aqui no Brasil, há, ainda, a necessidade de forjar-se uma cultura participativa inexistente, pelos mais diversos motivos.<sup>185</sup>

Emerson Gabardo, então, sugere, inclusive com base em exemplos bem sucedidos em outros países, como o defensor *del pueblo* espanhol, que deveria voltar a existir a figura do ouvidor. Mas não só, ao citar Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>186</sup>, ele diz que outros mecanismos podem ser utilizados com o mesmo fim de propiciar a inserção popular na atividade de controle na efetivação de seus direitos, quais sejam: “a ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF/88), a denúncia de irregularidades perante o Tribunal de Contas da União (artigo 74, § 2º) e o questionamento da legitimidade das contas do município (artigo 31, § 3º), além de, é claro, como lembra Gustavo Justino de Oliveira, através da realização de consultas e audiências públicas”.<sup>187</sup>

De acordo com essa visão de inserção popular na atividade de controle e na concepção de que o Estado é formado pelo povo e que este é o soberano do poder (artigo 1º, Constituição Federal), toda sua atuação deve se dá na intenção de alcançar o bem comum, através da efetivação dos direitos fundamentais. Para as ocasiões nas quais isso não ocorra, ou em que hajam desvios, há o controle.<sup>188</sup>

De acordo com Marçal Justen Filho, a palavra controle pode assumir dois sentidos. O primeiro deles representaria acompanhamento e fiscalização, e se procederia quando o TCU analisa as contas prestadas pelo Presidente da República todo ano (artigo 71, I, Constituição Federal). O segundo seria o chamado “controle-orientação”, e se concretiza, por exemplo, quando o TCU assina prazo para que a autoridade responsável adéqüe o ato ao exato cumprimento da lei (artigo 71, VIII e IX, Constituição Federal).<sup>189</sup>

Esse controle pode ser exercido informal ou formalmente. Em muitos países, o controle é exercido informalmente pela própria sociedade frente à atuação dos seus dirigentes, de modo que esses não possam tirar vantagens dos cargos que ocupam e nem se comportem

---

<sup>184</sup> Cf. GABARDO, Emerson, *Op. cit.*, p. 107.

<sup>185</sup> *Idem.*

<sup>186</sup> FERRARI, Regina Macedo Nery apud GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 108.

<sup>187</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 108.

<sup>188</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 980.

<sup>189</sup> *Idem.*

de modo contrário à ética, como é o caso do Japão. De modo diverso, o controle social não é eficiente em outros países, como o Brasil. Aqui a mera pressão social não é suficiente para evitar as deformidades de condutas dos agentes estatais.<sup>190</sup>

Estas particularidades são determinantes na hora da definição da natureza dos tipos de controle existentes numa sociedade. Quanto mais ineficiente é o controle popular, mais necessário se torna o controle jurídico formal. Mas, como ressalta Marçal Justen Filho, este último controle não é capaz de “gerar democracia ou substituir a participação popular com instrumento de controle dos excedentes do poder estatal”. Por mais bem aparelhado que seja controle jurídico ele não é capaz de ocupar o lugar, satisfatoriamente, do controle popular porque este é mais eficiente democraticamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais e, sem ele, ocorre o aumento do arbítrio dos agentes políticos.<sup>191</sup>

A atividade administrativa, em sua maioria exercida pelo Poder Executivo,<sup>192</sup> deve está pautada no direito, o que leva à previsão de submissão de suas atividades à fiscalização e à comprovação de realização democrática dos direitos fundamentais. Para cumprir esse fim, é preciso ir “muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição” é preciso assegurar a independência e garantias, das autoridades políticas e administrativas que executem o controle contra os políticos.<sup>193</sup>

De acordo com Marçal Justen Filho, o controle estatal pode ser classificado quanto ao momento temporal de seu exercício, ou quanto à natureza da atividade controlada.<sup>194</sup>

Quanto ao momento em que o controle se realiza este pode ser “*a posteriori*”, que é aquele realizado após a prática do ato administrativo e no fim do exercício financeiro, quando o orçamento já foi executado. Há também o controle contemporâneo realizado pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, concomitantemente à execução orçamentária, através de comissões e auditorias.

Pode falar-se, ainda, em controle prévio procedido antes da execução orçamentária e necessário para a sua formação e plenitude. Atualmente este foi substituído pelo sistema de sustação de atos ilegais trazido pela Constituição no seu artigo 71, IX e X, porque se notou que ele era ineficiente, superficial e responsável pelo retardamento no comprimento de

---

<sup>190</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 980.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 981.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 994.

<sup>193</sup> JUSTEN FILHO, M, *Op. cit.*, p. 981.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 986.

contratos. E, por fim, tem-se o controle simultâneo que só ocorre na hipótese do artigo 72, nos casos de despesas não autorizadas que possam gravar com sérios danos a economia pública.<sup>195</sup>

Fazem parte do segundo grupo os controles de legalidade e o de mérito. Este não se processa sobre os atos discricionários da administração. Por isso mesmo, pode dizer-se dele ser mais restrito, já que ao administrador se reconhece a prerrogativa de decidir sobre a conveniência e oportunidade dessas suas ações. De acordo com o professor Marçal Justen Filho mesmo assim não há impedimento quanto ao controle de mérito porque é “cabível verificar se o sujeito adotou todas as precauções necessárias para praticar um ato adequadamente e se orientou a sua conduta à obtenção das finalidades previstas pela ordem jurídica”. Por sua vez, o controle de legalidade é muito mais fácil, tendo-se um preceito legal com a previsão dos seus conteúdos e pressupostos, ao qual deve corresponder.<sup>196</sup>

O controle interno é aquele que o próprio órgão administrativo procede sobre seus atos, no entanto, este não será objeto de análise do presente trabalho.

No que toca a outra modalidade denominada controle externo, o mesmo se caracteriza por ser praticado por agentes diversos ao órgão que os praticou. Ou seja, aqui pode falar-se no controle exercido pelo Poder legislativo, englobando o TCU; pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.<sup>197</sup>

Como visto acima, hoje há uma nova forma de interação entre os poderes. Não se concebe mais, uma separação estanque entre eles, mas se busca independência e harmonia na execução de suas atividades. Mesmo assim, não se admite que um Poder se arvore nas competências de outro as reduzindo.<sup>198</sup>

Dentre os atos do Poder Executivo há aqueles que são discricionários, como se sabe, “cuja atuação do agente não estaria de forma completamente descrita na lei, por conseqüência, restando margem de intelecção subjetiva”.<sup>199</sup> Essa não vinculação estrita à lei, não exime a autoridade de, na sua execução, quando da análise da oportunidade e da conveniência, fazer o que é melhor para o interesse público. Mesmo esses atos discricionários são submetidos a controle-fiscalização, a despeito do princípio da separação dos poderes, contudo como nos lembra Marçal Justen Filho: “não é possível o órgão fiscalizador substituir-se ao titular da

---

<sup>195</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 471-472.

<sup>196</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 986.

<sup>197</sup> O professor Marçal traz esses tipos de controle, mas, pelo seu pensamento, e pelos de outros autores, não pode se deixar de falar no controle popular que apesar de quase que inexistente no Brasil, é de extrema importância a busca pela sua efetivação.

<sup>198</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 991.

<sup>199</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 128.

competência para realizar avaliações e estimativas no tocante à oportunidade, à consistência ou à finalidade de providências de natureza discricionária”.<sup>200</sup>

Dessa forma, cabe ao controle sobre esses atos verificar se os mesmos respeitaram os procedimentos legais. Não é da alçada de quem fiscaliza analisar o mérito do ato administrativo, ou seja, interferir no juízo de oportunidade e conveniência. A lei concede uma margem para o administrador. Assim, cabe observar se houve cumprimento dos procedimentos legais reservados para aquele ato, como, também, se quem o praticou o fez sob a égide da democracia e com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais. Logo, um ato produzido com infração ao princípio do devido processo legal, não pode ser aceito. Além disso, deve ser levado em conta o princípio da proporcionalidade para se por sob luz se o ato executado foi adequado e necessário para o fim que se buscava.<sup>201</sup>

Na visão de Emerson Gabardo, os atos administrativos se dividem em duas espécies. Os vinculados são regidos pelos princípios da legalidade e da finalidade. Os atos discricionários, por sua vez, pelo princípio da eficiência. Isso porque, ao contrário do que ocorre na esfera privada, o administrador na esfera pública não se confunde com o dono. O detentor do interesse público é a coletividade, portanto, todo aquele que gere este interesse deve prestar contas de sua atuação, e submeter a alguma forma de controle os seus atos.<sup>202</sup>

O que não é admitido, contudo, ao controlador, como ensina Marçal Justen Filho:

Promover a desconstituição do ato sob o argumento de que o controlador teria adotado outra solução se estivesse investido de competência para tanto. Nem cabe reprovação sob o argumento de que existiam outras alternativas à escolha do titular da competência, todas elas relativamente equivalentes entre si.

Dessa forma, quando houver incompatibilidade entre a prática do ato e o fim por ele almejado pode haver sua desconstituição. De regra, a substituição desse ato inválido não cabe ao órgão controlador, mas ao próprio administrador, a quem cabe fazer nova análise sobre a oportunidade e conveniência e praticar novo ato. Mas é importante dizer que, excepcionalmente, o órgão que procede ao controle pode, por si só, produzir o novo ato substituto do inválido, nas hipóteses de única alternativa cabível, ou quando estritamente necessário à proteção dos direitos fundamentais.<sup>203</sup>

O controle externo pode ser exercido pelo Judiciário, pelo Legislativo, pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério Público. O primeiro deles é responsável pela análise da

<sup>200</sup>JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 992.

<sup>201</sup>*Idem*, p. 993.

<sup>202</sup>DALLARI, Adilson Abreu *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>203</sup>JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 993.



“compatibilidade dos atos administrativos com as normas jurídicas de hierarquia mais elevada”.<sup>204</sup> É de se notar que um controle judiciário acerca da eficiência da atuação administrativa seria impensável, mas essa realidade já sofre alterações.<sup>205</sup>

Já controle exercido pelo Legislativo, se caracteriza por ser de caráter mais político, ou seja, a compatibilidade do ato com a vontade do povo e com a vontade das instituições não pertencentes à estrutura estatal, bem como a busca pela concretização do bem comum, quando eventualmente pode até englobar a regularidade jurídica. Ao Tribunal de Contas é reservada como função principal a de fiscalização, muito mais ampla do que vinha estabelecida nas constituições anteriores.<sup>206</sup>

O Ministério Público, por sua vez, exercerá suas funções básicas com relação aos atos administrativos, já que, a ele pertence a titularidade da legitimação ativa para ação popular e ação civil pública.<sup>207</sup>

#### 4.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS

Toda essa discussão acerca do controle tem como objeto os direitos fundamentais levados a efeito por meio das políticas públicas, “expressão que pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.<sup>208</sup>

Quanto aos direitos fundamentais, como já ditos anteriormente, é de fácil constatação a presença recorrente dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas. Assim também é comum a presença de:

elementos normativos associados a opções políticas gerais, como a busca ao desenvolvimento e a erradicação da pobreza, e particulares, como a prestação de serviços públicos de saúde, por exemplo, que são concretizadas, em maior ou menor medida, por meio de políticas públicas gerais e/ou setoriais.<sup>209</sup>

As políticas públicas são tidas como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, já que não adianta o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm

---

<sup>204</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 994.

<sup>205</sup> Cf. GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>206</sup> *Idem.*

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 997-1006.

<sup>208</sup> FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>209</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 199.

acompanhados de instrumentos para efetivá-los. Soma-se a isso o direito do cidadão a que o Estado exercite tais políticas públicas.<sup>210</sup>

Disso se extrai a constatação da extrema importância das políticas públicas para o constitucionalismo contemporâneo, que ampliou a esfera de direitos reconhecidos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais para o fim de alcançar a concretização dos direitos fundamentais.<sup>211</sup> Como destaca Valmir Pontes Filho:<sup>212</sup>

quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.

A despeito desta idéia, na época em que foi promulgada a Constituição de 1988, estes direitos fundamentais acabaram por não se concretizar, em virtude da grande disparidade para com a realidade na qual a Lei Fundamental se inseriu. Frente a tal realidade a doutrina constitucional passou a se empenhar no desenvolvimento de mecanismos capazes de concretizar tais direitos. Todavia sua concretização ainda é um grave problema social e teórico, como diz Thiago Lima Breus.<sup>213</sup>

De acordo com Luíza Frischeisen, diante disso é preciso questionar como dar eficácia a tais direitos fugindo de definições meramente programáticas? Como caracterizar e dar validade a direitos que não se concretizam imediatamente, mas que se transformam constantemente de acordo com a evolução, educacional e de compreensão, da coletividade a qual se dirigem?<sup>214</sup>

Em busca desta concretização a Constituição estabelece obrigações para o Estado, assim como para toda a coletividade. A administração deve orientar sua atuação para a “implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais”.<sup>215</sup> Ou seja, para promoção do bem-estar do homem, cuja finalidade está em se assegurar as condições necessárias para sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos

<sup>210</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>211</sup> *Idem.*

<sup>212</sup> PONTES FILHO, Valmir *apud* FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>213</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>214</sup> FRISCHEISEN, Luiza. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público *apud* BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>215</sup> *Idem.*

individuais, condições materiais mínimas de existência (mínimo existencial),<sup>216</sup> de modo a proteger o cidadão contra a omissão do Estado, se este descumprir ou modificar, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, aquilo que a própria Lei Fundamental lhe ordena.<sup>217</sup> Entretanto, esse descumprimento é muito comum tendo em vista a estrutura peculiar de tais normas. Elas não podem ser aplicadas por simples subsunção, a sua aplicação exige mais do intérprete, em virtude da sua falta de densidade<sup>218</sup> que dificulta a sua interpretação por parte do Estado, seu principal obrigado (representado pelo Executivo e pelo Legislativo).<sup>219</sup>

Sendo assim, tal dificuldade somada a recursos cada vez mais escassos, outras decisões políticas<sup>220</sup> têm sido tomadas em detrimento dos direitos sociais, que têm ficado gradativamente sem efetivação.

Além da falta de recursos, isso tem se dado, em parte também porque falta um aprofundamento maior no que diz respeito às políticas públicas, já que elas necessitam de uma melhor construção dogmática para que sejam efetivadas, e por consequência os direitos fundamentais também.<sup>221</sup>

Por esse motivo se faz as seguintes perguntas: o que vem a ser política pública? Qual é o seu âmbito de manifestação?

Sob um determinado ponto de vista, trata-se do principal modo de atuação estatal “com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais”. Apesar da dificuldade de definição de sua natureza jurídico-política, se mostra cada vez mais patente a sua importância num país como o Brasil, que, por sua imensa desigualdade, tem dificuldades de concretizar seus Direitos Fundamentais, portanto, “extremamente dependente de políticas oriundas do Estado para a superação desse nefasto quadro social”.<sup>222</sup>

Ou seja, é o principal mecanismo de atuação estatal na busca pela concretização das normas constitucionais, em especial dos Direitos Fundamentais sociais.<sup>223</sup>

É o principal mecanismo de atuação estatal na busca pela concretização das normas constitucionais, em especial dos Direitos Fundamentais sociais, isso porque, de acordo com

---

<sup>216</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>217</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 36-37.

<sup>218</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>219</sup> *Idem.*

<sup>220</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari *apud* BREUS, T. L. A concepção de políticas públicas traz consigo um direito envolto em concepções políticas, bem como decisões políticas com qualificação jurídica. *Op. cit.*, p. 205

<sup>221</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 203.

<sup>222</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 205.

<sup>223</sup> *Idem.*

Maria Paula Dallari Bucci, a concepção de políticas públicas traz consigo um direito envolto em concepções políticas, bem como decisões políticas com qualificação jurídica.<sup>224</sup>

Diante dessa interpenetração entre as esferas jurídica e política a concepção de Estado, pautada na supremacia da Constituição e na força vinculante dos princípios e dos Direitos Fundamentais, traz consigo, tendo o mesmo Estado como seu instrumento de efetivação de um modelo substancial de justiça, a necessidade de uma estrutura capaz de englobar, tanto uma atuação estatal nesse sentido como uma intensa participação da sociedade civil. Isso tudo para propiciar o “exercício efetivo da cidadania e possibilitar a realização dos fins delineados do (e para o) Estado Constitucional”.<sup>225</sup> De acordo com Thiago Lima Breus, tal participação popular pode ser notada na Carta Constitucional na medida em que se busca a interação social com o Poder Público, “tanto no sentido da cooperação quanto no planejamento, monitoramento e na avaliação das políticas públicas”.<sup>226</sup>

Principalmente porque, como se está inserido num contexto de pluralismo social, com diversas opções divergentes e quase sempre inconciliáveis entre si, a participação popular se faz cada vez mais necessária.<sup>227</sup>

Nesse sentido, as políticas públicas servem no sentido de propiciar uma maior participação social nas atividades do Estado na busca pelo atendimento dos fins públicos, e, por isso mesmo, reduz a crise de legitimidade estatal, porque quando sua atuação se dá unilateralmente ignora o processo de aprofundamento de participação democrática.<sup>228</sup>

Além da crise de legitimidade o Estado também enfrenta crise de identidade e crise de eficácia. A primeira se configura na medida em que, ele acaba, porque tem muitas atividades, se afastando de suas funções originárias e primordialmente públicas. O que faz com que se aproxime, perigosamente, de interesses privados e de corporações pouco representativas da sociedade como um todo.<sup>229</sup>

A segunda crise se nota pela forma separada e desarticulada como atuam as políticas públicas.<sup>230</sup> Ou seja, porque há uma pluralidade de formas de políticas públicas (políticas

---

<sup>224</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 205.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>226</sup> *Id. Ibidem*.

<sup>227</sup> Cf. BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 207.

<sup>228</sup> *Idem*.

<sup>229</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 207.

<sup>230</sup> COMPARATO, Fábio Konder *apud* BREUS, T. L. Importante observar, nesse ponto, que é “impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a providenciar a todos os que demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche”, etc. *Op. cit.*, p. 208.

distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas), mas também porque, em geral, atuam separadamente, há dificuldade na sua concretização.<sup>231</sup>

Destarte, não somente por meio de políticas sociais residuais de políticas econômicas a melhoria geral nas condições de vida deve ser alcançada. “Impõem-se, logo, o planejamento e a execução de políticas sociais, jurídicas e politicamente bem articuladas, para o fim da satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como do desenvolvimento”,<sup>232</sup> nas palavras de Thiago Lima Breus.<sup>233</sup>

#### 4.2 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Nas duas últimas décadas do século XX, principalmente nos países em desenvolvimento, houve grande ajuste econômico, o que agravou a problemática social. No Brasil, então, as políticas públicas surgem como meio de realização e tradução dos direitos sociais trazidos pela Assembléia Nacional Constituinte, com a promulgação da nova Constituição, de caráter programático e democrático, no atual Estado Democrático de Direito.<sup>234</sup>

Após o esgotamento das possibilidades do “milagre econômico”, no final da década de 70 e início da década de 80, advêm um período reformista que:<sup>235</sup>

visa a uma grande transformação para o país, com a inserção na Constituição de metas e objetivos que poderiam ser cumpridos, tais como a redução das desigualdades regionais, a erradicação pobreza, o crescimento sustentado, a ampliação do emprego, uma melhor distribuição de renda, a universalização do acesso ao sistema de seguridade social, que foi inserido na Constituição segundo o tripé previdência, saúde e assistência social; a reforma agrária, dentre outros.

Mais importante, ainda, foi a descentralização do Poder Público promovida pela nova Carta Constitucional, além da maior aproximação deste Poder com a sociedade civil por meio da promoção de regulação social de políticas.<sup>236</sup>

<sup>231</sup> COMPARATO, Fábio Konder *apud* BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>232</sup> BREUS, T. L. Existem vários tipos de políticas públicas e não somente aquelas que se fundamentam necessariamente na realização dos Direitos Fundamentais sociais, mas também há aqueles que se fundamentam numa política de desenvolvimento, que possibilitam elevação do nível de qualidade de vida da população. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>234</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>236</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 216.

Acontece que esse período de otimismo nacional coincidiu com um período de retorno ao neoliberalismo, nos países centrais que transferiam o atendimento das necessidades sociais novamente para o mercado. Mas, na década de 1990 já se nota mobilização, no Brasil, de determinados setores da sociedade civil em prol da regulamentação e do atendimento aos Direitos Fundamentais assegurados na Constituição. É o que se nota com a regulamentação das áreas de proteção à criança e ao adolescente, da seguridade social, da saúde, da assistência social, da educação, da previdência social, do consumidor, etc. O que acabou por desembocar num século XXI caracterizado como sendo de embate entre a implementação de políticas públicas para concretizar esses direitos constitucionais e “as restrições políticas e econômicas postas à sua imediata implementação”.<sup>237</sup>

Neste cenário que se descortina, as políticas públicas surgem como modo de agir do Estado. Maneira esta muito mais ampla que os serviços públicos, por conjugar as funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados.<sup>238</sup>

Esta forma de atuação, é preciso ressaltar, não se fundamenta exclusivamente na realização dos Direitos Fundamentais sociais, mas também tem como objetivo a melhora na qualidade de vida da população. “Políticas Públicas significam a coordenação dos meios à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>239</sup>

É nessa perspectiva que se concebe a necessidade de controle sobre a atuação do Poder Executivo na efetivação das políticas públicas.

Essa necessidade é saciada quando as diversas formas de controle são delineadas na Constituição.

Exemplo disso são os princípios do citado artigo 37, mediante os quais se impõe o da publicidade que possibilita o controle social da atuação do Estado na concretização das políticas públicas. Segundo Diógenes Gasparini, através do princípio da publicidade, presente dentre outros, no artigo 5º, XXXIV, da Lei Fundamental, que a Administração Pública possibilita o conhecimento dos seus atos, dando-lhes transparência e tornando possível o controle por qualquer dos administrados.<sup>240</sup> Esse controle é aquele efetivado nas urnas ou por meio de pressão sobre os representantes já eleitos.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> *Idem.*

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>240</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed., rev., atual. e aum., p. 10.

<sup>241</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 259.

Ainda, para Diógenes Gasparini, em concordância com Celso Antônio Bandeira de Mello, seria de pouca ou nenhuma relevância submeter a Administração à Constituição e às Leis se seus atos não se pudessem submeter a controle por um órgão imparcial e independente, fulminando-os, quando inválidos; dentre outras exigências e providências cabíveis.<sup>242</sup> É, então, quando se afigura o controle do Poder Judiciário.

Além destes dois, ainda há o controle do Ministério Público e o do Legislativo. O primeiro será abordado, neste trabalho, em especial, quando é executado por meio da Ação Civil Pública. O segundo é também muito importante na medida em que se procede durante o exame e aprovação do Orçamento que conterà as opções políticas referentes às políticas públicas.

#### 4.3 - O CONTROLE DO LEGISLATIVO

Constituído enquanto controle externo, já que se procede por órgão distinto ao que executa o orçamento, este controle é feito pelo Congresso Nacional, logo, Poder Legislativo propriamente dito. Exclui-se, portanto, dessa categoria o controle procedido pelo Tribunal de Contas.<sup>243</sup>

Esse controle se configura em diversos momentos, um deles ocorre quando se faz o julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República (artigo 49, IX), de acordo com Marçal Justen Filho: “a rejeição das contas poderá fundar-se na prática de ação ou omissão que configure crime comum ou de responsabilidade, o que desencadeará o processo correspondente. Mas, também se poderá promover a rejeição das contas sob o argumento de descumprimento de programas políticos, sem que tal importe um efeito jurídico de responsabilização necessário”.<sup>244</sup>

O Congresso Nacional, ainda, conta com Comissões permanentes responsáveis pela Fiscalização e Controle, que podem requerer do Executivo, explicações e justificativas de suas escolhas, a qualquer momento.<sup>245</sup>

Com a Constituição de 1988, uma delas, a Comissão Mista teve sua competência ampliada em grande medida, a ela cabe examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias, do orçamento anual e dos créditos adicionais,

---

<sup>242</sup>GASPARINI, D. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>243</sup>JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 994.

<sup>244</sup>JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 995.

<sup>245</sup>*Idem.*

bem como se posicionar acerca dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Lei fundamental.<sup>246</sup>

Cabe ao Legislativo, também por meio da Comissão Mista, quando apreciar as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República, efetuar o acompanhamento e fiscalização orçamentária, inclusive podendo propor ao Congresso Nacional a sustação do ato, quando este puder causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública<sup>247</sup> (artigo 72, § 2º, CF), caracterizando o chamado veto absoluto impeditivo,<sup>248</sup> quando a despesa não encontra previsão orçamentária, diferente da ilegalidade verificada quando da realização de uma despesa autorizada por lei.<sup>249</sup>

Assim, toda vez que houver ameaça de dano irreparável ou de grave lesão à economia pública, a Comissão Mista deverá deflagrar o processo de veto proibitivo, quando haverá intervenção do Congresso Nacional na execução do orçamento pela Administração pública.<sup>250</sup>

Deve se ressaltar, ainda que, neste plano, é da competência do Congresso Nacional a proclamação da sustação, em reunião plenária, que deverá ocorrer após o parecer técnico do Tribunal de Contas e da Comissão Mista.<sup>251</sup>

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, a criação desta referida Comissão Mista de deputados e senadores foi um dos grandes equívocos da Constituição de 1988. Diz ele, que este é um instituto proveniente da Carta de 67/69 e serviu para enfraquecer o poder do Plenário do Congresso Nacional quanto às decisões orçamentárias fundamentais. Isso ficou demonstrado quando dos escândalos de 1993. Tais Comissões perderam todo o prestígio perante a sociedade porque os deputados e senadores dilapidavam o patrimônio público quando agiam em conjunto. Na época foram denunciados três esquemas de manipulação do orçamento: o das emendas, o das empreitadas e o das subvenções sociais. Mais de uma década depois, em 2006, outros escândalos voltaram a surgir com fundamento no poder de emendar o orçamento, dentre eles o esquema dos “vampiros” e dos “sanguessugas”.<sup>252</sup>

Assunto mais delicado ainda é o referente às emendas ao orçamento. Há, no mundo todo, uma propensão de se limitar o poder de emendar o orçamento elaborado pelo Executivo

---

<sup>246</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 437.

<sup>247</sup> *Idem.*

<sup>248</sup> Cf. TORRES, R. L. Segundo este autor esta recusa impeditiva, na verdade, já é bem antiga remontando ao Decreto nº. 1.166, de 17.12.1982, que pela primeira vez regulamentou a competência do tribunal de Contas no Brasil. *Op. cit.*, p. 443.

<sup>249</sup> Cf. TORRES, R. L., *Op. cit.*, p. 443.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>251</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>252</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 439.



(na Inglaterra, por exemplo, se proibem emendas que majorem as despesas, na França a Constituição diz que serão rejeitadas aquelas que aumentarem os gastos públicos ou que reduzirem os recursos públicos).<sup>253</sup>

No Brasil em 1991, chegaram a serem propostas 74.000 emendas. No governo Fernando Henrique Cardoso as reformas previdenciária e administrativa, foram aprovadas porque o Executivo prometeu desembolsar R\$ 160 milhões em emendas, a ser aplicado nos redutos eleitorais dos parlamentares. A própria reeleição deste presidente se deu com base nas emendas. No governo Lula houve um aumento no valor das emendas, e com ele um aumento nos escândalos, como os de 2006, já citados.<sup>254</sup>

Para tentar restringir o poder de emendar<sup>255</sup> (observe-se que aqui se instaura uma espécie de controle sobre o controle), a Constituição diz que elas serão apresentadas perante a Comissão Mista, e serão apreciadas, de acordo com o regimento, pelo Plenário do Congresso Nacional. Aquelas que versarem sobre a lei do orçamento anual, inclusive as que o modifiquem, só serão aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias e, cumulativamente, se indicarem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa. Desta estão excluídas aquelas que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, sobre serviço da dívida, bem como sobre transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal, ou que sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões, com os dispositivos do texto do projeto de lei. Quanto às emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias, elas não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual, mesmo que este não vincule o Congresso, a sua incompatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias deve constar do projeto do Executivo.<sup>256</sup>

O plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual obedecerão às normas do processo legislativo constantes do artigo 59 e seguintes da CF. Apesar disso, estas leis têm suas peculiaridades no que toca à Comissão Mista, às emendas e as modificações do projeto pelo Presidente da República. Além disso, ressalta-se que até que sobrevenha lei complementar estas leis obedecerão ao Ato das Disposições Constitucionais

---

<sup>253</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 440.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>255</sup> Cf. TORRES, R. L. O autor ressalta que as emendas ao orçamento não podem ser objeto de controle jurisdicional na via da ação direta. *Op. cit.*, p. 442.

<sup>256</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigo 166, §§2º, 3º e 4º.

Transitórias, no que estas se referirem aos prazos para encaminhamento dos respectivos projetos de lei.<sup>257</sup>

Outra forma de controle do Legislativo pode ocorrer sobre os Ministros de Estado, ou sobre quaisquer titulares de órgãos ligados à Presidência da República, que se encontram obrigados a prestar informações quando solicitados (artigo 50, CF); quando também pode configurar-se crime de responsabilidade, se não houver a prestação de informações, ou quando as mesmas forem falsas.<sup>258</sup>

A fiscalização, também, pode se dá de forma individualizada sobre determinado ato (artigo 49, XII), como aprovar a nomeação de servidores (artigo 52, III).<sup>259</sup>

Por fim, as Comissões Parlamentares de Inquérito, assim como um inquérito, serve para colher indícios, mas não condenar. Após as investigações, cabe à CPI remeter à autoridade competente suas conclusões, para que esta tome as providências cabíveis.<sup>260</sup>

#### 4.3.1 - O Controle do Legislativo através do Tribunal de Contas da União

Outra forma de controle procedido pelo Legislativo é aquele que se dá com o auxílio do Tribunal de Contas o qual se passa a analisar.

No Império não havia Tribunal de Contas, embora dele tivessem cogitado autores do porte de Pimenta Bueno. Criado logo no início da República, por inspiração de Ruy Barbosa, através do Decreto nº. 966, de 17.12.1890, e reorganizado pelo Decreto nº. 1.166, de 17.12.1892, institucionalizado pelo artigo 89 da Constituição de 1891,<sup>261</sup> sua competência foi ampliada no texto constitucional de 1988 (itens I a XI do artigo 71).<sup>262</sup>

Além disso, a Constituição Federal de 1988 lhe dá “autonomia, estrutura e competências equivalentes às reservadas aos Poderes”.<sup>263</sup> Apesar disso, Ricardo Lobo Torres diz que ele “não é órgão constitucional, pois que não foi criado pela Constituição, não constitui o Estado, não lhe mantém a unidade nem profere decisões vinculantes”.<sup>264</sup>

<sup>257</sup> Cf. TORRES, R. L., *Op. cit.*, p. 442.

<sup>258</sup> JUSTEN FILHO, M., *Op. cit.*, p. 995.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 996.

<sup>260</sup> *Idem*.

<sup>261</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 753.

<sup>262</sup> Cf. TORRES, R. L., *Op. cit.*, p. 473.

<sup>263</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 997.

<sup>264</sup> TORRES, R. L. Este autor, ainda, ressalta que há a teoria de que o Tribunal de Contas é um órgão constitucional. Próxima a esta também está a teoria de que ele seria um quarto Poder, pensamento este que não prosperou na Alemanha onde foi criado, assim como também não poderia prosperar no Brasil. *Op. cit.*, p. 484.

O princípio da separação dos Poderes se tornou insuficiente para classificar os órgãos do Estado, justamente porque a noção de poder não absorve a função estatal em seus aspectos materiais e formais. Dessa forma, a caracterização orgânica do Tribunal de Contas vai depender da própria ordem constitucional em que ele se insere, bem como da construção doutrinária a seu respeito.<sup>265</sup>

O Tribunal de Contas pode ser órgão do Poder Executivo, como nos Estados Socialistas, ou pode também apenas auxiliá-lo, mas a ele não está subordinado como na República Federal da Alemanha.<sup>266</sup>

No Brasil, ele não pertence ao Judiciário, apesar de o artigo 73, da Constituição Federal, lhe atribuir a mesma competência designada para os Tribunais no artigo 96, da Lei Magna, quais sejam, de organizar os seus serviços, prover os seus cargos e elaborar os seus regimentos internos.<sup>267</sup>

Apesar de não ter sido integrado ao Poder Judiciário, o TCU se aproxima dele “na forma processual dos atos e na estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento”, ou seja, suas funções se assemelham das jurisdicionais materialmente, pois julgam as contas dos administradores e responsáveis com todos os requisitos materiais da jurisdição: independência, imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa, produção plena de provas e direito a recurso.<sup>268</sup> Mas suas atividades também precisavam se submeter ao controle jurisdicional, apesar da utilização do termo “julgar”, referindo-se às contas, esse tal julgamento é passível de revisão pelo Poder Judiciário e não gera coisa julgada, qualidades que a diferenciam substancialmente da atividade jurisdicional, mas serve para diferenciar a atuação deste último das atividades administrativas e legislativas.<sup>269</sup>

Quanto a uma suposta subordinação do Tribunal de Contas ao Legislativo, em virtude da sua posição geográfica na Constituição, uma vez que se encontra do Capítulo dedicado a este Poder, poderia ser entendido como órgão subordinado ao Poder Legiferante, mas isso não é verdade.<sup>270</sup>

Além disso, nenhum dispositivo constitucional lhe retira a independência, mas se constitui como órgão auxiliar do Poder Legislativo. No Brasil a sua atuação não é

---

<sup>265</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 485.

<sup>266</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>267</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 486.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 489.

<sup>269</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1000.

<sup>270</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 488.

propriamente legislativa, porque não se presta a produzir normas gerais e abstratas para regular a conduta dos administradores.<sup>271</sup>

Não é dotado de “poderes legiferantes”, mas seu controle é basicamente exercido por fiscalização, assemelhando-se, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário.<sup>272</sup> Por não haver subordinação deste órgão a qualquer Poder, uma vez que goza de autonomia constitucional, a Constituição o designa como auxiliar do Poder Legislativo, no controle exercido por este.<sup>273</sup> Na concepção de Ricardo Lobo Torres o Tribunal de Contas seria órgão auxiliar dos três Poderes, como também da comunidade e de seus órgãos de participação política: na forma de controle externo em auxílio ao Legislativo, ao fornecer informações pareceres e relatórios, e na forma de controle interno e autotutela da legalidade ao auxiliar a Administração e o Judiciário, ao orientar a sua ação e controlar os responsáveis por bens e valores públicos.<sup>274</sup>

No que tange à competência desse órgão, ela não se restringe mais apenas à análise de sua legalidade, como na constituição anterior, mas, o artigo 71, da Constituição de 1988, prescreve que ela se estende sobre a “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Entretanto, isso não quer dizer que lhe é permitida a invasão da competência do órgão que executou o ato, nem tampouco lhe é dado rever o mérito do mesmo. Aquele que é fiscalizado continua de posse exclusiva de sua competência (discricionária, em certas circunstâncias). Nas palavras de Marçal Justen Filho:<sup>275</sup>

a discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade (...). Cabe aos órgãos de fiscalização verificar se inexistiu desvio de finalidade, abuso de poder ou se, diante das circunstâncias, a decisão adotada não era a mais adequada.

Dessa forma, legitimidade caracteriza-se por ter uma extensão maior que legalidade. Corresponde à verificação da adequação do ato aos princípios fundamentais, bem como às circunstâncias concretas à época da execução do ato. Economicidade, por sua vez, tem haver com a relação custo benefício, ou seja, o menor dispêndio possível, tendo em vista a escassez

<sup>271</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 997.

<sup>272</sup> *Idem.*

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 998.

<sup>274</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 488.

<sup>275</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1001-1002

dos recursos, para atingir-se com a eficiência máxima os fins estabelecidos constitucionalmente.<sup>276</sup>

Todavia, quando o ato posteriormente se apresentar ineficaz isso não dá azo a que seja invalidado pelo órgão controlador, a não ser que no momento da tomada da decisão já houvesse motivos para sua impugnação. Isso porque, se o ato foi praticado sob teorias e doutrinas científicas, não há como invalidá-lo porque no futuro não se apresentou satisfatório, uma vez que o futuro apresenta diversas possibilidades.<sup>277</sup>

Quanto às funções exercidas pelo Tribunal de Contas, uma das mais importantes é a verificação da regularidade da admissão, a qualquer título, de pessoal na Administração direta ou indireta, “ressalvado o provimento de cargos em comissão”, como também as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não lhe alterem o fundamento legal.<sup>278</sup>

É de sua competência, ainda, exercer inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II, do art. 71 da Constituição (administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público). Essa fiscalização pode ter caráter permanente ou eventual, quando solicitada pelo Legislativo e pelo Executivo. De acordo com Ricardo Lobo Torres, esse tipo de atividade “contribui, pela rapidez com que pode se realizar, para o aperfeiçoamento do controle externo”.<sup>279</sup>

Novidade do texto constitucional atual, a fiscalização do capital nacional de empresas supranacionais, que tenha participação da União no seu capital social, se faz cada vez mais necessário com o desenvolvimento e a participação crescente do Tesouro Público nesse tipo de empresa.<sup>280</sup>

Outra forma de fiscalização se dá sobre a aplicação do repasse de verbas pela União, para os estados, Municípios e Distrito Federal. Como Ressalta Ricardo Lobo Torres, esse controle não se processa sobre “as transferências do produto da arrecadação de tributos a que têm direito os entes políticos menores”.<sup>281</sup>

De acordo com o inciso VII, do artigo 71, da Constituição, cabe à Corte de Contas, prestar informações sobre toda essa fiscalização, inspeções e auditorias, descritas acima, ao

---

<sup>276</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1002.

<sup>277</sup> *Idem*, p. 1003.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 1004.

<sup>279</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 475-476.

<sup>280</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 476.

<sup>281</sup> *Idem*.

Congresso Nacional, ou a qualquer de suas Casas, por iniciativa das suas Comissões, tanto as referidas no artigo 166, § 1º; quanto às do artigo 58, ambos da Constituição Federal.<sup>282</sup>

Observadas ilegalidade ou ilegitimidade, deve o Tribunal de Contas aplicar as sanções previstas em lei, que corresponderão ao montante do prejuízo acrescido de multa proporcional, contando com caráter de título executivo; dentre outras cominações.<sup>283</sup>

A Corte de Contas poderá, também, fixar prazos, para o órgão ou entidade competente regularizar o ato administrativo no exato cumprimento da lei. Não sendo cumprida tal determinação, o Tribunal de Contas sustará o ato impugnado, devendo comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quando não se tratar de contrato.<sup>284</sup> Quando se tratar destes “a competência para tanto será do Congresso Nacional. Mas se houver decorrido o prazo de 90 dias sem a adoção das providências cabíveis, o Tribunal de Contas poderá determinar diretamente as que forem adequadas”.<sup>285</sup>

Surge, no entanto, em sede dessa sustação a discussão acerca da invasão de competências, com ataque ao princípio da separação de poderes. Não deixa de haver uma interferência do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas sobre o Executivo, quando da execução orçamentária.<sup>286</sup> Mas isso não procede. O TCU é competente para expedir, inclusive, medida liminar para sustar os atos que repute capazes de ferir os interesses sob sua tutela, para além de suas competências expressas na Constituição, respeitados em todos os seus atos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.<sup>287</sup> Isso, todavia, não representa usurpação de competências; nem mesmo se pode afirmar que nesse caso a Corte de Contas exerça função jurisdicional, porque “caberia ao interessado (inclusive à própria Administração Pública assujeitada aos efeitos da medida cautelar) invocar a tutela jurisdicional para defesa dos interesses próprios”.<sup>288</sup>

Além disso, a atuação do Tribunal de Contas, também, será passível de controle. Essa Corte deve remeter relatórios sobre suas atividades, trimestral e anualmente, englobando, também, a análise da regularidade da execução orçamentária pela Administração.<sup>289</sup>

O fato de o Tribunal de Contas exercer controle, bem como o de ser controlado, tem a ver com a importância que este órgão exerce com relação à efetivação dos direitos fundamentais. De acordo com o artigo 70 cabe a ele a “fiscalização contábil, financeira,

---

<sup>282</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 477.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 478-479.

<sup>284</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1004.

<sup>285</sup> *Idem*.

<sup>286</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 477-478.

<sup>287</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1005.

<sup>288</sup> *Idem*.

<sup>289</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 479-480.

orçamentária, operacional e patrimonial da União<sup>290</sup> e das demais entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, segue-se que passa ele a exercer papel de suma importância no campo das garantias da liberdade”, observado o fato de que ele mesmo, o Tribunal, aparece como uma garantia institucional da liberdade, que o cidadão pode ter acesso, por meio das garantias processuais, de assegurar os seus direitos fundamentais.<sup>291</sup>

#### 4.4 - O CONTROLE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a mesma finalidade há o controle do Ministério Público exercido por intermédio da ação civil pública, que tem sido utilizada em larga escala para garantir os direitos fundamentais.<sup>292</sup>

O Ministério Público é na sociedade moderna a instituição responsável pela preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade.<sup>293</sup> Com este intuito defini-o a Constituição, no seu artigo 127, como “a instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis”.<sup>294</sup>

No presente trabalho estes valores fundamentais do Estado se demonstram na defesa de certos bens e valores fundamentais como o direito ao meio ambiente sadio, à saúde, à educação, etc. Isso porque o Estado Democrático de Direito tem como característica principal a preservação da condição humana, para tanto assegurando uma existência digna. Para tanto o Ministério Público atua na proteção do fraco (fraqueza decorrente de idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou de compreender), bem como dos direitos e situações de abrangência comunitária e, portanto, transindividual, de difícil proteção por iniciativa dos particulares.<sup>295</sup>

É função constitucional do Ministério Público, em outras palavras, “zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados na Constituição (artigo 129, inciso II). Cabendo-lhe, assim, a função de ‘promover as medidas

<sup>290</sup> Ou de outro ente federativo a depender do Tribunal em análise.

<sup>291</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 501.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 405.

<sup>293</sup> CINTRA A. C. A.; DINAMARCO C. R.; GRINOVER A. P. *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed. rev. atual., p. 217.

<sup>294</sup> Cf. CINTRA A. C. A.; DINAMARCO C. R.; GRINOVER A. P. De acordo com estes autores é importante lembrar que esta instituição é autônoma e que não integra o Judiciário, apesar de desenvolver as suas funções primordiais principalmente no processo e perante os juízes e tribunais. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>295</sup> *Idem*.

necessárias, judicial, e extrajudicialmente, à sua garantia”’, dentre elas a ação civil pública, com o objetivo de controlar a eficiência da administração.<sup>296</sup>

Entretanto, como dito acima, a eficiência não é um fim em si mesma, mas um mecanismo utilizado na busca pela proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, Thomas Fleiner diz que “quem quiser proteger os direitos humanos deve limitar o poder que o homem tem sobre os demais e tomar providências para que esse poder possa sempre ser controlado”.<sup>297</sup>

É com este fim que surgem instrumentos processuais como a Ação Civil Pública,<sup>298</sup> espécie de tutela transindividual de direitos fundamentais, em sede da qual o Ministério Público tem papel relevantíssimo,<sup>299</sup> uma vez que aqui no Brasil, se faz ainda mais importante porque a sociedade civil ainda não se organizou a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo na efetivação das políticas públicas.<sup>300</sup> Soma-se a isso a insuficiência do Código de Processo Civil de 1973 quanto a tutelas coletivas para sua proteção dos direitos fundamentais.<sup>301</sup>

Contudo, a Constituição estabelece a necessidade de uma nova visão processual que implica na fixação e na proteção de direitos subjetivos transindividuais (por exemplo, o artigo 225, ao tratar do meio ambiente) através de mecanismos hábeis a proteger esse tipo de norma Constitucional que consagra políticas públicas (saúde, educação, escola, etc.).<sup>302</sup>

Como se observa nas palavras de Américo Bedê Freire Júnior:<sup>303</sup>

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela dos direitos transindividuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do *Parquet*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito.

Juntamente com a Constituição Federal, a Lei Complementar 75/1993 e a Lei 8.625/1993 regulam essa missão do Ministério Público em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.<sup>304</sup>

<sup>296</sup> Cf. GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>297</sup> FLEINER, Thomas *apud* FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>298</sup> Que tem ganhado força extraordinária diante do enfraquecimento do mandado de injunção (analisado mais a frente).

<sup>299</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 406.

<sup>300</sup> FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>301</sup> *Idem.*

<sup>302</sup> FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 97.



Nesse sentido é muito oportuna decisão do STF em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento<sup>305</sup> assim ementada:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS. CF/88, ARTS. 127, CAPUT, E 129, III. 1. O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, coletivos e homogêneos (CF/88, arts. 127, caput, e 129, II e III). Precedente do Plenário: RE 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001. 2. O art. 557, caput, do Código de Processo Civil permite ao relator, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal. 3. Agravo regimental improvido.

É importante ressaltar que a implantação de políticas públicas por meio da ação civil pública não tem qualquer limitação,<sup>306</sup> como querem alguns, mas pelo contrário, por causa da largueza de sua aplicabilidade é a arma que mais tem produzido efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração.<sup>307</sup> A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (artigos 5º, XXXV, e 129, III), pelo contrário, vigora o princípio da não-taxatividade quanto a esta espécie de tutela coletiva. Além disso, a implantação de políticas públicas não é algo que se submeta à discricionariedade do administrador, mas constitui um dever, que uma vez descumprido poderá ser acionado jurisdicionalmente por qualquer dos legitimados arrolados nos artigos 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de defesa do Consumidor.<sup>308</sup>

Percebe-se, dessa maneira, que o cabimento da Ação Civil Pública para implantação ou correção de políticas públicas, através do processo coletivo, possibilita a concretização do controle judicial na efetivação dos direitos fundamentais.<sup>309</sup>

#### 4.5 - O CONTROLE DO JUDICIÁRIO

Controle este que, segundo Marçal Justen Filho, é regido pelo princípio da universalidade da jurisdição, que significa a ampla possibilidade de investigação sobre a atividade administrativa, “respeitados os limites do mérito das escolhas exercitadas no

<sup>304</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>305</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - AI 507297 AgR / MG*, Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>306</sup> CF. TORRES, R. L. De acordo com este autor a ação civil pública fica limitada pelo princípio da reserva da lei orçamentária. *Op. cit.*, p. 406.

<sup>307</sup> COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>308</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>309</sup> *Idem.*

exercício de competência discricionária”. Entretanto, inexistindo discricionariedade, o Poder Judiciário o exercerá de forma ampla e não se limitará aos aspectos formais.<sup>310</sup>

É necessário ressaltar, ainda, quanto a esse controle, porque, regido pelo princípio dispositivo, o Poder Judiciário só controlará a atividade administrativa se provocado pelo administrado, dentro de um prazo prescricional, para obedecer ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, se faz necessária análise dos instrumentos processuais que podem ser utilizados para provocação da atuação jurisdicional com esse fim.<sup>311</sup>

Sendo assim, se pode falar em controle jurisdicional em abstrato e em concreto. Este se configura como aquele que ocorre quando há conflito de interesse entre, um sujeito que tem uma pretensão, e outro que lhe resiste. Aquele, por outro lado, “se caracteriza pela avaliação da validade de atos administrativos independentemente de sua aplicação a uma situação concreta e sem considerar situação conflitiva realmente instaurada entre dois sujeitos”.<sup>312</sup>

No que tange ao controle abstrato ele pode ser realizado através de controle de constitucionalidade, mesmo que os direitos sociais não sejam exequíveis ou exigíveis individualmente, uma resolução para a falha na alocação insatisfatória de verbas seria a cobrança através de Controle de Constitucionalidade como modo de impugnar e fiscalizar as leis orçamentárias. Por muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concebia não ser possível o Controle de Constitucionalidade em abstrato da lei orçamentária, por ser ela de efeito concreto.<sup>313</sup> A Suprema Corte, revisada sua Jurisprudência, na ADI 4048-1, entende que:

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral, ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.<sup>314</sup>

Quanto ao controle em concreto ele pode se diferenciar em duas outras modalidades relacionadas a direito subjetivo ou a interesse jurídico.<sup>315</sup>

---

<sup>310</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1007.

<sup>311</sup> *Idem.*

<sup>312</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1008.

<sup>313</sup> KRELL, A. *apud* BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>314</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar)*. ADI 4048 – 1/600. Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>315</sup> Cf. JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1008

O controle relativo ao direito subjetivo é requerido pelo sujeito que participa de uma relação jurídica precisa e que, portanto, invoca proteção para “faculdades determinadas e precisas”. Um exemplo de controle subjetivo é o procedido através do mandado de segurança em busca de vantagem fruível individualmente.<sup>316</sup>

Já o relativo ao interesse jurídico não se dá quando o sujeito requer um direito subjetivo, em proveito próprio, em meio a uma relação jurídica da qual faça parte, mas invoca o controle jurisdicional sobre o ato administrativo enquanto membro da comunidade. Um exemplo dessa modalidade é a ação popular que visa atacar lesão ao patrimônio público, no intento de invalidar o ato administrativo e condenar à indenização dos prejuízos causados ao Estado.<sup>317</sup>

Como se pode perceber, a necessidade de Controle Judicial nasce da ineficiência do Estado em realizar as políticas públicas. Ou seja, a este Poder cabe “não apenas anular os atos administrativos praticados, como alterar o seu conteúdo por meio de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir dos direitos previstos de modo genérico na Constituição”, podendo falar-se, de acordo com Thiago Lima Breus, em atividade administrativa do Poder Judiciário,<sup>318</sup> não havendo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes como também não se pode falar em ingerência no poder discricionário do executivo, uma vez que as políticas públicas são vinculadas Constitucionalmente, como já visto anteriormente. Nesta direção a decisão do STF,<sup>319</sup> ementada da seguinte maneira:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

Surge, então, a pergunta de se seria cabível, ao Judiciário, a criação de despesas, ou seja, este Poder teria a prerrogativa de alterar o orçamento modificando ou criando políticas públicas?

<sup>316</sup> JUSTEN FILHO, M. *Op. cit.*, p. 1009.

<sup>317</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>318</sup> BREUS, T. L. *Op. cit.*, p. 241-242.

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - AI 507297 AgR / MG. Rel. Min. Ellen Gracie.*

Thiago Lima Breus acentua que apesar de não ser da competência do Judiciário determinar políticas públicas, uma vez que essa função cabe ao Executivo e ao Legislativo, ele é chamado a opinar, na pessoa dos magistrados, com a finalidade de assegurar os direitos sociais.

Além disso, fica entendido que é dada ao Judiciário a prerrogativa de interferir na “formação formal e substancial das políticas públicas”, no desiderato de compelir os demais Poderes à execução de suas funções no cumprimento do disposto na Constituição. De acordo com Vladimir da Rocha França, a Carta Constitucional tem como princípio basilar o da finalidade pública, apesar de implícito, porque serve de liame entre diversos outros como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência.<sup>320</sup>

Quanto ao princípio da finalidade pública não há muita controvérsia na doutrina, uma vez todos concordam que ele significa que todo ato do administrador seja de “caráter político ou propriamente administrativo, deve respaldar-se por uma finalidade pública condicionada pela lei”, ou seja, submetida à legalidade, que nada mais é do que legitimidade positivada, mas não somente, como também à legitimidade naquilo em que não pode ser positivado, porque não basta a mera submissão à lei, como assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto.<sup>321</sup>

Ao se fazer comparação entre o princípio da eficiência e o da finalidade, percebe-se que há forte ligação entre eles com condicionamento mútuo, mas, todavia, não se confundem, apesar de ambos deverem se submeter ao controle judicial. O primeiro prescreve que a atuação da “administração pública deve atingir efetivamente, e de modo lícito, a finalidade legal”, enquanto que o princípio da finalidade prescreve que o interesse público a ser almejado só pode ser aquele definido em lei.<sup>322</sup>

Tal interação entre esses princípios é melhor compreendida quando se amplia a avaliação na direção da razoabilidade e da moralidade, ou seja, a administração está condicionada ao dever jurídico de “boa administração pública voltada para o interesse público, em que o administrador age com honestidade, probidade, lealdade, justiça, retidão, equilíbrio, boa-fé, ética e respeito à dignidade do ser humano”.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> FRANÇA, Vladimir *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>321</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>322</sup> *Idem.*

<sup>323</sup> SOARES, José Ribamar Barreiros *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 133.

Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes:<sup>324</sup>

ressalta-se a interligação do princípio da eficiência com os princípios da moralidade e da razoabilidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária, e, como salientado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública.

A razoabilidade vem como limite ao controle da atividade administrativa discricionária.<sup>325</sup> O ato ineficiente viola o princípio da razoabilidade, e, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>326</sup> a atuação ótima requer mais que razoabilidade, mas também proporcionalidade. Ou seja, na sua visão um ato pode ser razoável sem ser eficiente, embora todo ato eficiente seja razoável. Isto porque, quando se tem duas hipóteses razoáveis, se está diante do princípio da eficiência quando da escolha da mais adequada.<sup>327</sup>

Nesse prisma o controle jurisdicional se faz na busca pela “existência de ‘desvio de poder’ para dirimir a possibilidade de uma atuação inconveniente ou inoportuna, quando assim puderem ser categorizadas”.<sup>328</sup>

Isso não significa, como dito anteriormente, que ao Poder Judiciário seja dado a opção de fazer escolhas. Mas, é preciso que se mantenha a independência harmônica entre os Poderes, para isso é dado ao Judiciário controlar todo e qualquer ato vinculado ou discricionário da administração,<sup>329</sup> pela simples razão de que nada, de acordo com a Constituição, pode ser afastado de sua apreciação.<sup>330</sup>

O controle jurisdicional, quando da análise da oportunidade e da conveniência, submete o mérito a critérios de adequação constitucional, porque, de acordo com autores como Cármen Lúcia Antunes Rocha, o ato discricionário não afasta este tipo de controle, mas, ao contrário, exige. O que leva muitos autores a afirmarem que, na verdade, o ato discricionário não existe, “uma vez que todo governante está sujeito ao império da lei”<sup>331</sup> (como visto anteriormente no que toca às políticas públicas não se pode sequer falar em discricionariedade, em virtude de sua vinculação Constitucional estrita). Dessa forma, de

<sup>324</sup> MORAES, Alexandre *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>325</sup> Cf. MOREIRA NETO *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>326</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. rev. e atual., p. 954.

<sup>327</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>328</sup> *Idem.*

<sup>329</sup> *Idem.*

<sup>330</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Art. 5º, XXXV.

<sup>331</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 136.

acordo com os artigos 2º, 6º e 196 da Lei Fundamental, não há qualquer ingerência em poder discricionário do Executivo – v. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - AI 507297 AgR / MG.

Nesses termos é que se mostra mais adequada a utilização da expressão, trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>332</sup> “dever discricionário”, já que é através dessa noção que se pode exigir o controle de eficiência da atividade administrativa, abrangendo eficácia e oportunidade, como a muito já é assente na teoria espanhola.<sup>333</sup>

Essa possibilidade de levar à apreciação do Judiciário o controle da eficiência do ato administrativo, antes remota, tem se tornado cada vez mais comum<sup>334</sup> como fica demonstrado, inclusive, sob o aporte da posituação do próprio princípio da eficiência na Constituição Federal.<sup>335</sup>

Todavia, há quem discorde, ao entender que não cabe ao Judiciário controlar a atividade administrativa no que tange à eficiência, sob a alegação de que cada Poder teria sua função de autocontrole. Além disso, caberia ao juiz analisar, tão somente, os atos nos aspectos relativos à “legalidade, seu respeito à isonomia e sua compatibilidade ética, jamais, sua eficiência para fins de invalidação”.<sup>336</sup>

Outros autores, como Robertônio Santos Pessoa<sup>337</sup> e Alexandre de Moraes<sup>338</sup>, entretanto, entendem que o controle do Judiciário não deve se restringir à legalidade, porque quando se analisa o princípio da eficiência, se aufere a própria legitimidade dos atos da administração. Além do que, dentro da perspectiva constitucional há um reforço do controle do Judiciário em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais, previstos na Carta Constitucional, para assegurar a eficiência da atuação da administração.<sup>339</sup>

Ainda com relação a este tema, outro equívoco que se comete é dizer que não é possível o controle do ato administrativo antes da sua execução. Certamente nem sempre será possível o controle antecipado, mas é salutar que ele seja assegurado.<sup>340</sup>

Isso não afasta a idéia de que, se não houver o controle prévio deve haver responsabilização do Estado, em caso de lesão a particular. Importante observação quanto a isso, está no fato de que quando se entende não ser possível o controle prévio, se entende

<sup>332</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>333</sup> RICO, Manoel Alvarez *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>334</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>335</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” Art. 37, *caput*.

<sup>336</sup> FRANÇA, V. *Apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>337</sup> PESSOA, Robertônio Santos *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>338</sup> MORAES, Alexandre de. *apud* GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>339</sup> Cf. GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 140.

também que o erário público deve ser responsabilizado por perdas e danos, o que é de todo ineficiente. Logo, nas palavras de Emerson Gabardo.<sup>341</sup>

Sendo assim, parece muito mais consentâneo ao interesse público que seja admitido ao Poder Judiciário a possibilidade de anulação do ato administrativo inclusive em função de sua ineficiência. E isto não vai acarretar afronta ao princípio da independência de poderes, ou mesmo uma substituição do administrador pelo juiz.

Como afirma, ainda, esse mesmo autor, no Estado Social Democrático de Direito, a eficiência não pode está restrita ao cumprimento dos objetivos formais, porque estes mesmos podem ser ineficientes, no momento de sua aplicação, ou mesmo no momento de sua formulação. Nessa direção:

Torna-se absolutamente plausível a possibilidade de controle jurisdicional da eficiência da atuação administrativa, cuja participação dos cidadãos, das entidades de classe e das organizações não-governamentais pode ser crucial, inclusive no tocante à fiscalização das políticas públicas.

Destarte, o Judiciário passa a ter bastante importância no controle da legalidade, economicidade e legitimidade do processo orçamentário, bem como da sua execução, uma vez que é crescente a sua importância em questões macroeconômicas e orçamentárias. Conforme assevera Ricardo Lobo Torres, algumas situações recentes fizeram aumentar a influência deste Poder, quais sejam: a) as despesas vinculadas que já ensejaram diversas ações específicas; b) “a proliferação das contribuições econômicas (CIDES), que, sendo finalísticas e possuindo destinação específica, abrem ao controle judicial as atividades do Legislativo e da Administração”; c) a possibilidade de impetração de mandado de injunção; d) a interferência do poder Judiciário nas políticas orçamentárias.<sup>342</sup>

#### 4.5.1 - A Legitimidade do Poder Judiciário Exercer Controle de Políticas Públicas

Para delimitar essa competência do Judiciário, nas suas espécies e extensão, entretanto, é preciso antes de tudo discurrir acerca da sua legitimidade de exercer controle de políticas públicas.

Os argumentos contrários à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas são repetidos como verdadeiros dogmas pela posição conservadora, dentre os quais, o primeiro,

<sup>341</sup> GABARDO, E. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>342</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 210-211

que já foi refutado nos capítulos anteriores, é o que diz respeito a uma afronta, provocada por sua atuação, ao princípio da separação e igualdade entre os poderes, o Judiciário teria supremacia sobre os demais Poderes podendo sempre controlá-los mesmo que às vezes por motivos escusos. Contudo, segundo Montesquieu, na realização deste princípio nos Estados moderados (expressão montesquiana) sempre houve a intervenção parcial, de modo que não existe “incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no artigo 2º da Constituição”. Mas pelo contrário cada vez mais há necessidade do controle do Judiciário.<sup>343</sup>

Passado o primeiro obstáculo, o segundo a ser transposto diz respeito à falta de legitimidade, uma vez não serem os juízes eleitos pelo povo e mesmo nos países em que o são não têm como prerrogativa elaborar o direito. Então, constituir-se-ia num arbítrio, pois sua função não teria conteúdo constitucional, não seria, portanto, democrático que eles controlassem atividades políticas, afinal a Constituição determina que as escolhas quanto à aplicação de recursos públicos sejam feitas pelos representantes do povo.<sup>344</sup>

Como terceiro argumento contrário à legitimidade de o Judiciário exercer controle de políticas públicas se põe a judicialização da política e, com isso, prejuízos referentes à imparcialidade dos juízes, o que seria nefasto para a jurisdição. Nesse sentido Karl Loewenstein coloca que instala um tribunal com poderes supremos, jurisdicizando a política, em última instância seria transformar o sistema governamental em um domínio de juízes.<sup>345</sup>

Para se discutir a legitimidade do Judiciário de controlar as políticas públicas, todavia, é preciso, como ressalta Américo Bedê Freire Júnior, verificar qual a relação do juiz com a lei. “Tal resposta estará condicionada ao modo pelo qual se entende o Direito”.<sup>346</sup>

Na visão positivista o direito se identifica plenamente com a lei, o intérprete é mero aplicador de uma norma que já foi interpretada pelo legislador. Nessa visão, portanto, a legitimação da decisão judicial se dá pela lei, e a do juiz derivaria da identificação da lei adequada ao caso concreto. Ir além disso é violar o princípio da separação dos poderes, é decidir sem legitimidade.<sup>347</sup>

A pergunta que se faz diante desses argumentos é: como pode permanecer o dogma do positivismo e da completude da legislação se a Constituição é “recheada de princípios e

<sup>343</sup> Cf. COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>344</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>345</sup> LOEWENSTEIN, Karl *apud* FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>346</sup> FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>347</sup> *Idem.*



conceitos jurídicos indeterminados” que para serem materializados dependem dos juízes?<sup>348</sup> É nesse sentido que Aury Lopes Júnior diz que a legitimidade do juiz não deriva da vontade da maioria, mas é uma legitimação constitucional e democrática, “fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.<sup>349</sup>

Isso não quer dizer que o juiz possa atuar além ou acima da lei, caso contrário estaria se reproduzindo exatamente o que tanto se critica (ditadura do Legislativo) só que com conteúdo diferente.

Nesse sentido deve se observar que hoje já não se pode utilizar o mito do juiz neutro, porque ele já caiu por terra.<sup>350</sup> Para Tiago Lopes Coelho,<sup>351</sup> o intérprete em certa medida cria a norma, mas até que ponto essa “criação” vai está correta? Ela será correta na medida em que os argumentos postos pelo judiciário alcancem o máximo de coerência, para que a atuação judicial no controle de políticas públicas seja a melhor possível.<sup>352</sup>

O juiz, também, não pode ter como absoluta a regra da maioria. Sua atuação deve guiar-se para a efetivação dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique desagradar às maiorias ocasionais. Nessa direção vão os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève:<sup>353</sup>

discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando, por isso, despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre o que e o como da atuação estatal. Ora, ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. É preciso considerar, entretanto, que a democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional,

<sup>348</sup> FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>349</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 73.

<sup>350</sup> Cf. COSTA, F. D. de C e. Este autor diz o seguinte: “Aquilo que se diz ser uma percepção racional do Direito positivo é, em verdade, um ato de vontade. Juízes neutros somente são encontráveis nos cemitérios (não como visitantes). E prossegue citando Joaquim Falcão: “Na democracia, dificilmente os juízes podem, como ocorreu no autoritarismo, lavar as mãos nas neutras águas de um formalismo legal imaginário. Sobretudo quando as sentenças tomam posições diante da discricionariedade político-administrativa do Executivo. A interpretação judicial, pretenda-se ou não, há que ser um ato politicamente responsável. Sem o que aliás, inexistente Poder Judiciário. Existe só Judiciário”. *Op. cit.*, p. 31-32.

<sup>351</sup> Cf. COELHO, T. L. *Op. cit.*, p. 63-72.

<sup>352</sup> Para tanto o Judiciário deverá ter como parâmetros (que apesar de algumas vezes utilizados nas decisões judiciais, não parecem gerar efeitos quando analisamos a presente atuação do Judiciário): o mínimo existencial, a reserva do possível, a natureza progressiva dos direitos fundamentais e a vedação do retrocesso.

<sup>353</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, n. 22, p. 25.

proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).

Estes mesmos direitos fundamentais, de acordo com o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, têm aplicabilidade imediata, ordem que, a seu turno, também, contribui para o entendimento de que não se deve ter mera atitude contemplativa diante da norma constitucional, apesar dos velhos argumentos no sentido de que a Constituição não tem aplicabilidade imediata, mas os direitos nela assegurados dependem de lei para se concretizar.<sup>354</sup> De acordo com esse entendimento, Américo Bedê Freire Júnior<sup>355</sup> assevera que “a aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder”.

Mas quais os efeitos concretos dessa concepção, por exemplo, sobre direitos como o direito à moradia? Numa concepção mais conservadora dir-se-ia que a constituição não constrói casas, além do que a reserva do possível impediria o Judiciário de materializá-lo<sup>356</sup>.

É bem verdade que a Constituição não constrói casas, mas não se pode negar a relevância desse direito, incluído no rol dos direitos fundamentais sociais do artigo 6º com a Emenda Constitucional nº. 26, sobre o Sistema Financeiro de Habitação, bem como a obrigação que gera para o Executivo de instituir política pública que efetive este direito<sup>357</sup>.

Se este direito não fosse expresso na Constituição, seria uma simples omissão, mas sendo norma constitucional, mesmo que na linguagem tradicional seja chamada de norma programática e não preceptiva, a sua não efetivação gera uma omissão qualificada com a possibilidade de controle.<sup>358</sup> Além disso, retirar a justiciabilidade de um direito seria “transformar o direito em um mero favor ou uma obrigação moral”.<sup>359</sup>

Importante questão, ainda, se coloca quando, para sanar a omissão total, há várias opções que *a priori* poderiam ser realizadas. Esta situação fica clara em alguns exemplos relativos à saúde. Pode o Judiciário obrigar o Estado a fornecer medicamentos, contra a AIDS,

---

<sup>354</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>356</sup> *Id. Ibidem*.

<sup>357</sup> *Idem*.

<sup>358</sup> FREIRE JR., A. B. Um exemplo dado pelo autor é quanto à educação. É dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Assim, se em um Município, “onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do artigo 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola”. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>359</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 68.

por exemplo, determinando, inclusive, o tipo de coquetel a ser fornecido, dentre os vários tipos existentes?<sup>360</sup>

A determinação de fornecimento de coquetéis se extrai perfeitamente do artigo 196 da Constituição Federal, juntamente com a dignidade da pessoa humana, constante do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição. Quanto a menores especificidades, quanto à escolha de qual remédio comprar, isso cabe ao Estado. Portanto, somente quando este não cumprir a sua obrigação em prazo razoável poderá o Judiciário escolher qual tipo de coquetel deve ser comprado.<sup>361</sup>

É bem verdade que nem sempre o juiz poderá dar a melhor solução em abstrato para os direitos fundamentais, até porque algumas vezes haverá colisão de direitos fundamentais. Não obstante, o que se quer é construir argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade de controle judicial, até porque no caso concreto os juízes terão os elementos necessários para a ponderação.<sup>362</sup>

Além disso, não se pode olvidar que da interpretação do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, se extrai que lesão ou ameaça a direito não poderão ser excluídas da apreciação do Judiciário, ou seja, não apenas leis, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Executivo e do Poder Legislativo não poderão ficar sem controle.

Até agora tem se falado nos casos de inexistência de políticas públicas. Outra situação, também, muito comum no Brasil é quando são insuficientes ou que excluem de sua abrangência determinados grupos ou cidadãos.<sup>363</sup> A omissão do Estado é uma perigosa espécie de modificação informal da Constituição, por isso mesmo exigindo o controle do Poder Judiciário.

O problema da insuficiência está estritamente relacionado ao princípio da igualdade, “signo fundamental da democracia”, não somente em seu sentido jurídico-formal, mas principalmente no seu viés material de busca pela igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.<sup>364</sup>

Este princípio é refletido na medida em que todos os indivíduos devem ter direito de concorrer, em igualdade de condições, às políticas públicas. Todos, segundo a medida das suas necessidades, têm direito de igual participação nas prestações estaduais, não somente

---

<sup>360</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 69-70.

<sup>361</sup> *Idem.*

<sup>362</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>363</sup> *Ibidem.* Segundo o autor estes casos são até mais frequentes que a inexistência de políticas públicas. p. 81.

<sup>364</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 211.

pelo direito originário (direito à saúde, à educação, à moradia, etc.), mas pelo direito à igualdade, também, assegurado pela Constituição.<sup>365</sup>

É nessa altura, então, que deve se perguntar o que o Judiciário deve fazer diante de políticas públicas insuficientes?

As possibilidades são diversas. Poderia o juiz determinar a concessão de uma vaga em escola particular, a expensas do Estado para aquele aluno que ficou sem vaga na escola pública? Poderia determinar a construção de escolas?<sup>366</sup>

Não se quer, como demonstrado, que a Constituição possa ser desrespeitada. E, embora o Judiciário tenha legitimidade para proceder o controle, também se reconhece a importância de evitar que ele vire um superpoder, que não respeite a macro-justiça, nem que leve o País à bancarrota.<sup>367</sup>

Dessa forma, é preciso lembrar que quando a atuação do Judiciário não leva em conta a macro-justiça acaba privilegiando quem tem acesso à tutela jurisdicional em detrimento daqueles que não podem pagar um bom advogado, ou que não são atendidos a tempo pela Defensoria Pública precária. Além disso, agir displicentemente para garantir um direito pontualmente (por exemplo, à saúde na concessão de um tratamento caro no exterior) não respeita a complexidade de garanti-lo de forma universal e integral, como preconiza a Constituição.<sup>368</sup>

Contudo, observados os devidos limites, não se pode admitir que o Judiciário esteja inerte diante das condutas em desacordo com a Constituição. Decisões tomadas em desacordo com a Constituição não devem ser aceitas, em prejuízo daqueles por quem e para quem ela foi elaborada, ao sabor de conjunturas misteriosas e insensíveis. Mas, sobretudo é necessário observar que o Judiciário, escolhido pelo povo para tal função, tem o dever de protegê-la.<sup>369</sup>

#### 4.5.2 - Mecanismos de Controle do Judiciário

Em breve explanação será necessário abordar alguns dos principais mecanismos mediante os quais o Judiciário está protegendo a Constituição Federal na efetivação de políticas públicas.

---

<sup>365</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 82-83.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>367</sup> Cf. COELHO, T. L., *Op. cit.*, p. 71-73.

<sup>368</sup> *Idem*.

<sup>369</sup> Cf. FREIRE JR., A. B. *Op. cit.*, p. 86.

A Carta Constitucional de 1988 fortaleceu em grande medida o controle de constitucionalidade concentrado, em especial no que se refere à ampliação da legitimidade ativa em ações diretas de inconstitucionalidade e na criação de novas ações como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.<sup>370</sup>

Muitas foram as políticas públicas alteradas por ADI's, nem sempre no sentido de ampliá-las. Nesta direção pode ser citado o artigo 19 da Lei 10.260/2001, que substituiu a obrigação patronal de dar por uma obrigação de fazer (conceder bolsas de estudo) ao determinar que o valor correspondente à exoneração de contribuições seja obrigatoriamente destinado a determinada finalidade das quais as entidades beneficentes educacionais estão expressamente dispensadas.<sup>371</sup>

Outra importante arma no controle da efetivação de políticas públicas, ainda no campo do controle de constitucionalidade, é a ADPF, já citada como inovação, prevista pelo artigo 102, § 1º da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.882/99. Como se pode auferir da decisão a seguir, quando apesar da perda do objeto por causa de questão prejudicial, se reconhece a idoneidade da ADPF como instrumento hábil na viabilização de políticas públicas:<sup>372</sup>

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante, a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a

<sup>370</sup> COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>371</sup> BRASIL. Lei nº 10260, de 12 de julho de 2001. *dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências*, Art. 19.

<sup>372</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello.

ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Com a mesma finalidade outros instrumentos processuais foram criados pela Constituição, dentre eles o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção.

Este último instrumento, de acordo com a Constituição, será concedido, toda vez, que a falta de norma regulamentadora (entendendo por esta a medida para tornar efetiva norma constitucional)<sup>373</sup> tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como garantia processual o mandado de injunção pode dar lugar a alterações orçamentárias.

Nesse sentido, de acordo com José Afonso da Silva, o conteúdo da decisão que se profere em sede de mandado de injunção consiste na outorga direta do direito reclamado. Diz, ainda, que é equivocada a idéia daqueles que acham que é objeto deste instrumento a expedição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, teria assim o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, como se qualquer um pudesse propor essa última ação o que não foi permitido pela Carta Constitucional. Além disso, não faria sentido haver dois institutos com a mesma finalidade. E por fim não é esse seu objeto porque o Legislativo não é obrigado a legislar. Mesmo que o fosse, elaboraria uma lei genérica, impessoal e abstrata, assim para obter efeito o impetrante teria que reivindicar a aplicação em seu favor, sendo obrigado a buscar o Judiciário mais uma vez para isso, quando então o mandado de injunção já não caberia mais. Dessa forma, compete ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente.<sup>374</sup>

Todavia, o STF não entende da mesma forma. O excelso Tribunal tem entendido, em sede de mandado de injunção, que cabe ao Judiciário apenas recomendar ao Legislativo a elaboração de medidas que assegurem os direitos, ou seja, sua jurisprudência tem limitado em grande medida a efetividade deste instrumento, portanto.<sup>375</sup>

Outro mecanismo para tutela dos direitos coletivos (o que compreende os interesses individuais de massa e os interesses metaindividuais), juntamente com a ação civil pública – já abordada – e a ação popular, que será abordada no próximo ponto, qual seja: o mandado de segurança coletivo.<sup>376</sup>

---

<sup>373</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 450

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>375</sup> TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 213-214

<sup>376</sup> ARENHART, S. C; MARINONI, G. *Procedimentos Especiais*, p. 260.

A Constituição não se preocupou em especificar os requisitos ou a extensão dos efeitos do mandado de segurança coletivo. Dessa forma, a ele serão aplicados os requisitos de impetração do mandado de segurança individual, ou seja, exige-se que tenha por objeto ato (ou omissão) de autoridade pública ou de pessoa no desempenho de função pública. Não se pode esquecer, ainda, do seu requisito principal que é a presença de direito líquido e certo.<sup>377</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, todavia, ele serviria para atacar lei, mas somente lei em sentido concreto. Logo, só se pode entendê-lo como mecanismo de ataque ao orçamento se este for entendido enquanto lei em sentido material.

Ricardo Lobo Torres, ainda destaca que as CIDE's também foram responsáveis pela ampliação da incidência do controle do Judiciário. De acordo com este autor estas contribuições são finalísticas e possuem destinação específica.<sup>378</sup> Isso quer dizer que os recursos que forem arrecadados por meio desta contribuição serão destinados: (1) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível; (2) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (3) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transporte, dos quais 29% dos recursos serão destinados aos Estados e Distrito Federal. Esta destinação Constitucional é que faz com que o Judiciário possa controlar as atividades do Executivo e do Legislativo.<sup>379</sup>

Por fim, é preciso ressaltar, mais uma vez, que o controle do Judiciário não pode ocorrer de modo atabalhado, imotivado e autoritário, com o juiz colocando em primeiro lugar conceitos de índole aristocrática contra o mundo da política.<sup>380</sup> Mas pelo contrário, suas atitudes sempre têm que ter em conta as regras de imparcialidade procedimental, de modo a assegurar à Administração a apresentação de argumentos, bem como a produção de provas a favor da mesma. Além de uma ponderação dos valores apresentados por controlador e controlado, de modo que não deixe de ser considerado o impacto das decisões judiciais sobre os orçamentos públicos,<sup>381</sup> mas, também, e principalmente, que não seja ignorada a importância dos direitos fundamentais sociais, dentre eles aquele que melhor realize a prioridade e a finalidade assegurada pela Constituição Federal.<sup>382</sup>

---

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>378</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 210-211.

<sup>379</sup> SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 708-709.

<sup>380</sup> Cf. COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 41-43.

<sup>381</sup> Cf. COSTA, F. D. de C e. *Op. cit.*, p. 42-43.

<sup>382</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas públicas*, p. 276.

#### 4.6 - O CONTROLE POPULAR

Quanto a estes controles mais burocráticos na defesa dos direitos sociais fundamentais Adriana da Costa Ricardo Schier entende que:<sup>383</sup>

não há necessidade de se manter os controles burocráticos, procedimentais e arcaicos, pois, de um lado, ampliou-se o espaço para o cidadão atuar ativamente na tomada de decisões no âmbito administrativo e, de outro, foram multiplicados e aperfeiçoados os mecanismos de controle de resultados, sendo a sua maioria, exercida pelo cidadão, agora titulado como cliente usuário.<sup>384</sup>

Mesmo que não se possa afirmar serem os controles burocráticos, hoje, totalmente dispensáveis, não se pode deixar de notar que a partir da Reforma Administrativa houve um aumento nas possibilidades de acesso da população aos órgãos administrativos e consultivos. Como exemplos podem ser citados os Conselhos das Agências e os Conselhos de Administração das Organizações Sociais (artigo 3º, da Lei nº. 9.637/98) e os mecanismos de participação popular previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº. 101, de 04.05.2000 e no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10.07.2001.

Como se vê a efetivação da obrigatoriedade da participação popular é requisito de legitimação e legalização dos atos do Poder Público, como diz Guilherme Gonçalves.<sup>385</sup> Como exemplo pode ser citado o Estatuto da Cidade, em seu artigo 21, que prevê a participação da população, e da comunidade como um todo, no desenvolvimento urbano, com aplicabilidade do instituto da audiência pública.<sup>386</sup>

Mecanismo de extrema importância na composição dos conflitos existentes, quando da audiência pública é necessário haver participação dos interessados, a fim de que haja a identificação, valoração e ponderação de interesses, uma vez que a concepção de interesse público não encerra um critério unilateral da Administração, mas a soma de interesses privados de uma coletividade que ela tem o dever de harmonizar.<sup>387</sup>

---

<sup>383</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação*, p. 163.

<sup>384</sup> Posição com a qual não se concorda, tendo em vista que, na sociedade brasileira, a população ainda não tem a cultura de controlar a atividade administrativa.

<sup>385</sup> Cf. SCHIER, A. da C. R. *Op. cit.*, p. 164.

<sup>386</sup> BRASIL. Lei nº 10260, de 12 de julho de 2001. *dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências*, Art. 2º, XIII.

<sup>387</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Audiência Pública e Regulação*, ano 1, nº 1, p. 147.



Isso porque, por meio das audiências públicas os administrados, em efetivação do princípio democrático, podem tomar conhecimento prévio sobre o conteúdo de uma norma e sobre ela opinar, já que suas vidas serão por ela afetadas.<sup>388</sup>

Para a Administração, por sua vez, já que se entende que ela atua em prol do interesse público, a audiência pública é uma forma de aferir a repercussão de seus atos sobre a sociedade, para que os conhecendo tome a melhor decisão. Dessa forma, esse mecanismo deve ser utilizado de forma a permitir uma participação efetiva, até porque representa uma forma de controle.<sup>389</sup>

Com esta finalidade tal mecanismo aparece no Estatuto da Cidade, como diretriz geral nos processos de “implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”. Esse mesmo documento prevê, ainda, a realização de audiências públicas no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação.<sup>390</sup>

Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) diz que a transparência da gestão fiscal é alcançada pela realização de audiência pública durante os processos de elaboração e discussão dos planos, das leis orçamentárias e do orçamento. Mas, isso tudo só tem validade se toda essa discussão realmente tiver algum efeito, e não tiver sido usada como mecanismo para ludibriar a população.<sup>391</sup>

“Seria ignóbil fazer comícios, travar discussões, dar a palavra à população, e, ao final, toda essa *mise-em-scène* não produzir qualquer efeito ou ter qualquer utilidade pública”. Se a população foi ouvida, os gastos devem ser alocados de acordo com o que foi por ela designado,<sup>392</sup> ou seja, mesmo que se reconheça que a audiência pública não tem efeito decisório, mas meramente consultivo, não se pode negar seu caráter oficial e, nesta condição deve ter seus resultados levados em consideração diminuindo a autonomia da administração.<sup>393</sup>

Outros exemplos, de participação popular, podem ser vislumbrados no artigo 44 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) que traz a utilização da figura do orçamento participativo, como instrumento de inserção da população, por meio de debates, audiências e consultas

---

<sup>388</sup> SOUTO, M. J. V. *Audiência Pública e Regulação*, ano 1, nº 1, p. 149.

<sup>389</sup> *Idem.*

<sup>390</sup> BRASIL. Lei nº 10260, de 12 de julho de 2001. *dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências*, Art. 40, § 4º, I.

<sup>391</sup> Cf. HORVATH, E.; OLIVEIRA, R. F. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>392</sup> *Idem.*

<sup>393</sup> Cf. SOUTO, M. J. V. *Op. cit.*, p. 151.

públicas, nas escolhas referentes ao destino dos seus próprios recursos. Assim também, a obrigatoriedade da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade nos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, para garantir o controle das atividades e o pleno exercício da cidadania, de acordo com o artigo 45, do mesmo documento.

A Constituição assegura a iniciativa popular na elaboração das leis, de acordo com o artigo 61, § 2º da Carta Constitucional. Entretanto, não prevê a participação do seu maior interessado no que tange ao orçamento, uma vez que os Planos Plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais são de iniciativa exclusiva do Executivo.<sup>394</sup>

Por isso o Poder Executivo pode até aceitar e incorporar as propostas da população à lei orçamentária, mas não se encontra vinculado a uma eventual participação popular em sede de orçamento participativo.<sup>395</sup>

Dentre as vantagens do orçamento participativo, Ricardo Lobo Torres<sup>396</sup> coloca:

a) Fortalece a cidadania ativa, traço básico da moderna democracia deliberativa; b) permite as escolhas comunitárias de obras e serviços de acordo com critérios que muitas vezes escapam a órgãos de representação; c) torna visível para o cidadão o cálculo do custo/benefício na entrega de prestações públicas.<sup>397</sup>

Todavia, nada disso pode ser feito sem a conscientização da coletividade sobre a sua importância para a realização da efetiva democracia, uma vez que:<sup>398</sup>

É essencial que a participação democrática não se esgote no mero exercício de escolha dos governantes, mas permita iniciar outro processo, qual seja o da participação direta. No entanto, não pode esgotar-se a participação no prazer lúdico do palpite. Tem de se consolidar em decisões tomadas na sociedade, incluindo-se ela nas decisões que forem formalizadas pelo governante. (...) É imperioso que se passe a um estágio democrático mais adiantado, não só com a participação do povo nas deliberações do governo, como também que seja ele ouvido e atendido em suas angústias e apreensões.

<sup>394</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>395</sup> *Idem.*

<sup>396</sup> *Idem.*

<sup>397</sup> TORRES, R. L. De acordo com este autor, o orçamento participativo também tem seu lado ruim porque: “a) pode enfraquecer a representação política; b) sujeita-se à manipulação pelos indivíduos que disponham de mais tempo ou gosto pelo trabalho comunitário; c) exige da comunidade formação técnica compatível com a análise de propostas orçamentárias, nem sempre possível; d) carece do cálculo global e da participação macroeconômica das necessidades do município ou do Estado”. Além disso, para a execução do orçamento participativo apresenta um óbice de caráter constitucional, que é sua natureza de lei em sentido apenas formal. O que se entendeu nesse trabalho não se aplicar nos casos de políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais sociais. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>398</sup> Cf. SOUTO, M. J. V. *Op. cit.*, p. 151.

Soma-se a tal constatação de que na realidade brasileira o problema é ainda mais grave em virtude da imensa “massa de excluídos, em todos os sentidos, que, mais preocupados com a fome e o desemprego, estão totalmente alijados da condição de participantes”.<sup>399</sup>

Adriana da Costa Ricardo Schier ressalta importante observação nesse sentido. De acordo com a autora não se pode defender uma administração pública que se legitime exclusivamente na participação popular no Brasil, uma vez que tal posição caracterizaria um contra senso com relação à própria idéia do direito de participação ligado à concretização do princípio democrático diante da realidade social brasileira.<sup>400</sup> No Brasil, os laços da cidadania foram sempre frágeis. “A idéia de direitos políticos antecedeu a de direitos civis, impedindo que se formasse uma cultura cívica, a culminar com a plena afirmação dos direitos fundamentais”.<sup>401</sup>

Por isso não adianta apenas disponibilizar os mecanismos de controle, porque isso serve exclusivamente para legitimar a posição dos “incluídos” e manter o atual *status quo*, com extrema desigualdade material que se arraigou no Brasil desde o período da colonização.<sup>402</sup>

Não obstante, nunca se pode deixar de acreditar que a participação popular é um meio para a construção de uma Administração Pública Democrática, capaz de viabilizar dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CF).<sup>403</sup>

---

<sup>399</sup> Cf. SCHIER, A. da C. R. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>400</sup> *Idem.*

<sup>401</sup> Cf. TORRES, R. L. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>403</sup> Cf. SCHIER, A. da C. R. *Op. cit.*, p. 168-169.

## 5 - CONCLUSÃO

Em virtude das diversas promessas não cumpridas, ao longo dos anos, nos mais diversos tipos de Estado, foi construído um novo paradigma, qual seja: o Estado Democrático de Direito.

Esse estado é mais do que a soma do Estado de Liberal Direito com o Estado Social, é Estado de justiça social fundado na dignidade de pessoa humana. E, para esse fim, nele são criadas as políticas públicas.

A existência desse instrumento enseja, para sua concretização diversas formas de controle, dentre os quais o controle do Judiciário.

Alguns autores falam, no entanto, que o Poder Judiciário não pode exercer qualquer espécie de controle sobre os demais, porque isso afrontaria o princípio da separação dos Poderes, bem como atacaria a Constituição. Contudo, Montesquieu, o autor deste princípio, dizia que o poder tinha que limitar o poder.

Além disso, o poder estatal é uno e o que há na verdade é uma separação de funções, para viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

Nesse sentido impossibilitar o controle judiciário seria aceitar a ofensa aos direitos fundamentais, até porque a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas sua finalidade primordial é justamente a proteção destes direitos, sem os quais não é possível ter uma vida digna, e às vezes não é possível nem mesmo viver.

Entretanto, o que se nota na realidade é que os direitos fundamentais, no Brasil, em especial os de 2ª geração, têm sido vilipendiados pela falta de implementação de políticas públicas, pela falta de vontade política, ou muitas vezes pela alocação equivocada dos recursos, os quais não se acredita que sejam escassos.

É nessa perspectiva que desponta a importância do orçamento, enquanto mecanismo de intervenção do Estado na sociedade.

Hoje seu caráter é muito mais extra-fiscal e sua função é primordialmente a defesa dos direitos humanos e a busca pela justiça material.

Ao mesmo tempo a lei possibilita certa margem de discricionariedade ao administrador quanto à oportunidade e conveniência, dentro do interesse público de agir. Mas existem, também, despesas previamente decididas que são obrigatórias, como programas e políticas públicas, que inevitavelmente têm que ser observados tanto na elaboração, quanto na execução do orçamento.

A despeito da sua caracterização como mera autorização ou como lei em sentido formal de caráter impositivo (o que desemboca no questionamento acerca da obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas, bem como sobre o ensejamento de direitos subjetivos) o orçamento deve estar submetido à previsão legal. Além disso, também, não pode estabelecer previsões fúteis e irreais, mas deve ser real e cumprir as promessas constitucionais, levadas a sério pela comunidade.

Nesse cenário impõe-se a necessidade dos mais diversos tipos de controle, para que as políticas públicas possam ser realmente efetivadas na busca pela garantia dos direitos fundamentais.

O controle do Legislativo, propriamente dito, tem na figura das Comissões Mistas seu principal mecanismo, mas ele vem sendo esvaziado em virtude da corrupção.

Ainda pode ser considerado como controle exercido pelo Poder Legislativo aquele que é procedido com o auxílio do Tribunal de Contas (apesar de este não se encontrar subordinado àquele). Esse controle se dá principalmente na forma de análise sobre a legalidade, legitimidade e economicidade na aplicação dos recursos públicos e na renúncia de receitas, ou seja, sua função é verificar se há a adequação aos princípios constitucionais fundamentais, se há observação do custo benefício, além da adequação à lei.

Outra forma de controle é o exercido pelo Ministério Público, a quem cabe promover as medidas judiciais necessárias à proteção dos direitos fundamentais, dentre as quais a Ação Civil Pública, que deve ser instrumentalizada para cada vez mais ganhar força na luta pela concretização de direitos subjetivos transindividuais, como educação e saúde.

A ação civil pública quando a serviço da correção das políticas públicas, através do processo coletivo, possibilita, também, a concretização de outro controle, qual seja o judicial formal, contra o qual existem diversos argumentos com os quais não se concorda pela necessidade premente do mesmo em face do frágil controle popular.

Dentre os mecanismos utilizados pelo poder Judiciário, como instrumento de controle encontram-se as ADI's, a ADPF, o mandado de injunção, dentre outros.

A última espécie de controle abordado no presente trabalho, o controle popular, teve seu espaço ampliado nos últimos anos através de leis como a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade e, ainda, por meio das audiências públicas e do orçamento participativo. Apesar disso, nada pode ser feito sem a conscientização do seu principal interessado, o povo.

É nesse sentido que se observa que o principal de todos os controles é o popular, afinal o povo é o titular do poder.

Todavia, este controle não pode se esgotar na escolha de representantes, nem no mero palpite quando das escolhas públicas. É preciso que a comunidade seja ouvida, mas, além disso, é essencial que se atenda às suas demandas de modo a efetivar os seus direitos assegurados pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Procedimentos Especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARCELLOS, A. P. NeoConstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº. 240, 2005.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001. *regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10260, de 12 de julho de 2001. *dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10260.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar). **ADI 4048 – 1/600**. Requerente Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4048&processo=4048>>. Acesso em: 20 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 45 MC/DF**. Arguente Partido da Social Democracia- PSDB. Arguido Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 29 de abr. de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?S1=45.NUME.&base=basemonocraticas>>. Acesso em: 5 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - **AI 507297 AgR / MG**. Agravante Município de Ouro Preto. Agravado Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Acórdão de 22 de jun. de 2010. Diário da Justiça

Eletrônico 145, 6 de ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=a%E7%E3o+civil+p%FAblica&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 out. 2010.

BREUS, T. L.. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, F. Orçamento, Natureza Jurídica, Anualidade, Discriminação de Rendas, Imposto de Indústrias e Profissões, Movimento Econômico, Imposto sobre vendas e Consignações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 71, 1963.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CINTRA A. C. A.; DINAMARCO C. R.; GRINOVER A. P. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 21ª Ed. rev. atual. De acordo com a EC 45/04, 2005.

CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003.

COELHO, T. L. A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre auto-contenção judicial e a necessária consideração da macro-justiça. In: Élidea Graziane Pinto (Org.); Gustavo Alexandre Magalhães (Org.). **Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas**. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

COSTA, F. D. de C. e. **Autogoverno e controle do Judiciário no Brasil**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica, p. 89/106. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREIRE JR., A. B. **O Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GABARDO, E. **Princípio Constitucional da Eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARGARELLA, R. **Constitución 2020**. Argentina, 2009. Disponível em:<<http://www.seminariogargarella.blogspot.com/>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. **Convocatoria al diálogo**. Argentina, 2009. Disponível em:<<http://www.seminariogargarella.blogspot.com/>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. **Um post sobre Post y la libertad de expresión**. Argentina, 2009. Disponível em:<<http://www.seminariogargarella.blogspot.com/>>. Acesso em: 12 jul. 2010.



- GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 5ª ed. ver. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HORTA, R. M. Improbidade e Corrupção. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.
- HORVATH, E. & OLIVEIRA, R. F. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KANAYAMA, R. L. A ineficiência do orçamento público impositivo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum: ano 7, nº. 28, 2009.
- LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDONÇA, E. Alguns Pressupostos para um Orçamento Público Conforme a Constituição. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, nº. 7, 2007.
- NABAIS, J. C. A face oculta dos Direito Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**, Rio de Janeiro, nº. 1, 2003.
- OLIVEIRA, R. F. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHIER, A. da C. R. **A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUTO, M. J. V. Audiência Pública e Regulamentação. **Revista de Direito Público da economia**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, nº 1, jan./fev./mar. 2003.
- TORRES, R. L. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 2008.
- VEIGA, C. de A. **Direito Financeiro Aplicado: planejamento, elaboração, execução e controle orçamentário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.