

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

DAVID ROVERSO MUSSO

SEPARAÇÃO DE PODERES, ISONOMIA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL
COMO BALIZAS DE CONTROLE À CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL

CURITIBA

2020

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

DAVID ROVERSO MUSSO

SEPARAÇÃO DE PODERES, ISONOMIA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL
COMO BALIZAS DE CONTROLE À CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ferreira.

CURITIBA

2020

M989s Musso, David Roverso
Separação de poderes, isonomia e vedação ao retrocesso
social como balizas de controle à concretização de políticas
públicas no Brasil / David Roverso Musso. - Curitiba, 2020.
171 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ferreira
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário
Internacional UNINTER.

1. Políticas públicas. 2. Direitos fundamentais – Brasil. 3.
Separação de poderes – Brasil. 4. Controle da constitucionalidade –
Brasil. I. Título

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

DAVID ROVERSO MUSSO

SEPARAÇÃO DE PODERES, ISONOMIA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL
COMO BALIZAS DE CONTROLE À CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Ferreira

Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR) – Orientador

Prof. Dr. Jeferson Teodorovicz

Universidade Católica de Brasília (UCB/DF)

Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR)

Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio

Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR)

Curitiba, 3 de março de 2020.

À Lelly e ao Lilo.

AGRADECIMENTOS

Na academia, assim como é no esporte e na vida, as conquistas nunca são individuais. Eu jamais teria chegado até aqui sem o apoio incondicional da esposa Andrea, que tão bem compreendeu as ausências e as viagens semanais, para que se concretizasse esta realização que também é dela, e do filho Murilo, que sempre me esperou em casa com um abraço apertado e um inesquecível sorriso no rosto. Na família, tive a torcida da Gise e do Celso, fiéis incentivadores deste menino que adotaram como filho, do Pai, da Dalva e da Mãe, que não mediram esforços para garantir que a experiência do mestrado fosse a melhor possível. Obrigado.

“Se não doer, não é mestrado”, repetia o Professor Rui Dissenha, nas sempre brilhantes e já saudosas aulas de metodologia. De fato, doeu, mas a convivência com o monstruoso corpo docente do Uninter em muito atenuou este adorável sofrimento. E de lá são muitos a quem eu devo meu mais sincero obrigado. A começar pelo orientador Professor Daniel Ferreira, ser humano brilhante, que combina o gigantesco conhecimento teórico pragmático, com um senso de humanidade ímpar. Obrigado pela amizade, pelo carinho, pela paciência e por dividir parcela do seu conhecimento e experiência de vida com este não mais que esforçado orientando. Outras mentes iluminadas são, de igual modo, merecedoras desta singela homenagem: Estefânia Barbosa, Doacir Quadros, Martinho Martins Botelho, fontes inesgotáveis de inspiração, para academia e para a vida. Todos os funcionários do PPGD, obrigado.

Mas foi na amizade que tudo ficou mais suave. Por ela, agradeço ao Cláudio Joaquim Rezende, verdadeiro irmão que a vida me deu, fiel companheiro e incentivador, que gentilmente revisou algumas das versões deste trabalho, e ao amigo Jacskon Roberto Morais Alves, com quem, para além dos estudos, formulei piadas, dividi risadas e muitos dos momentos de protocolar desespero acadêmico.

O mestrado de fato proporcionou a convivência com pares dos mais inteligentes com os quais já tive a oportunidade de me relacionar. Citar nominalmente todos os amigos não caberia nesta página, por isto, à nossa turma de 2018, sem exceção, agradeço a amizade, o aprendizado, os momentos vividos e a sempre fiel parceria.

Para finalizar, uma especial deferência ao leitor que está prestes a se aventurar na leitura dessas mal traçadas linhas, pela escolha e pela confiança. Nada destas centena e meia de páginas teria sentido, se fosse para escrever ao vento. Obrigado.

*“We must cultivate, all of us, a certain
ignorance, a certain blindness, or society
will not be tolerable”.*

(J. M. Coetzee)

RESUMO

O trabalho tem como tema o controle da concretização das políticas públicas no Brasil. Resultado de pesquisa desenvolvida na área de concentração Poder, Estado e Jurisdição, na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, parte do problema de que o Estado que professa o modelo de bem-estar social, é ao mesmo tempo, marcado por sua posição periférica no cenário global, pelo estabelecimento do capitalismo tardio, por sucessivas crises institucionais e financeiras ao longo de sua história, em que as dimensões de direitos fundamentais, apesar de positivadas no texto da Constituição de 1988, não proporcionam eficácia plena a seus cidadãos. Testa a hipótese de que os princípios da separação de poderes e da isonomia de um lado e da vedação ao retrocesso social de outro, caracterizam-se como balizas objetivas de controle à concretização de políticas públicas no Brasil. Usando como ferramental a pesquisa bibliográfica e como método o lógico-dedutivo, estuda os modelos de organização do Estado moderno, o constitucionalismo brasileiro e a situação da Constituição de 1988, especialmente no seu ideal declarado de construção do Estado de bem-estar social. Explora o conceito de políticas públicas e o processo orçamentário brasileiro, como instrumentos do verdadeiro jogo democrático. Ao final, analisa os tipos de controle de políticas públicas e elege o controle judicial como objeto particular de estudo. Conclui por ser recomendável o controle judicial das políticas públicas, realizado no respeito à cláusula da separação de poderes e aos critérios de isonomia material, consideradas as consequências práticas da decisão judicial, sempre que evidenciada a violação do núcleo essencial do direito fundamental.

Palavras-chave: políticas públicas; direitos fundamentais; separação de poderes; controle judicial.

ABSTRACT

This dissertation has as its theme the control of the implementation of public policies in Brazil. Result of research developed in the line Jurisdiction and Process in Contemporaneity, part of the problem that the State, which professes the model of social welfare, is, at the same time, marked by its peripheral position in the global scenario, by the establishment of late capitalism, by successive institutional and financial crises throughout its history, in which the dimensions of fundamental rights, although positivized in the text of the 1988 Constitution, do not provide full effectiveness to its citizens. This work tests the hypothesis that the principles of separation of powers and isonomy on the one hand; and the prohibition against the social setback of another, are characterized as objective beacons for the realization of public policies in Brazil. Using bibliographic research as a tool; and as a logical-deductive method, this work studies the organization models of the modern state, the Brazilian constitutionalism and the situation of the 1988 Constitution, especially in its declared ideal of building an authentic social welfare state. This research explores the concept of public policies and the Brazilian budget process, as instruments of the true democratic game, in order to finally analyze the types of public policy control, when it chooses judicial control as a particular object of study. This research concludes that the judicial control of public policies is recommended, carried out with due regard for the separation of powers clause and the criteria of material equality, considering the practical consequences of the judicial decision, whenever the violation of the essential core of the fundamental right is evidenced.

Keywords: public policy; fundamental rights; separation of powers; judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 O ESTADO MODERNO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1 OS MODELOS DE ESTADO E A SEPARAÇÃO DE PODERES.....	6
1.1.1 Os modelos de Estado no tempo	6
1.1.2 O Estado moderno e a separação de poderes	19
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
1.2.1 Das dimensões de Direitos Fundamentais.....	31
1.2.2 Da vedação ao retrocesso social	37
1.3 O ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
1.3.1 Breve histórico do constitucionalismo no Brasil	41
1.3.2 Os direitos fundamentais e a Constituição de 1988.....	49
2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	56
2.1 DO ORÇAMENTO PÚBLICO.....	65
2.1.1 Funções e princípios do orçamento público.....	67
2.1.2 O processo orçamentário brasileiro e a participação democrática	77
2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DA DISCRICIONARIEDADE	90
2.2.1 Do conceito de políticas públicas	91
2.2.2 Da discricionariedade.....	98
3 O CONTROLE JUDICIAL DA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	104
3.1 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	108
3.1.1 Separação de poderes no controle judicial de políticas públicas.....	108
3.1.2 A isonomia no controle judicial de políticas públicas	118
3.2 O CONSEQUENCIALISMO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	125
3.2.1 A consequência como postulado hermenêutico da decisão judicial	133
3.2.2 A consequência como dever de motivação da decisão judicial	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148

INTRODUÇÃO

Ao longo da história brasileira não foram raras as vezes em que o país se viu envolto numa grave crise fiscal, a avalizar o que se costumou a chamar popularmente de “medidas amargas” – materializadas, em geral, em projetos de lei do Executivo ou do Legislativo, com manifesto o objetivo de conter o avanço do déficit nas contas públicas. Para que se tenha como exemplo, todas as rupturas institucionais da história brasileira – havidas em 1889, 1930, 1937, 1945 e 1964 – tiveram como ao menos um dos motivos declarados pelos “revolucionários” da época, a necessidade de reorganizar as contas públicas. O efeito prático dessas tentativas de reorganização do caixa estatal se traduz, invariavelmente, na redução de serviços públicos tidos como de pesada manutenção financeira para o Governo.

Ainda que em ao menos duas Constituições brasileiras (1934 e 1946) tenha declarado o legislador constituinte o ideal pela construção de um autêntico Estado Social, somente a partir da Constituição de 1988 que o objetivo encontra um cenário institucional favorável. As reiteradas violações aos direitos individuais básicos do cidadão brasileiro, havidos durante os 21 anos de ditadura civil-militar, resultaram num projeto constituinte preocupado não somente em positivar garantias fundamentais – como tantas outras fizeram – mas de assegurar a efetividade dos direitos.

A Constituição de 1988 é sistemática ao garantir os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, e também ao prever instrumentos processuais e de políticas públicas que assegurem a fruição dos direitos positivados. Nesse contexto, os direitos sociais voltados à concretização de uma igualdade material são alçados como prioridades constitucionais, que devem nortear as ações do Estado. É o entendimento de que a existência digna se realiza nos direitos fundamentais à vida, à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, dentre outros.

O extenso rol de direitos fundamentais a exigir uma prestação positiva do Estado aumenta significativamente na emergência do texto constitucional de 1988. Tornar efetivo os direitos sociais demanda planejamento, recursos e, em alguns casos, vontade política para implementação de políticas públicas – via pela qual o Estado faz fruir os direitos. Quando qualquer destas demandas falta a política pública não se realiza e, logo, um direito fundamental pode deixar de ser realizado materialmente a um cidadão.

Os direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988 são concretizados via políticas públicas, implementadas, em regra, por iniciativa legislativa, que tem sua execução a cargo do Executivo. Nesse sentido, é de elementar pressuposição a ideia de que a manutenção dos direitos fundamentais de prestação exige o empenho de vigorosos recursos por parte do Estado. É dizer que para desenvolver políticas públicas é necessário o planejamento prévio, seguido da realização de receitas estatais aptas a dar manutenção ao gasto planejado.

O processo de concretização das políticas públicas tem início quando Poder Executivo elabora a proposta orçamentária para o ano seguinte, em que planeja as receitas e discrimina quais serão as suas despesas, no seu critério de prioridades, submetendo-a, posteriormente, ao crivo do Poder Legislativo. No Parlamento os legisladores escrutinam a proposta, modificam e emendam o projeto, segundo seus critérios de prioridade, devolvendo a peça para a sanção do Chefe do Executivo.

Este processo de definição elenca em quais áreas o povo, por meio de seus representantes, julga como prioritárias no recebimento dos escassos recursos estatais. Diz-se escassos, evidentemente, não diante do montante total, mas do potencial daqueles recursos atender o todo das necessidades humanas. A aprovação da lei orçamentária é apenas o primeiro passo do processo, que não se traduz em investimento certo. São inúmeros os fatores que podem obstar realização do investimento planejado em momento posterior, como a inexistência de lei, a não realização da receita programada para o período, a falta de recursos, e até mesmo, a discricionariedade administrativa. Ou, o mais comum deles: a crise financeira.

Em situação de normalidade institucional, quando a economia e as finanças públicas não demandam preocupações especiais, não se observa na agenda política questionamentos mais intensos em relação ao modelo de Estado inaugurado pela Constituição de 1988. Esse cenário se altera drasticamente quando as instituições estatais vão mal: políticas públicas de baixa qualidade, inflação, desemprego, descontrole das contas públicas, dentre outras situações, observadas com frequência e de modo cíclico na história política brasileira.

Desde promulgada a Constituição de 1988 o Brasil experimentou duas grandes medidas com o objetivo de reestruturar as contas públicas, disciplinando o modo com o qual o administrador deve agir ao empenhar recursos públicos. No ano 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal padronizou o sistema de câmbio flutuante, metas de

inflação e superávit primário, sob pena de incorrer o gestor público em improbidade administrativa e crime de responsabilidade, na inobservância deste sistema. Desde a edição da Lei, não pode o gestor público, ao menos em tese, gastar mais do que arrecada, sem a autorização do Legislativo.

Em 2016, disposição ainda mais radical a impor um limite aos gastos públicos, foi promulgada pelo Congresso Nacional por meio de uma Emenda Constitucional: o teto de gastos públicos. Desde aquele ano, o governante somente pode gastar o valor realizado no ano anterior, corrigido pela inflação observada no período. A medida vale por 20 anos.

Parece elementar a constatação de que limitar os gastos públicos significa, em algum modo, diminuir o alcance das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, especialmente aquelas aptas a fazer fruir os direitos fundamentais de prestação. Mas as mencionadas reformas legislativas se viram implementadas diante de cenários reais de crise fiscal e de gasto público acentuado. Ainda que possa ser questionado o modelo de política de austeridade adotado, não pode ser desconsiderada nesta análise a máxima elementar da matemática, de que em todos os cenários, os recursos materiais são finitos, enquanto as necessidades humanas são infinitas.

Épocas de crise financeira estatal culminam, quase sempre, na redução quantitativa e qualitativa da oferta de serviços públicos. Não raro são noticiados a falta de vacinas e medicamentos na rede pública de saúde, o corte de investimentos em infraestrutura e saneamento básico, a suspensão de programas de transferência de renda, de construção de moradias populares e cisternas para as regiões de seca, o corte de incentivos à economia e à geração de emprego, a diminuição da oferta de bolsas de estudo para a pesquisa, dentre outros, que costumam afetar com maior intensidade parcela mais pobre da população.

Se por um lado emerge o cenário de crise e a pressão pela manutenção das contas públicas em ordem, por outro, há o mandamento constitucional pela vedação ao retrocesso social. Na vigência do Estado democrático de direito, em que as normas constitucionais atinentes a direitos fundamentais são dotadas de eficiência e eficácia, não pode o Estado se manter inerte à fruição dos direitos de seus cidadãos. A negativa na oferta de um serviço público de um lado e a necessidade humana de outro, clamam pela intervenção do Judiciário, que se provocado, deve julgar reintegrar a ordem jurídica violada.

Se são comuns as notícias das inúmeras ausências ou falhas do Estado na concretização de políticas públicas, do mesmo modo ocorre com os constantes apontamentos de que o Poder Judiciário obrigou o Estado ao fornecimento de um medicamento, a custear um tratamento de alto custo, a prover uma vaga em creche pública, dentre outros, sempre com fundamento na existência de um direito fundamental particular, ora violado pela Administração Pública.

A questão que se coloca é localizar quais são as balizas de controle na concretização das políticas públicas no Brasil. Em caráter preliminar, tem-se que a realização de políticas públicas encontra limites na isonomia e na separação de poderes de um lado, e no princípio da vedação ao retrocesso social de outro. Guias que teriam o condão de vincular o Executivo, Legislativo, e Judiciário, que devem considera-las sempre que julgar necessário interferir na seara de outro poder.

A confrontar a hipótese vergastada, o planejamento para o presente trabalho, inserido na área de concentração Poder Estado e Jurisdição, na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, é organizado a evidenciar, preliminarmente, como se chegou até o paradigma dos dias atuais. No primeiro capítulo promove detida análise dos modelos de Estado ao longo da história moderna, apresentação que é seguida do paradigma da separação de poderes, e das dimensões de direitos fundamentais. O esforço é no sentido de apresentar o processo de evolução paulatina de conquistas de direitos fundamentais dos países do hemisfério norte, concatenada com o princípio da vedação ao retrocesso social como ferramenta de proteção às dimensões de direitos.

O processo de situar o paradigma constitucional global encontra-se ainda no primeiro capítulo, com o processo de desenvolvimento de direitos fundamentais no Brasil. O estudo da forma com a qual os modelos de Estado e as conquistas de direitos fundamentais havidas no hemisfério norte influenciaram a história constitucional brasileira. Ao final da primeira seção há a apresentação da Constituição de 1988 e sua sistemática de proteção dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

Ao meio do trabalho, cuida-se da definição das políticas públicas como ferramentas de concretização dos direitos sociais da Constituição de 1988. Num cenário social que não experimentou de forma gradativa as sucessivas dimensões de direitos fundamentais havidas nos países do hemisfério norte, o planejamento da alocação dos escassos recursos do Estado assume caráter de fundamental

relevância. Reconhecendo esta realidade que fixou o legislador constituinte o planejamento contínuo como impositivo, em relação a definição de prioridades do investimento do Estado.

No segundo capítulo são apresentados o orçamento público, em suas funções e princípios, bem como, o processo orçamentário brasileiro como ferramenta democrática da definição social de prioridades de investimento. Definir prioridades orçamentárias não se traduz, de modo automático, em políticas públicas, razão pela qual é reservada ainda para a segunda seção, a definição conceitual de políticas públicas e os limites da discricionariedade que é conferida ao administrador público.

O planejamento de investimentos estatais exigido pela Constituição de 1988 tem realização condicionada a inúmeros fatores. Por essa razão, a concretização das políticas públicas não está isenta de controle, que pode se dar pela via do Executivo, na autotutela; do Legislativo, no seu dever de fiscalização e por seus órgãos de controle externo, como são os Tribunais de Contas; ou ainda, pelo Poder Judiciário.

O controle judicial das políticas públicas tem espaço dedicado no terceiro e último capítulo, que retoma os argumentos contrários e a favor da ingerência judicial sobre os demais poderes, sob as perspectivas dos paradigmas da separação de poderes e da isonomia. Atestada a legitimidade de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, o trabalho desenvolve as inovações trazidas pela recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diante de um alegado cenário de insegurança jurídica, em que os princípios se faziam lançados nas sentenças judiciais para justificar todo e qualquer tipo de decisão, incluiu o legislador no texto da LINDB um postulado hermenêutico, que se materializa numa técnica de decisão voltada a considerar as consequências práticas da decisão judicial, e ainda, um dever específico de fundamentação, em que o julgador se vê obrigado a declinar o caminho racional que percorreu para decidir da forma que decidiu, justificando ainda a razão de ser a opção escolhida, melhor que as outras disponíveis ao mesmo caso.

Ao final, com base nas balizas de controle à concretização das políticas públicas e nos critérios que norteiam o processo de decisão judicial estabelecidos pela LINDB, aponta as considerações finais que depreende do presente estudo, para o controle judicial de políticas públicas, com a justa ressalva de que não é possível ofertar soluções em abstrato, mas somente pela via do caso concreto.

1 O ESTADO MODERNO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento dos direitos fundamentais não poderia ser compreendido em sua completude, sem a noção de Estado e suas responsabilidades nos períodos absolutista, liberal, social e democrático. Cada um destes períodos inspirou um diferente papel de atuação do Estado perante a sociedade, especialmente no que diz respeito ao implemento de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais. Dessas experiências, extraem-se importantes lições sobre a forma de organização estatal, que inspiram a ordem institucional brasileira.

1.1 OS MODELOS DE ESTADO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1.1 Os modelos de Estado no tempo

Antes de adentrar as características que definem a formação do Estado moderno, relevante perpassar por uma breve revisão do contexto no qual estavam inseridos os revolucionários liberais. Quando se pensa em “absolutismo”, o termo é facilmente associado a um governante egoísta, despótico, mau, comprometido com os próprios interesses em detrimento do bem-estar de seus súditos.¹ Em verdade, a estreita definição de absolutismo guarda conexão mais com a etimologia do termo, que com outros significados facilmente associáveis – ainda que não falem exemplos na história, de governantes passíveis de serem adjetivados na forma mencionada.

Absolutismo é modelo de Estado em que o poder político é exercido de forma ilimitada pelo soberano e nele, resguardavam-se as prerrogativas de legislador, da administração pública e solução de controvérsias – tanto que na mais certa das definições, o Rei Luís XIX da França (1.661 a 1.715) teria afirmado: “O Estado sou eu”. No absolutismo o Estado não se submete à própria ordem jurídica, encontra-se em patamar superior ao regramento legal, sendo impossível, portanto, de ser demandado, quiçá responsabilizado. Este período é caracterizado ainda, pela ausência de direitos individuais de oposição do indivíduo em relação ao Estado.² A

¹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

doutrina da “soberania” é essencialmente baseada em três teóricos clássicos: Nicolau Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes.

Em Maquiavel há uma detida análise do comportamento humano, que seria elemento a pautar o modo de agir do governante. Para o teórico absolutista o homem é dotado das piores qualidades, como a inveja, o interesse e os ciúmes. “Porque os homens são em geral, ingratos, volúveis, dissimulados, covardes e ambiciosos de dinheiro”,³ que condicionam sua fidelidade, enquanto esta lhe ofertar benefícios.⁴ “Quando, porém, a necessidade se aproxima, voltam-se para outra parte. E o príncipe, se apenas confiou inteiramente em palavras e não tomou precauções, está arruinado”.⁵

O governante deve então se impor a conservar o Estado sob seu poder, independentemente da forma utilizada para tanto. “Os meios que empregar serão sempre julgados honrosos e louvados por todos, pois o vulgo se deixa levar por aparências e pelas consequências dos fatos consumados”.⁶ Recomenda Maquiavel, que a dominação seja realizada por meio da força. “Da parte do conspirador não há senão medo, inveja e suspeita de castigo, que o traz atormentado; da parte do príncipe há a majestade do principado, leis, defesa dos amigos e do Estado, que os resguardam”.⁷

O comportamento do soberano perante os súditos, defende o autor, deve ser pautado pela dissimulação, mostrando-se o príncipe, sempre que puder, como “clemente, fiel, humanitário, íntegro e religioso”,⁸ mas que disposto a tornar-se o contrário quando obrigado pelas circunstâncias, sendo que “a crueldade do príncipe (bem praticada) mantém seu poder, e com ele o Estado”.⁹

Bodin ratifica a defesa de que o exercício do poder do soberano deve ser absoluto. “Ora, é preciso que aqueles que são soberanos não estejam de forma alguma sujeitos aos comandados de outrem e que possam dar a lei aos súditos e

³ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte; tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977, p. 94-95.

⁴ Napoleão Bonaparte, líder político e militar da Revolução Francesa, parece concordar com a assertiva de Maquiavel em relação ao comportamento humano, quando asseverou querer “enganar os príncipes os que afirmavam que todos os homens são bons”. Idem.

⁵ Idem.

⁶ Ibidem, p. 101.

⁷ Ibidem, p. 105.

⁸ Ibidem, p. 100.

⁹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 54.

cassar ou anular as leis inúteis para fazer outras”.¹⁰ O poder concentrado nas mãos do rei é justificado nas leis divinas e da natureza, as únicas as quais estão sujeitas os “príncipes da terra”.¹¹

O poder absoluto, porém, em nada se confunde com poder arbitrário, quando ao rei lhe seria vedado alienar os bens da coroa, gerir o reinado como se fosse sua propriedade, impor tributos a população sem o seu consentimento, devendo respeitar ainda o direito de propriedade de seus súditos, numa noção, ainda arcaica, da necessidade de o rei respeitar os direitos de seus comandados.

Em Thomas Hobbes há o aperfeiçoamento das ideias de Maquiavel em dois sentidos: primeiro, quando intensifica o julgamento pessimista em relação ao ser humano, ao classificá-lo como individualista, egoísta, pessimista e fechado. Segundo, quando justifica o exercício do poder não como mera manifestação da força, mas como a institucionalização do uso da força, que tem no Direito sua via condutora.¹²

Para Hobbes, no estado de natureza os seres humanos estão em constante estado de guerra, no objetivo de preservar a própria existência, sendo que o poder absoluto é elemento a promover a pacificação social, quando interrompe, ao fazer uso da força institucionalizada, o ciclo natural de confronto entre iguais. O soberano tem ainda deveres perante os súditos, como o de fazer boas leis¹³ e respeitar a propriedade privada.¹⁴

A síntese do que representou o regime absolutista pode ser baseada em duas características fundamentais: a concentração de poder ilimitado ao monarca, representante de Deus na terra, e a ausência de qualquer previsão legal de direitos básicos de proteção ao cidadão.¹⁵ Isso não se traduz na inexistência completa de políticas públicas do Estado.¹⁶ Em verdade, o soberano é o responsável por criar e

¹⁰ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel; revisão técnica da tradução José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo, Ícone, 2011, p. 206.

¹¹ Ibidem, p. 207.

¹² SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 55.

¹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck; tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 295.

¹⁴ Ibidem, p. 275.

¹⁵ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos Humanos, Constituição e Democracia na Nação e no Mundo. **Nomos**. Fortaleza, v. 20, p. 21-32, jan./dez., 2006, p. 2.

¹⁶ Uma das justificativas da concentração de poder absoluto no soberano se dava por ser este quem iria impedir a barbárie. Logo, haviam, no mínimo, políticas públicas a garantir a segurança do reino e, por consequência, de seus cidadãos – ainda que não da forma como se conceituou política pública a partir do Estado moderno.

executar as leis, as quais não está pessoalmente sujeito, sendo que apenas o povo têm a obrigação de guardar deveres para com o Estado.¹⁷

O ideal absolutista foi de fundamental importância no surgimento da burguesia, nos primeiros passos do capitalismo moderno. Isso se deu, quando imbuída em razões de cunho econômico, voltada ao crescimento do mercado e da obtenção do lucro, abriu mão a burguesia do seu poder político em favor do soberano, em termos semelhantes com os quais teorizou Thomas Hobbes.

Mas é chegado o momento em que os interesses da burguesia passam a se chocar “com o Estado absolutista, pois a expansão das atividades mercantis não foi acompanhada por estruturas que possibilitassem seu pleno desenvolvimento: O Estado absolutista ainda era feudal”.¹⁸ Neste ponto, deter tão somente o poder econômico não era suficiente aos burgueses,¹⁹ fazia-se necessário tomar também o poder político das mãos dos aristocratas.²⁰ Com a revolução, nasce o Estado Liberal.

Se há uma constatação que teóricos tanto do direito, quanto da ciência política parecem convergir, essa diz respeito a dificuldade de conceituar e entender o que representa o fenômeno liberalista. O problema fundamental é que a própria compreensão da teoria liberal sofreu mutações ao longo dos séculos, de cunho sociológico, político e ideológico. Por isto, não há “um só liberalismo”, mas sim, uma teoria multifacetada, de plurisignificados, que são elementos a conferir elevado grau de dificuldade à pesquisa acadêmica.²¹

De qual liberalismo se pretende tratar? O que representa a própria palavra liberal assume significados distintos, dependendo da posição do globo terrestre em que esta é cunhada. Ser liberal na Europa continental não é o mesmo que ser liberal na América Latina. Nos Estados Unidos, desde o *New Deal*, liberalismo é sinônimo de

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 248.

¹⁸ FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e Direitos Sociais: uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, p. 27-50, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557/271>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 31.

¹⁹ “A monarquia absoluta não tinha mais remédio senão exercitar a política daqueles interesses. Qualquer vacilação custar-lhe-ia o poder. Aí avulta toda a contradição: a superestrutura política do feudalismo abrindo à infraestrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais, o absolutismo real aparelhando enfim a crise revolucionária que teria como corolário sua própria destruição.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46.

²¹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 55.

liberal-socialismo, que tem particular preocupação com a igualdade material, em detrimento ao tradicional ideal burguês de Estado mínimo. É dizer que o liberalismo é plural tanto na concepção, quanto no seu conteúdo.²²

Por essa razão, a exemplo do que fizeram os autores que inspiram o presente estudo, buscando ainda a manutenção da fidelidade às diretrizes, à problemática, ao tempo de pesquisa e as opções de recorte metodológico deste trabalho, tem-se a seguir a tentativa da construção de um significado essencial do que representa a teoria liberal. A construção de um “quadro referencial unívoco”²³ que marca o movimento, voltados: a defesa da liberdade formal no campo político,²⁴ e a uma “doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”.²⁵

A percorrer o caminho proposto, tem-se a classificação da teoria liberal em três núcleos materiais distintos: o moral, o político e o econômico.²⁶ Distinções fundamentais para que se possa compreender, guardadas as devidas proporções já delineadas, a essência do pensamento liberal.

No núcleo moral há a valorização dos direitos básicos elementares à condição de ser humano, como a liberdade, a dignidade e a vida. Há ainda uma preocupação particular no que diz respeito a proteção do cidadão contra as ações do Estado. Nesse sentido, mostra-se inevitável a reafirmação dos teóricos do contrato social, que justificam do poder soberano no exercício do direito natural delegado, especialmente em John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

O direito de oposição do indivíduo ao Estado é o elemento que vai garantir a liberdade do homem²⁷ – sendo as liberdades individuais (como são as de pensamento, expressão, crença, e participação social) materializadas na possibilidade de o indivíduo participar e marcar posição na sociedade, no limite das suas capacidades e competências.

²² STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 52.

²³ Ibidem, p. 51.

²⁴ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 57.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 17.

²⁶ MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Tradução de Luis de Moura e. Maria de Moura. Brasília: UnB, 1982, p. 38-52.

²⁷ “[...] a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 403.

O núcleo político da teoria liberal é apresentado pelos direitos políticos de representação, como o voto, eleições, convicção e manifestação política. Sua organização se dá por meio de quatro aspectos fundamentais: o consentimento individual, de inspiração em John Locke, como justificativa do exercício do poder pelo Estado; de representação, delegada a legislatura e limitada aos termos postos preliminarmente pelos reais detentores do poder; constitucionalismo,²⁸ que têm na Constituição o documento formal que delimita o poder político, estabelece os direitos e garantias fundamentais, bem como, divide as funções do Estado; e, soberania popular, a participação popular direta, de inspiração rousseauiana, a conter os riscos de uma absolutização do poder da legislatura.²⁹

O terceiro e último núcleo essencial do Estado liberal é o econômico. Nele resta consignada a necessidade de proteção aos direitos econômicos, a propriedade privada, ao individualismo e o sistema capitalista de mercado. O ideal é o de que é preciso garantir a liberdade do indivíduo, limitando o papel estatal tão somente a manutenção da ordem e da segurança, o que passou a ser denominado como Estado mínimo.³⁰

Os indivíduos precisam, então, ter liberdade para atuar no mercado, que se auto organiza em caráter constante, mediante a oferta e a demanda, bem como, pela saída e entrada de novos competidores. A harmonia social é garantida pela liberdade do indivíduo, pela livre concorrência, e no embate entre os interesses e forças econômicas. É a regulação do mercado pela competição, isenta de qualquer intervenção do Estado.³¹

O núcleo econômico do Estado liberal guarda influências também no utilitarismo e no princípio da utilidade, segundo o qual todas as ações do ser humano são por ele governadas sob o domínio da dor e do prazer. O reconhecimento da sujeição do homem a estes “dois senhores soberanos” é o fundamento de princípio da teoria que defende que as escolhas do ser humano são guiadas segundo a

²⁸ Mais que a própria Constituição, o “sentimento constitucional como modo de integração política” foi a grande arma que contribuiu para a derrubada do regime absolutista. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. Cit., p. 2.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 54.

³⁰ Neste momento histórico, são observadas as primeiras tentativas de sistematização de políticas públicas, à época, voltadas a proteção e fruição dos direitos fundamentais de primeira dimensão, como se verá mais adiante.

³¹ SMITH, Adam. Investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações. Tradução Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira. In: **Os pensadores**: Adam Smith, David Ricardo. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 47-53.

tendência que estas terão de aumentar ou diminuir a sua felicidade, cujo interesse está em jogo.³²

Na lógica de racionalidade da teoria utilitarista o ser humano atribui valor de utilidade a cada objeto, de acordo com sua subjetividade, ou atributos da mente, fundados em sentimentos ou estados de consciência.³³ No meio desta equação é situada a teoria capitalista e o livre mercado.³⁴

A síntese do que representa a essência do Estado Liberal, é de se afirmar que este representou uma teoria *antiestado*, voltada aos interesses do indivíduo e suas iniciativas, que tem na Constituição sua carta política fundamental. Em oposição a presença do Estado absoluto a regular a ação das pessoas, o papel estatal liberal se mostra reduzido no dever das garantias da ordem, da segurança e dos contratos, bem como, da resolução de conflitos entre os particulares, pelo juízo imparcial e sem o uso da força.

Em relação às liberdades, é responsabilidade do Estado proteger e zelar pela manutenção dos direitos civis e de propriedade, das liberdades pessoal e econômica, do acesso ao mercado capitalista, e por assegurar a possibilidade da busca do indivíduo de sua posição na sociedade, de acordo com suas capacidades e competências. O papel do Estado na sociedade é, então, negativo, voltado a proteção dos indivíduos, sendo toda e qualquer ação que escape a estes parâmetros previamente delimitados, potencial ofensa a liberdade dos cidadãos, portanto, desautorizada.

A teoria liberal, “escaldada” com os abusos arbitrários do absolutismo, construiu seu regime sob um dogma: o da não intervenção do Estado na vida econômica e social. Na lógica racional liberal, quanto maior o tamanho do Estado,

³² BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: **Os pensadores**: Jeremy Bentham, John Stuart Mill. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 5-6.

³³ MILL, John Stuart. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. Traduções de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. In: **Os pensadores**: Jeremy Bentham, John Stuart Mill. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 123-124.

³⁴ Mill defende que a educação é o elemento a qualificar a escolha dos indivíduos, para que com o auto-esclarecimento, possam melhor ponderar quanto as escolhas de prazer que lhe são ofertadas, quiçá, fazendo-os renunciar um prazer imediato, para aproveitar um prazer maior, em momento posterior. Para o teórico, prover a educação dos indivíduos, a esclarecer o auto-intereesse, deve ser responsabilidade do Estado. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 56. De igual modo, este se fazia como compromisso liberal na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793. “XXII – A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer tom todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.

proporcionalmente menor será o espectro de liberdades do indivíduo, razão que orienta sua contenção aos papéis de garantidor da propriedade, dos contratos, da segurança e da ordem, e da resolução de outras querelas entre particulares, sem o uso da força, pelo juízo imparcial.

Com essa organização social o Estado Liberal conquistou avanços que não podem passar despercebidos na análise que se pretende. O fim da escravidão, a tolerância religiosa, a liberdade de imprensa, a representação por meio do voto, constituições escritas e o livre comércio, que apesar dos grandes problemas que ocasionou, foi responsável pelo desenvolvimento humano e tecnológico em larga escala, jamais vista antes na história da humanidade somente foram possíveis através da revolução liberal. Conquistas observadas a partir da noção quase religiosa de que quanto maior o Estado, mais frágil é a liberdade.

No fim do século XIX este dogma começa a ser questionado com intensidade, no surgimento dos novos liberais. Para esses teóricos o impedimento das ações do Estado na economia não se compatibiliza com a realidade industrial que passou a ser vivenciada nas grandes cidades.

O caráter formal e negativo das liberdades começa a ser revisado em Thomas Green, filósofo e idealista britânico que fazia coro com os novos liberais. “Quando falamos em liberdade como algo de inestimável, pensamos num poder positivo de fazer coisas meritórias ou delas usufruir. Portanto, a liberdade é um conceito positivo e substantivo, e não um conceito formal e negativo”.³⁵

Os novos liberais passam a defender o papel do Estado como agente social removedor de obstáculos, mediante reformas específicas e bem planejadas “que possibilitassem a um maior número de indivíduos gozar das mais altas liberdades”.³⁶ Note-se que há um rompimento completo em relação ao dogma fundante do liberalismo de que quanto mais Estado, menos liberdade. O aperfeiçoamento teórico liberal passa a defender que sem Estado, sem liberdade, ao passo que faz acreditar que as classes médias vão “atenciosamente ajudar os pobres a se tornarem bons e conscienciosos burgueses”.³⁷

³⁵ MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 141.

³⁶ Ibidem, p. 142.

³⁷ Idem.

A liberdade é consignada então a igualdade de oportunidades. Do mesmo lado do *front*, o economista britânico William Beveridge passou a defender a segurança social como pressuposto à liberdade individual.³⁸ A Igreja Católica também tem papel de relevo, no que diz respeito a adesão e formulação teórica deste novo liberalismo, no que passou a se chamar de “doutrina social da igreja”, com a formulação pelo sumo pontífice de sucessivas encíclicas papais que moldaram um liberalismo qualificado pela atenção ao social.³⁹

A reconciliação do Estado com a sociedade, se é que se pode assim afirmar, deu-se ainda por meio de lutas populares e da noção marxista de classes: burguesia e proletariado. Paulatinamente cediam os liberais à pressão pelo sufrágio igualitário, extensivo aos pobres e às mulheres; a formação de partidos políticos de massa, tanto no que diz respeito a reivindicação eleitoral, quanto no que tange ao conteúdo material das reivindicações políticas; os movimentos operários, que pleiteavam a regulação das relações de trabalho;⁴⁰ bem como, das reivindicações pela organização da assistência social de forma sistêmica.⁴¹

O produto resultado das lutas sociais se apresenta no progressivo implemento pelo Estado de seguros contra acidentes de trabalho e doenças profissionais, o nascimento de uma legislação trabalhista tendente a frear os excessos mais repugnantes do capitalismo – especialmente no que diz respeito ao limite de horas na jornada de trabalho, o trabalho infantil e das mulheres –, e a materialização das antes

³⁸ BEVERIDGE, William. **Social insurance and allied services**. London: Majesty's Stationery Office, 1942, p. 11-12.

³⁹ “Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. [...] Mas, entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do salário, há numerosos pontos de vista a considerar. Duma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de que explorar a pobreza e a miséria e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas; que cometeria um crime de clamar vingança ao céu quem defraudasse a qualquer no preço dos seus labores: “Eis que o salário, que tendes extorquido por fraude aos vossos operários, clama contra vós: e o seu clamor subiu até aos ouvidos do Deus dos Exércitos”. Enfim, os ricos devem precaver-se religiosamente de todo o ato violento, toda a fraude, toda a manobra usurária que seja de natureza a atentar contra a economia do pobre, e isto mais ainda, porque este é menos apto para defender-se, e porque os seus haveres, por serem de mínima importância, revestem um carácter mais sagrado. A obediência a estas leis — pergunta-mos Nós — não bastaria, só de per si, para fazer cessar todo o antagonismo e suprimir-lhe as causas?”. LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**: sobre a condição dos operários (15/05/1891). Disponível em: <http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso 11 jan. 2020.

⁴⁰ Que tem como expoente a luta pelos três oitos (oito horas de trabalho, oito horas de lazer e oito horas de sono).

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 59.

já previstas obrigações positivas por parte do Estado⁴² nos campos da educação e da assistência social. Observa-se, então, a progressiva *estadualização* da sociedade e a recíproca *socialização* do Estado.⁴³

O aumento dos cidadãos habilitados a exercer o direito de voto, com a extensão do sufrágio aos sem posses, aos pobres, proletários e às mulheres, têm papel fundamental nessa alteração de cenário, que qualificou a luta social para conquistas de direitos. Por meio do voto houve a reorganização da sociedade, que passou a reivindicar em grupo, via partidos políticos e demais movimentos de representação popular, o que tornou políticos e o próprio governo suscetíveis à agenda voltada para o social, que ganha força no continente europeu.

Ainda que não estreme de dúvidas, o Estado seguia à época passível ser caracterizado como de matiz liberal⁴⁴ – mesmo quando consideradas a alteração de matriz teórica e a forte redução na liberdade contratual e econômica, decorrente do aumento da presença do Estado na sociedade.⁴⁵

O reconhecimento de mais direitos por parte do Estado não foi suficiente, porém, diante do quadro de degradação causado pela política liberal, pelo livre mercado e pela Revolução Industrial, como o agigantamento dos centros urbanos, o surgimento do proletariado, que tem origem no desenvolvimento industrial, e a consequente destruição dos antigos e conhecidos modos de vida da população, que passou a migrar do campo para superpovoar as grandes cidades.

Este cenário é agravado na emergência de um aterrorizante evento de primeira grandeza, logo no início do século XX: a Primeira Guerra Mundial, que põe fim ao otimismo liberal fundado na ideia de harmonia social com base na auto regulação dos mercados.⁴⁶ Este acontecimento é tido como o marco de eclosão do Estado Intervencionista, quando na economia de guerra, todo o planejamento econômico-financeiro da nação se volta em torno de suas necessidades militares. O objetivo

⁴² Nos termos dos artigos XXI e XXII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispunha sobre os domínios do ensino e da assistência social, respectivamente – ainda que, para muitos à época, como normas programáticas liberais.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987, p. 189-190.

⁴⁴ No limiar da já mencionada fluidez do termo “liberal”, de plurisignificados.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 59.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Op. Cit., p. 190.

estatal passa ser o de auferir renda suficiente a manter as despesas de guerra e o poderio bélico, a evitar a dominação por outra nação.⁴⁷

A Primeira Guerra Mundial se caracteriza para Jorge Reis Novais como a grande consequência de um liberalismo afundado em suas próprias contradições, quando o desenvolvimento desregulado da economia foi capaz de gerar a degradação do próprio quadro social liberalista. A teoria liberal avalizou uma sociedade auto regulada de atores de mercado livres e iguais, que se viu na iminência de concorrer lado-a-lado com agentes econômicos em monopólio. O monopólio, por sua vez, era incentivado e até mesmo financiado pelos Estados nacionais, que se envolveram numa concorrência desenfreada pela dominação do mercado, que descambou na recessão e na crise global que contaminou todo o sistema.

A Guerra seria então o produto natural dessa realidade, quando deixam de existir duas condições essenciais ao regime liberal e ao capitalismo: a possibilidade de seguir gerando lucro, como excedente social de riqueza; e um consenso na vida política em torno de questões fundamentais para o funcionamento da sociedade.⁴⁸

O conflito global muda radicalmente a forma de intervenção do Estado na economia e na sociedade, impondo restrições ao direito de propriedade e à liberdade contratual. Mais, passou a regular setores os produtivos rural e industrial, bem como, controlar o próprio comércio de bens econômicos, restrições que não cessaram com o fim do conflito, pelo contrário, prolongaram-se diante da necessidade de reconstrução do Estado destruído pela Guerra, bem como, pela nova crise econômica e a Segunda Guerra Mundial. “Estava definitivamente ultrapassada a fase da autarquia e independência da esfera econômica e social perante o Estado político”.⁴⁹

O modelo econômico intervencionista “passa a representar o ideal de uma economia planificada e um modelo a ser seguido por vários Estados”, seja na Guerra ou em tempos de paz.⁵⁰ Para Dalmo Dallari não foi somente a Guerra a relevante causa de transformação do Estado Liberal no Estado Social, mas sim uma sucessão gradativa de eventos: a Revolução Industrial e seus efeitos na urbanização, na mudança nas condições de trabalho, na proletarização e na degradação ambiental; a crise econômica de 1929, que trouxe a necessidade da intervenção do Estado na

⁴⁷ PASSEROTTI, Denis Camargo. **O Orçamento como Instrumento de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Blucher, 2017, p. 22.

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Op. Cit., p. 191.

⁴⁹ Ibidem, p. 192.

⁵⁰ PASSEROTTI, Denis Camargo. Op. Cit. p., 22.

economia, a proteger o sistema capitalista de seus efeitos; a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado intensifica o papel de controle dos recursos sociais; as crises cíclicas do sistema capitalista; a atuação dos movimentos sociais; e, por fim, a alteração no entendimento em favor de uma liberdade positiva, em detrimento da noção clássica de liberdade negativa.⁵¹

A preocupação liberal de garantir o direito a “qualquer cidadão exercer atividade econômica livre de qualquer restrição, condicionamento ou imposição descabida do Estado”⁵² é paulatinamente substituída pelo objetivo de que o Estado passe a “garantir o exercício racional das liberdades individuais”,⁵³ ao argumento de que a “política intervencionista não visa ferir os postulados liberais, mas, tão somente, fazer com que o Estado coíba o exercício abusivo e pernicioso do liberalismo”.⁵⁴ As decisões estatais passam a influenciar o processo produtivo de modo a interferir de maneira planejada nos reflexos de sua produção na economia global, com uma seleção prévia e hierarquização de prioridades de desenvolvimento.⁵⁵

Na macroeconomia, em particular, tem grande influência as ideias de Maynard Keynes, que desenvolve o estudo das formas de intervenção do Estado na economia, no objetivo de perseguir o desenvolvimento econômico, com a manutenção do pleno emprego, da estabilidade monetária e da melhor distribuição de renda.⁵⁶ O Estado dirigente passa a dar ênfase “na existência de uma sociedade de classes em que os interesses de seus membros se mostram antagônicos, opostos à realização do bem comum e à neutralidade do Estado”,⁵⁷ tal qual prescreve a teoria marxista.

O projeto de sociedade passa a ser orientado pelo objetivo de alcançar a justiça social de forma generalizada, e prevê não só as intervenções na política econômica,⁵⁸ mas que o Estado passe a prover as “condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens e serviços e infraestruturas materiais, sem os quais o exercício dos

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246-248.

⁵² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [E-book], p. 74.

⁵³ Ibidem, p. 75.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Op. Cit., p. 193.

⁵⁶ KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85-95; 145-147; 221-229, p. 85-95; 145-147; 221-229.

⁵⁷ PASSEROTTI, Denis Camargo. Op. Cit. p., 23.

⁵⁸ O modelo de Estado intervencionista se consolida com a promulgação da Constituição Alemã de 1919. Conhecida como Constituição de Weimar, a Carta foi pioneira em condicionar as liberdades clássicas do liberalismo à qualificação no atendimento a questão social, naquele que seria o “compromisso constitucional”. PASSEROTTI, Denis Camargo. Op. Cit. p., 25.

direitos fundamentais não passa de uma liberdade teórica e a liberdade de uma ficção”.⁵⁹

O cenário descrito recomenda o questionamento: por que cederam os liberais? Num primeiro momento, porque sentiu-se a burguesia ameaçada diante das tensões sociais que vinham sendo constantemente observadas no seio das grandes cidades, o que conferiu maior flexibilidade ao regime. Depois, porque percebeu a burguesia a possibilidade de extrair benefícios da intervenção estatal na economia, quando a infraestrutura necessária ao desenvolvimento do próprio capitalismo passou a ser financiada pelo Estado.

É dizer que o processo de distensão liberal gerou tripla vantagem aos burgueses: primeiro, a flexibilização do sistema, que possibilitou sua manutenção de forma mitigada; segundo, a divisão por toda a sociedade dos custos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento da atividade capitalista; e terceiro, por encontrar no Estado um grande cliente, auferindo vigorosos benefícios decorrentes da concessão de obras e serviços públicos aos particulares.⁶⁰

O processo de aumento da intervenção do Estado na economia não se dá de forma uniforme, sendo necessário sua divisão em três fases: o intervencionismo, fase inicial observada na decadência do regime liberal, caracterizada por medidas de intervenção esporádicas e vinculadas a eventos específicos, a remediar problemas que poderiam colocar em xeque a manutenção do regime; o dirigismo, quando a atuação estatal ganha fôlego, com atuações sistemáticas de intervenção na economia e auxílio à iniciativa privada; e por fim, a planificação, o estágio acabado do processo intervencionista, com previsões de intervenção de grande lapso temporal, com análise e planejamento global.⁶¹

A transformação do modelo de Estado Liberal se dá, portanto, quando o poder público se assume como garantidor das condições mínimas de existência para o ser humano, bem como, quando passa a atuar como agente regulador do próprio mercado. Ou seja, o Estado passa a mitigar as consequências do liberalismo perante a sociedade, do mesmo modo que passa a garantir a continuidade do próprio mercado, protegendo-o da ameaça que representa si próprio.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Op. Cit., p. 194.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. Cit., p. 69.

⁶¹ Idem.

O desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social pode ser creditado a duas razões: uma de ordem política, fundada na luta por direitos individuais, políticos e sociais; e outra, de natureza econômica, como consequência da própria transformação da sociedade agrária em industrial.⁶²

1.1.2 O Estado moderno e a separação de poderes

Desde a idade antiga há registros históricos de estudos que põem em análise a melhor forma de organização do poder. A justificativa comum a este esforço é a busca por um sistema de governo capaz de garantir o controle do seu exercício, prevenindo o cometimento de abusos por parte daquele que está no seu exercício.

Ainda que o conceito de separação de poderes componha teoria tradicional da idade moderna, na antiguidade já se manifestavam preocupações comuns no que diz respeito a melhor forma de organização do Estado, do exercício do poder e sua divisão por funções. Ao organizar a *polis* Aristóteles (348 a. C.) defendeu a existência de três poderes em qualquer governo: o deliberativo, a magistratura e a jurisdição.

O poder deliberativo é aquele que cuida dos negócios do Estado, que reunido em assembleia decide casos de guerra e paz, alianças, leis, penas de morte, banimento e confisco, bem como, da prestação de contas ao magistrado.⁶³ A magistratura governamental é exercida por pessoas da sociedade civil, escolhidas ou sorteadas. É responsável pela administração dos edifícios públicos, pela regulamentação das edificações privadas e por cuidar da política urbana e do bem-estar da população.⁶⁴ Já a jurisdição é formada por juízes eleitos ou sorteados pela sociedade civil, divididos em oito órgãos, separados por competências específicas que vão desde o roubo às finanças públicas a “assuntos dos estrangeiros”.⁶⁵

Evidente que a noção de divisão de poderes na forma como se tem nos dias atuais não guarda conexão direta com o pensamento aristotélico. Especialmente, quando a complexidade da sociedade organizada à sua época passava ao largo de representar os desafios enfrentados séculos mais adiante, com o advento da idade

⁶² Ibidem, p. 71.

⁶³ ARISTÓTELES, De Anima. **Política**. Tradução, introdução e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 151.

⁶⁴ Ibidem., p. 156.

⁶⁵ Ibidem., p. 159.

moderna. Eram tempos de uma organização estatal ainda primitiva. Há, porém, ideais de relevo em Aristóteles que permanecem válidos na discussão sobre os limites dos poderes e da separação de poderes, como os temas “da igualdade, da democracia, das formas ideais de Estado e seus objetivos”, a essência do seu debate político.⁶⁶

O pioneirismo da formulação nos tempos modernos da teoria da separação de poderes é atribuído a John Locke. Seu estudo emergiu como proposição inaugural ao Estado absoluto, que buscou, num primeiro momento, justificar o exercício do poder, que decorre, segundo ele, da própria natureza humana em sua origem. Para o teórico os indivíduos gozam, desde ao nascer, de perfeita liberdade para regular suas ações e igualdade formal perante seus iguais, tendo a natureza como limite.⁶⁷

Tal como Hobbes, acredita Locke que sem a cessão pelo cidadão de parte de seus direitos em prol do soberano, o estado de guerra se torna inevitável. Assim, a justificativa para o exercício do poder resta amparada na vontade da maioria dos indivíduos, dotados de liberdade e igualdade, quando reunidos em assembleia.⁶⁸ Desta forma, a própria comunidade como detentora do poder, pode personalizar seu exercício na forma que julgar conveniente.⁶⁹

O cerne da teoria desenvolvida pelo teórico guarda conexão com as relações do soberano com o parlamento, bem como, com os limites para o exercício do poder. Para Locke o poder Legislativo estaria limitado à vontade do povo, não havendo margem para arbitrariedades, especialmente quando em condições de igualdade, o consenso vem da maioria, que cedeu parte dos seus direitos inalienáveis para a formação da comunidade.⁷⁰ Já ao Executivo lhe era reservado o papel de dupla submissão: primeiro, à vontade do legislativo; segundo, aos mandamentos da lei.⁷¹

Para evitar o abuso, capaz colocar em xeque a liberdade do indivíduo e da comunidade, propõe Locke que os poderes do Estado sejam confiados em diferentes mãos. Teórico liberal clássico, entendia como inalienáveis os direitos “a propriedade

⁶⁶ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 11.

⁶⁷ LOCKE, John. Op. Cit., 381-382.

⁶⁸ Rousseau manifesta pensamento semelhante ao de Locke, ao passo que afirma que o cidadão cede parte de seus direitos inalienáveis ao soberano, para evitar o estado de guerra. O que distingue seu estudo, porém, é a razão que entende e aponta como motivo para a guerra entre iguais: a desigualdade entre ricos e pobres. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. Tradução Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. São Paulo: Ática, 1989, p. 23-24.

⁶⁹ LOCKE, John. Op. Cit., p. 500-501.

⁷⁰ Ibidem., p. 505.

⁷¹ Ibidem., p. 511-512.

privada, a vida e a segurança pessoal, o direito de resistência e a liberdade de consciência e de religião.⁷²

Foi em Montesquieu, por sua vez, que a teoria liberal ganhou corpo e força, como alternativa ao absolutismo. Sua obra célebre “O espírito das leis” é baseada na classificação essencial de que em todo Estado há três espécies de poder: o Legislativo, o Executivo e o Judicial. O primeiro é o responsável por criar, modificar e revogar leis; o segundo, por prover a segurança da comunidade, declarar guerra ou paz e cuidar das relações com as embaixadas; e o terceiro, quem castiga os crimes ou julga os conflitos entre pessoas.⁷³

A classificação empregada tem base no receio de que “tudo estaria perdido” se o mesmo homem “exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. O temor é pela conservação da liberdade, quando o mesmo monarca ou mesmo o senado pode criar leis “tirânicas para executá-las tiranicamente”.⁷⁴ Propõe Montesquieu que os poderes se dividam por diferentes órgãos, e que exerçam mutuamente a faculdade de impedir atos de outro poder, quando atentatórios ao Direito e as leis.⁷⁵

As teorias de Rousseau e de Montesquieu serviram de inspiração no surgimento do constitucionalismo moderno, no advento da Revolução Francesa e a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O movimento revolucionário, em particular, manifestava o objetivo claro de possibilitar ao ente estatal o monopólio do uso da força. Por outro lado, impunha a condição de que o Estado se mantivesse submisso à ordem jurídica, fosse passível de ser responsabilizado, e ainda, que se abstinhasse de atos atentatórios contra a autonomia privada dos indivíduos.⁷⁶

Ainda que consideradas as influências inglesa e norte-americana no que diz respeito a instauração de um autêntico Estado de Direito, fora por meio da Revolução Francesa – galgada no liberalismo burguês, dos ideais de garantia da autonomia

⁷² SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 12.

⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibidem, p. 176.

⁷⁶ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 103.

privada, da proibição da ingerência estatal na esfera individual, da plena liberdade econômica e pela tomada do poder político – que se deram os passos inaugurais ao surgimento do constitucionalismo moderno.⁷⁷

No objetivo de regar o aparato estatal submetendo o Estado, tal como os particulares, à mesma ordem jurídica, que lançaram mão os burgueses das teorias iluministas de “Rousseau, com a noção de soberania popular, e Montesquieu, com a doutrina da separação dos poderes”. Antes, porém, as teorias passaram por um processo de adaptação aos interesses revolucionários.⁷⁸ Rousseau, por exemplo, considerava a soberania popular impossível de ser delegada, por ser indivisível, interpretação capaz de inviabilizar a representação dos cidadãos por parlamentares eleitos. Já Montesquieu defendia que todo homem no exercício do poder tende ao abuso, sendo necessário que se estabeleçam limites ao seu exercício, um poder que freie o outro poder.⁷⁹

Ambas as ideias foram deixadas de lado pelos revolucionários franceses ao tomar o poder. No emprego adaptado da teoria liberal a burguesia organizou o Estado de forma absolutamente bem definida: Legislativo representativo, com atribuição de criação das Leis nos termos dos ideais revolucionários; Executivo, com o dever de aplica-las, inclusive, no que diz respeito a sua abstenção em relação as liberdades individuais e aos particulares; e Judiciário, como aplicador mecânico da lei.⁸⁰

Do ideal revolucionário e do uso da teoria liberal nasce a Constituição, documento que fixou a repartição dos poderes por vários órgãos, delimitou as competências que cabem a cada um deles e estabeleceu regras formais e orgânicas para o exercício do poder político,⁸¹ instrumentalizando os objetivos principais do Estado.⁸² A concepção estanque de separação dos poderes, com órgãos regidos de

⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76863>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos; Moinho do Verbo, 1999, p. 15.

⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

⁸¹ Os teóricos administrativistas têm no momento da subordinação do Estado ao sistema jurídico como o do nascedouro do Direito Administrativo, onde normas passaram a reger de forma diferenciada as relações entre governantes e cidadãos.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional**: Resposta aos Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 22.

forma autônoma,⁸³ aliado a impossibilidade de ingerência de um poder no outro, foram as condições necessárias ao surgimento da primeira geração de direitos humanos, com a oposição de abstenções a atuação do Poder Público, voltadas a proteção das liberdades individuais.⁸⁴

A medida em que se encerra o primeiro ciclo do capitalismo liberal, na primeira metade do século XX, nasce a sucessiva dimensão de direitos fundamentais, voltada a ideia de um capitalismo organizado. O surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão teve como contexto os problemas sociais oriundos da Revolução Industrial, da consagração do modelo de produção capitalista, da exclusão social e de “eventos históricos de primeira grandeza, tais quais as duas grandes guerras mundiais e da crise de 1929”.⁸⁵

A nova dimensão de direitos foi elemento a ressignificar o entendimento que se tinha até então da separação de poderes e das próprias formas de exercício do poder. Se na primeira dimensão de direitos o clamor se dava por uma igualdade meramente formal, agora esta igualdade já não atendia os anseios da sociedade. Assim, postulava-se a atuação positiva do Estado centrado na ideia de que este seria responsável por promover a sensação de bem-estar à comunidade, bem como, garantir a efetiva participação dos cidadãos ao bem-estar social, alçado à categoria de direito fundamental.⁸⁶

Remontar a interpretação teórica original proposta por Montesquieu se deu como consequência inarredável deste momento histórico. Foi o autor quem prescreveu que os órgãos do Estado devem ser regidos de forma autônoma, como é o próprio ideal revolucionário. A autonomia, por sua vez, não poderia excluir a possibilidade do estabelecimento de controles recíprocos.⁸⁷ Nessa interpretação da separação dos poderes o que se tem não é uma estanque e delimitada divisão, mas

⁸³ Vide redação do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 16.º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit.

⁸⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p.36-37.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., A eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. Cit., p.49.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199, p. 82.

sim um equilíbrio voltado à harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁸⁸

Quando qualquer dos poderes estatais falta ao compromisso que lhe diz a lei ou a Constituição – como a edição de um regulamento, ou implemento de uma política pública, por exemplo – recai a outro poder o dever de garantir o direito.⁸⁹ O abandono do conceito de separação absoluta entre poderes possibilita, portanto, admitir a existência de uma interferência harmônica, balanceada e com controles recíprocos, voltados a assegurar tanto os direitos de abstenção, afetos a primeira dimensão de direitos fundamentais, quanto aos direitos de segunda dimensão, que passam a exigir uma prestação positiva por parte do Estado.⁹⁰

O desenvolvimento teórico quanto a forma e o limite da separação de poderes evoluiu de forma distinta na Europa e na América do Norte. Nos Estados Unidos a defesa da possibilidade de ingerência de um poder no outro, na ideia de freios e contrapesos defendida por Rousseau, era parte integrante dos estudos que deram origem à Constituição Americana de 1787. Nos debates constitucionais esta posição era defendida, especialmente, com relação ao Poder Judiciário.

Em “O Federalista” Alexander Hamilton defende a tese de que as cortes superiores são destinadas a prestar um papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, afim de manter os parlamentares dentro dos limites previamente fixados para sua atuação. De tal formulação não deve ser compreendido uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, mas sim a ideia de que o poder do povo é a ambos superior, e que a vontade do povo é expressa e declarada no texto constitucional.

Quando o Judiciário de forma ativa anula uma lei, por consequência, está protegendo e reafirmando esta vontade popular expressa⁹¹ – o que não significa dizer

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ “A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. Ed. Campinas: Editora Russell, 2009, p. 471-472.

que tal concepção seja unânime, ou esteja isenta de críticas, inclusive na contemporaneidade.⁹²

Apesar de a Constituição norte-americana não dispor expressamente sobre a possibilidade de fiscalização de constitucionalidade das leis, esta atividade se desenvolveu naturalmente ao longo da história, como inerente à própria atuação judicial.⁹³ Erroneamente⁹⁴ é invocado o caso *Marbury v. Madison*⁹⁵ (1803), como precedente que fixou competência revisional do Poder Judiciário. Em verdade, a revisão judicial vinha sendo desenvolvida no constitucionalismo norte-americano muito antes deste caso, sempre apoiada na participação popular no trabalho de interpretação do texto constitucional.⁹⁶

Enquanto na América do Norte nasce com a Constituição uma justiça constitucional, na Europa foram necessários ao menos um século e meio para que a Carta Política tivesse força vinculativa enquanto norma jurídica. O documento revolucionário que fundou a primeira dimensão de direitos fundamentais se limitava como de valor meramente simbólico e político, a garantir a estanque separação dos poderes, “mas não aplicado pelos tribunais e, nunca, invocado como fundamento para eventual desaplicação, por inconstitucionalidade, das leis em vigor”.⁹⁷

Durante todo o século XIX e a primeira metade do século XX os europeus nutriam severo receio em relação a atuação de uma casta judicial que pudesse se converter num obstáculo à concretização dos ideais revolucionários de transformação da sociedade: “temiam o chamado ‘governo dos juízes’”.⁹⁸ A revolução francesa ao se apropriar da teoria de Rousseau, buscando a máxima fidelidade com as linhas de pensamento democráticas, frustrou-se por completo. “E frustrou-se quando se toma em consideração que a Constituição de 1893, elaborada na Convenção no auge do processo revolucionário, permaneceu inaplicada”.⁹⁹

⁹² Caso de Jeremy Waldron Cf: WALDRON, Jeremy. The Core Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. Vol. 115, n.6, pp. 1346-1406, apr., 2006.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. Op. Cit., p. 30.

⁹⁴ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 22.

⁹⁵ 5 U.S. 137 (1803).

⁹⁶ KRAMER, Larry. **The People Themselves**: popular constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 18.

⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. Op. Cit., p. 31.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52-53.

O convencimento dos europeus da necessidade de vincular a Constituição como norma jurídica protegida por uma justiça constitucional, somente fora possível a partir da experiência traumática dos regimes totalitários. Foram necessárias duas grandes guerras, com todos os horrores praticados por governos democraticamente eleitos e com amplo apoio popular, para que a Carta deixasse de ser somente política, para ser afirmada como documento a todos vinculante, e portador da norma maior.

A “questão democrática” ou o “governo de juízes” que sempre assombrou os europeus se tornam argumentos obsoletos a partir da forma de composição desta justiça constitucional. Os juízes escolhidos para integrar as cortes superiores são, com pequenas diferenças, todos indicados pelo chefe do Executivo, com oitiva e ratificação do Parlamento. Ou seja, o controle de quem terá nas mãos a atribuição de invalidar atos dos demais poderes, com vias de resguardar a integridade do texto constitucional, que representa a vontade expressa do povo, é assegurado pelos representantes do próprio povo.¹⁰⁰

A novidade a partir da experiência norte-americana, e da reinterpretação na Europa dos escritos de Montesquieu, não é a existência de uma Constituição, mas sim o seu papel de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico, a modificar a própria natureza da legalidade: uma projeção do próprio direito que vincula o legislador e também os juízes.

Se nos Estados Unidos a possibilidade de revisão judicial nasceu como decorrência natural inerente da atuação judicial, na Europa a questão fora amplamente discutida no seio acadêmico entre as duas grandes guerras.¹⁰¹ A solução encontrada no velho continente foi a de se instituir no plano formal uma justiça constitucional com atribuição delimitada pela própria Constituição.¹⁰²

No esteio da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugura-se a democracia constitucional no continente europeu, de modo a assegurar a separação dos poderes, direitos fundamentais e a garantia de rigidez constitucional,¹⁰³ em modelo que se expandiu para grande parte

¹⁰⁰ Ibidem., p. 34.

¹⁰¹ Especialmente nos debates acadêmicos entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

¹⁰² Ibidem., p. 32.

¹⁰³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

dos regimes democráticos contemporâneos ao redor do mundo, vide o conteúdo das constituições promulgadas a partir deste período.¹⁰⁴

É possível afirmar que na contemporaneidade, tanto para o constitucionalismo norte-americano, quanto no continente europeu, a ideia de inconstitucionalidade e da fiscalização mútua entre os poderes é admitida tanto legalmente, quanto pela população. Uma consequência natural que decorre do exercício do poder.¹⁰⁵

Tal contextualização é de substancial importância a definir os limites de atuação das cortes constitucionais ante ao novo enquadramento das funções estatais, em que Legislativo, Executivo e Judiciário cooperam entre si e restam subordinados a um elo comum que é a Constituição. Na concepção tradicional de separação de poderes, impedia-se a extensão da atuação jurisdicional, quando questões de elevado grau de discricionariedade, consideradas essencialmente políticas, viam-se fora do alcance do Poder Judiciário.¹⁰⁶

Como consequência inarredável do modelo de enquadramento das funções estatais do pós-guerra está a redefinição do princípio clássico de separação dos poderes do Estado Liberal. Não somente pelo o advento da nova ordem constitucional, mas também pela descentralização e regionalização da atividade política e administrativa, da densificação das relações humanas com o surgimento de organizações sociais de toda natureza, inclusive as de proteção das minorias sociais, e a facilidade de organização e reivindicação da sociedade civil, diante do surgimento nas novas tecnologias, situações que acabaram por retirar o protagonismo da ação estatal na sociedade contemporânea.

A “doutrina da separação de poderes, tal qual concebida nos séculos passados, em sua formulação original, não tem mais serventia”,¹⁰⁷ carecendo de necessárias adaptações.¹⁰⁸ Enquanto para produzir uma norma, o Poder Legislativo precisa atender a um procedimento longo e minucioso a garantir o princípio da legalidade, os

¹⁰⁴ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A crise do Estado e a perspectiva de Luigi Ferrajoli sobre a crise da democracia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 59-82, jul./dez. 2013, p. 64.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. Op. Cit., p. 31.

¹⁰⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; AGRA, Walber de Moura. **A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n.2, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=78856&p=62> Acesso: 30 abr. 2018.

¹⁰⁷ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 17.

¹⁰⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. Op. Cit., p. 72.

fatos sociais ocorrem de maneira cada vez mais rápida, a exigir uma pronta atuação do Estado, a atender as mais diversas necessidades. Entender o “Poder Legislativo como órgão único de produção normativa torna-se insustentável”.¹⁰⁹

As funções do Estado tornam-se, de igual modo, dinâmicas. A própria Constituição brasileira prevê, por exemplo, uma série de hipóteses em que um poder pode exercer função que seria competente a outro, considerada a teoria clássica da separação dos poderes. Ou seja, prevê a Lei Maior o exercício de funções atípicas pelos Poderes da República. Assim, muda-se, inclusive, o critério para distinguir as funções do Estado, em que não se leva mais em consideração o sujeito que a exerceu a competência, mas a característica da própria atividade desenvolvida por determinado poder, para classificá-la como função legislativa, função jurisdicional ou função administrativa.¹¹⁰

Esta mudança na feição no Estado passa a admitir que eventualmente ocorra a invasão de um poder na atribuição dos outros, a fazer garantir o ideal constitucional, em que diante da omissão, ou ainda, da consequente ineficiência, determine-se coercitivamente a realização de direitos materiais fundamentais expressos no texto constitucional, quando não realizados pelos ramos do poder tradicionalmente competentes para tanto. Independentemente “de o poder ser uno, o adequado equacionamento dele sempre restará como um desafio ao homem”.¹¹¹

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos ou direitos fundamentais? Cumpre consignar a dificuldade que tem a doutrina constitucional em estabelecer se os termos são sinônimos, ou se a leitura deve ser realizada em graus de intensidade, ou até mesmo, em significados distintos. Grande parte dos teóricos constitucionalistas parece querer enxergar os termos como sinônimos, com pequenas distinções em relação ao modo e ao conteúdo.

¹⁰⁹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 17.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 35.

¹¹¹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Op. Cit., p. 18.

Para Robert Alexy os direitos fundamentais guardam origem em teorias da história, filosofia e sociologia,¹¹² ao passo que os distingue em normas de direito fundamental e direitos fundamentais propriamente ditos,¹¹³ estabelecendo entre ambos uma conexão.¹¹⁴

Ao estudar a Constituição da Alemanha Konrad Hesse teoriza em torno de um caráter duplo dos direitos fundamentais, quando se prestam a dar fundamento de um direito subjetivo, assegurando a situação jurídica de um particular, bem como, quando se caracterizam como elemento fundamental objetivo da ordem jurídico-institucional.¹¹⁵

Já Jorge Reis Novais chama a atenção para as duas dimensões dos direitos fundamentais: objetiva e subjetiva. Na dimensão objetiva há a imposição ao Estado na garantia do direito fundamental tutelado, já a dimensão subjetiva assegura ao particular o direito de fruição do bem protegido como direito fundamental.¹¹⁶

Para Joaquim Gomes Canotilho é necessário distinguir as expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sendo o primeiro “um direito válido para todos os povos e em todos os tempos”, e o segundo, os direitos humanos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.¹¹⁷

Em entendimento semelhante Ingo Sarlet sustenta serem os direitos fundamentais aqueles que o próprio direito constitucional interno e positivado reconhece como tais, quando delimitados no espaço e no tempo, ao passo que a expressão direitos humanos resta caracterizada nas posições reconhecidas no direito internacional positivo, que não dependem da vinculação com qualquer norma jurídica interna.¹¹⁸ O autor classifica os direitos fundamentais em dois grupos distintos, sendo

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

¹¹³ “Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos”. Ibidem, p. 50.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 230.

¹¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 56-57.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle (org.). **Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Brasília: América Jurídica, 2002, p. 225.

o primeiro o dos direitos fundamentais como direitos de defesa em relação ao Estado e o segundo, dos direitos fundamentais como direitos a prestações.¹¹⁹

Para José Afonso da Silva “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam definir lhes como um conceito sintético e preciso”, ao passo que, ao mencionar as diversas expressões que podem ser empregadas para definir tais direitos, opta pela expressão “direitos humanos fundamentais”.¹²⁰

Já Alexandre de Moraes aponta a mesma problemática que coloca Afonso da Silva, quando ressalta ser importante “realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingêrência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana”, nos âmbitos infraconstitucional, constitucional e internacional.¹²¹

Ao definir a função dos direitos fundamentais Paulo Bonavides sustenta que estes são destinados a “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana” e que “direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente classifica como tais”.¹²²

Sustenta o autor, emprestando da teoria de Karl Schmitt, que dois são os critérios formais à caracterização de um direito fundamental: primeiro todos aqueles assim designados e nomeados no texto constitucional; segundo, aqueles que receberam da Constituição “um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada”.¹²³

Do ponto de vista material os direitos fundamentais restam sujeitos “a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”, quando cada Estado “tem seus direitos fundamentais específicos”.¹²⁴

Cumprе consignar que pela fluidez do termo, far-se-á opção no presente trabalho pela expressão direitos fundamentais, seguindo o que entende Canotilho, Sarlet e Bonavides, como as previsões constitucionais positivadas no direito constitucional interno, ao passo que a expressão direitos humanos restará reservada

¹¹⁹ Ibidem, p. 228.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

¹²¹ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 560.

¹²³ Ibidem, p. 561.

¹²⁴ Idem.

a previsões de direitos que tem origem no direito internacional público, portanto, em sentido mais amplo que a primeira.

1.2.1 Das dimensões de Direitos Fundamentais

A doutrina constitucional moderna convencionou por muito tempo a atribuir o termo geração de direitos fundamentais para tratar da evolução histórica destes direitos ao longo da história moderna. Paulo Bonavides afirma, por exemplo, que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo”.¹²⁵ A doutrina contemporânea tem aberto divergência em relação ao emprego do termo, ao passo que a ideia de gerações carrega consigo o imaginário de que sempre a geração mais nova substitui a mais antiga, o que não é verdade quando se tratam de direitos fundamentais e o próprio processo cumulativo mencionado por Bonavides.

A respeito da correta terminologia Ingo Sarlet sustenta que a classificação como dimensões de direitos fundamentais é a mais correta por apontar para o caráter cumulativo do processo evolutivo, para sua natureza complementar, que afirma ainda seu caráter de unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional.¹²⁶

Os também constitucionalistas Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins trazem o relato de que o próprio Bonavides teria reavaliado o emprego do termo gerações de direitos fundamentais, quando reconhece no seu texto “a proeminência científica do termo “dimensões” em face do termo “gerações”, caso este último venha induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.¹²⁷

Para o presente trabalho é de se consignar a preferência pelo termo dimensão de direitos fundamentais. Todavia, sempre que se utilizar o termo geração de direitos, tal fato não corresponderá à ideia de substituição de uma geração pela outra, mas sim de continuidade e unicidade, como bem defende Bonavides.

¹²⁵ Ibidem, p. 563.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.55.

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

Superada a questão terminológica, impende discriminar o que entende e classifica a doutrina constitucional como sendo as dimensões de direitos fundamentais. De George Marmelstein se tem o relato da criativa e introdutória classificação de direitos empregada pelo constitucionalista tcheco Karel Vasak, baseada numa possível releitura,¹²⁸ adequada ao tempo contemporâneo, dos ideais que conduziram a Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, representados nas três cores da bandeira da França.¹²⁹

Segundo o autor, a primeira dimensão de direitos fundamentais, dos direitos civis e políticos, tem fundamento no ideal de liberdade; já a segunda dimensão de direitos fundamentais, dos econômicos, sociais e culturais, representam o ideal de igualdade; por fim, a terceira dimensão de direitos fundamentais, que compõe os direitos ao desenvolvimento, a paz e ao meio ambiente, como consequências das reivindicações pós Segunda Guerra Mundial, representam o ideal de fraternidade, nesta atualização ideal dos princípios revolucionários franceses.¹³⁰

De fato três são as dimensões de direitos fundamentais reconhecidas de maneira uniforme pela doutrina constitucional e que se revelam num processo cumulativo e qualitativo, voltados a universalidade material e concreta, em detrimento à universalidade abstrata, quiçá metafísica do jus-naturalismo do século XVIII.¹³¹ As pequenas variações de leitura entre um jurista e outro restam consignadas nas razões de sua existência e de intensidade.

As dimensões de direitos fundamentais, de todo modo, estão atreladas aos modelos de Estado experimentados na modernidade, na forma como já delimitado neste primeiro capítulo. Os critérios para enquadramento destas dimensões de direitos são o momento histórico do surgimento, o reconhecimento no ordenamento jurídico positivo, e o bem jurídico a ser protegido (objeto).

A partir destes preceitos é que foi possível categorizar os direitos fundamentais em primeira dimensão, dos direitos civis e políticos, segunda dimensão, dos direitos

¹²⁸ Isto se diz pois, sabe-se que os ideais revolucionários franceses de liberdade e igualdade, baseavam-se num conceito meramente formal negativo; não positivo, como sustenta o autor nesta releitura da contemporaneidade.

¹²⁹ Em ensaio recente sobre a liberdade, igualdade e fraternidade, Luis Manuel Fonseca Pires classifica que: “a liberdade é azul”, “a igualdade é branca”, e a “fraternidade é vermelha”. PIRES, Luis Manoel Fonseca. **O Estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-97.

¹³⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 563.

econômicos, sociais e culturais, e terceira dimensão, dos direitos ao desenvolvimento, meio ambiente, paz e segurança.¹³²

a) Dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles nascidos no esteio da revolução liberal, que se referem às liberdades negativas clássicas e dos direitos do indivíduo de oposição em relação ao Estado. São direitos fundados no ideal revolucionário de que quanto maior o Estado, menor o espectro de liberdades do indivíduo.

Podem ser caracterizados como tal o direito a vida, à propriedade, às liberdades de consciência, política, religiosa e de expressão, dentre outros, que demarcam um campo no qual é vedado “a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o “jardim e a praça””.¹³³

São direitos fundamentais de primeira dimensão aqueles positivados na fase inicial do constitucionalismo ocidental e que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹³⁴

A ideia de continuidade e unicidade dos direitos fundamentais revela o enriquecimento dos direitos civis e políticos, consolidados em sua projeção universal e formal, “não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda extensão”.¹³⁵

¹³² URQUHART CADEMARTORI, Luiz Henrique; SOLERA GAGLIARDI, Luiza Roberta. A relação convergente entre direitos fundamentais e a organização setorial da atividade administrativa. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 176-188, abr. 2018. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2328>>. Acesso em: 31 jul. 2018, p. 178.

¹³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12.

¹³⁴ BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 563-564.

¹³⁵ Idem.

b) Dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão

Se os direitos fundamentais de primeira dimensão são de fácil identificação e caracterização, o mesmo não pode ser dito em relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão, que demandam uma análise mais ampla, considerada sua amplitude, formas e significados que assumiu durante todo o século XX. Em caráter preliminar cumpre destacar que a segunda dimensão de direitos representa os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos e da coletividade. Sua formulação foi progressiva e precedida de intensos debates nos campos da filosofia e da ideologia política.

A segunda dimensão de direitos fundamentais nasce por meio de uma mudança de percepção do conceito de liberdade antes negativa, para liberdade positiva – a superação do conceito de igualdade meramente formal em favor da liberdade material dos indivíduos.¹³⁶ “Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência, etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho”.¹³⁷

Os direitos fundamentais de segunda dimensão tem em sua base a densificação de um ideal de justiça social, que tem sua origem nas reivindicações das classes menos abastadas da sociedade, dos movimentos sociais e dos operários, que clamam por uma compensação “em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”.¹³⁸

Na segunda dimensão de direitos fundamentais resta consignado o dever do Estado em atuar perante a sociedade como agente promotor do desenvolvimento humano, voltado a qualidade de vida e a dignidade do indivíduo, “fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.”¹³⁹

¹³⁶ FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/309/280>>. Acesso em: 31 jul. 2018, p. 171.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 19.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. Cit., p. 50.

¹³⁹ MARMELESTEIN, George. Op. Cit., p. 51.

Proclamados primeiro nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, os direitos fundamentais de segunda dimensão dominaram as Constituições do pós-Segunda Guerra Mundial. Não sem antes passar por um ciclo de baixa normatividade, ou de eficácia questionável, “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.¹⁴⁰

Da baixa normatividade, os direitos fundamentais sociais passaram a ser compreendidos como normas meramente programáticas, por não terem a seu favor os mesmos instrumentos processuais de proteção dos direitos de primeira dimensão. Havia uma noção consolidada, em diversos sistemas normativos, de que tão somente os direitos de liberdade e oposição ao Estado se faziam imediatamente aplicáveis, ao passo que os direitos fundamentais sociais dependiam exclusivamente da atenção do legislador.

Desde as recentes constituições, onde inclui a do Brasil, sustenta Paulo Bonavides ter sido superado o ciclo de interpretação programática dos direitos fundamentais sociais, especialmente, por meio do princípio e da noção de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.¹⁴¹ Aplicabilidade imediata não se traduz, por sua vez, em um direito fundamental impossível de ser limitado, ou seja, há efetividade até que o Estado reúna condições para provê-lo,¹⁴² podendo existir dentro do mesmo rol de direitos fundamentais, uma graduação quanto sua aplicabilidade e eficácia.¹⁴³

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda dimensão é instaurado no ordenamento jurídico moderno, a ideia de instituição, ou de garantias institucionais de caráter objetivo. São elas as garantias de proteção ao funcionalismo público, do exercício magistério, da autonomia municipal, das confissões religiosas, do juízo natural e da independência do judiciário, da vedação aos tribunais de exceção, dentre outros, ao passo que a violação a uma garantia institucional é sinônimo de ataque à própria Constituição.¹⁴⁴

As garantias institucionais na Constituição de Weimar estão definidas nos seguintes conceitos: i) a existência de uma garantia de natureza constitucional; ii) que

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 564.

¹⁴¹ Ibidem, p. 565.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Op. Cit., p. 180.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. Cit., p. 49.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 566-567.

a garantia se dê a proteger um objeto específico, uma instituição; e, iii) que esta garantia se refira a algo “atual e existente”, que tenha forma e organização jurídica constatável; sendo que a noção de garantia institucional carrega consigo a ideia permanente de preservação do *status-quo*.¹⁴⁵

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, que exigem a prestação positiva do Estado, podem ser categorizados como direitos econômicos, sociais e culturais. Destes, postulam-se o acesso à educação, habitação, ao trabalho e à seguridade social, englobados neste último, a proteção social, a previdência social, assistência social e assistência à saúde. Neles incluem-se ainda as denominadas liberdades sociais, caracterizadas pelo “reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos”.¹⁴⁶

O advento dos direitos fundamentais sociais promove alteração no modo de compreensão dos deveres do Estado perante a sociedade. Se antes o dever estatal era o de garantir as liberdades negativas do cidadão, o norte a ser seguido passa a ser o de garantir aos indivíduos o acesso ao bem-estar social.¹⁴⁷

c) Dos Direitos Fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm origem direta nas consequências do pós-Segunda Guerra Mundial: uma Europa destruída pelas consequências do conflito. Emergem por meio do reconhecimento pela comunidade internacional de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.¹⁴⁸ É a fase dos direitos difusos e coletivos, voltados à proteção da coletividade, com foco na preservação do gênero humano, amparado nos princípios da solidariedade e da fraternidade.

A terceira dimensão de direitos fundamentais guarda origem ainda na revolução dos meios de comunicação, na comunicação de massa, no avanço da

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. Cit., p. 50.

¹⁴⁷ FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Op. Cit., 171.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 569.

tecnologia e no aperfeiçoamento dos meios de transporte até então conhecidos, bem como, “pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”.¹⁴⁹ Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão, podem ser mencionados o direito a paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, de propriedade do patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação.¹⁵⁰

Há ainda teóricos que defendem a existência da quarta e da quinta dimensões de direitos fundamentais, sendo a quarta dimensão a tutelar “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, e a quinta dimensão, o direito a paz.¹⁵¹

1.2.2 Da vedação ao retrocesso social

As dimensões de direitos fundamentais estão diretamente concatenadas com o princípio da proibição ao retrocesso social. Ao se entender a Constituição como dotada de normas programáticas pendentes de implementação pelo legislador, toda vez que um direito previsto no texto constitucional é implementado pelo Estado, este direito não é mais passível de retrocesso.

O princípio da vedação ao retrocesso social resta conformado à noção de que os direitos sociais já efetivados pelo Estado devem ser garantidos pela Constituição. Neste cenário, atenta contra a própria Constituição qualquer iniciativa de cunho legislativo ou administrativo, tendente a anular as conquistas já implementadas.¹⁵²

A discricionariedade legislativa, no que diz respeito a sua liberdade para revogar, criar e editar leis, é condicionada ao limite nuclear do direito já realizado, sob pena de afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social. Por violação ao princípio, pode ser entendido como todo e qualquer ato “comissivo, de imposição legiferante, que viola o dever jurídico concreto de editar leis que regulamentem (de

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Op. Cit., p. 58.

¹⁵⁰ BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 570.

¹⁵¹ Ibidem, p. 571; 580.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 347.

modo gradativamente crescente) as normas constitucionais definidoras de direitos sociais”.¹⁵³

O princípio da vedação ao retrocesso social resta conexo com o ideal principiológico de que as normas constitucionais são dotadas de efetividade, segundo as quais “o interprete jurídico deve optar pela solução hermenêutica mais próxima do “dever ser” normativo ao “dever ser” da realidade social”.¹⁵⁴ Por esta razão, a vedação ao retrocesso social irradia a todo sistema jurídico, vinculando o legislador e os órgãos do Estado em geral, ao passo que entender em sentido contrário, seria o mesmo que avalizar a possibilidade de fraude à própria Constituição.¹⁵⁵

A vedação ao retrocesso social não pode ser caracterizada como mera obrigação à manutenção do estado de coisas, o princípio obriga a necessidade de o Estado proporcionar, como condição a concretização do acesso a igualdade material, um constante avanço social.¹⁵⁶ Se materializa a partir do princípio o dever estatal de “concretizar o mínimo existencial, de maximizá-lo e de empregar os meios ou instrumentos cabíveis para sua promoção, sob pena de a sociedade vir a experimentar uma imensa limitação no exercício de todos os seus direitos”.¹⁵⁷

Quando se argumenta em torno da vedação ao retrocesso social se está, em verdade, discutindo sobre a forma de proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Afinal, pode ter um direito fundamental já implementado pelo Estado, o seu conteúdo reduzido? A resposta a tal questionamento pode ser encontrada por meio de duas teorias da doutrina constitucional, que tratam sobre o modo de proteção dos direitos fundamentais.

¹⁵³ TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14080>>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 163.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 166.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de Um Constitucionalismo Dirigente Possível. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, Salvador, v. 15, p. 1-38, set./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel>>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 21.

¹⁵⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 201-202.

¹⁵⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 76, p. 43-56, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 51.

A primeira, denominada teoria interna dos direitos fundamentais, considera que os direitos fundamentais não podem ser objeto de qualquer tipo de limitação, salvo na previsão de autorização expressa do constituinte. Desta forma, rejeita a teoria a possibilidade da existência de qualquer conflito entre direitos fundamentais. Já a segunda, denominada teoria externa dos direitos fundamentais, admite a ideia de limitação de direitos fundamentais, desde que na evidência de conflito entre direitos, tendo como base o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por núcleo essencial¹⁵⁸ pode ser entendido o direito já realizado pelo Estado que, a partir da sua realização, passa a integrar o patrimônio jurídico dos cidadãos, sendo impossível, portanto, de ser integralmente suprimido.¹⁵⁹ A proteção do núcleo essencial do direito fundamental é medida destinada a “evitar o esvaziamento do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”.¹⁶⁰

A teoria externa dos direitos fundamentais defende, portanto, uma atividade interpretativa constitucional baseada em duas fases essenciais: a uma, a identificação do conteúdo nuclear essencial do direito fundamental, a duas, “o estabelecimento de seus limites externos decorrentes de outros interesses tutelados no texto constitucional”.¹⁶¹ Por meio deste método pode eventualmente ser avaliada a limitação de um direito fundamental, com base num juízo de ponderação entre direitos conflitantes, previstos em sede constitucional.

Em outras palavras, para a teoria externa dos direitos fundamentais somente pode haver a limitação de um direito fundamental, quando este estiver em conflito com outros direitos, também havidos constitucionalmente. Numa colisão de direitos é o juízo de ponderação o instrumento apto a definir a prevalência de um ou de outro direito, na análise do caso concreto. A limitação não se traduz em desconsideração completa do direito fundamental limitado, mas sim na sua incidência em menor intensidade, quando diante de outro direito fundamental de expressão maior.

¹⁵⁸ A ideia de núcleo essencial do direito fundamental será retomada com mais profundidade no último capítulo desta dissertação.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O limite dos limites. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 243.

¹⁶¹ TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Op. Cit., p. 167.

Esta concepção tem razão ainda, quando considerada a dinâmica das relações sociais e a noção de que são inúmeros os fatores que influenciam o Estado na concretização de políticas públicas, como são as formas de prestação, os projetos ou programas, a existência de norma ou regulamento, mas especialmente, questões de cunho financeiro e orçamentário.¹⁶²

Para a teoria externa dos direitos fundamentais, não admitir um juízo de ponderação na eventual limitação dos direitos fundamentais seria o mesmo que negar a própria realidade.¹⁶³

Em todos os casos, eventual tentativa de limitação a um direito fundamental social deve estar acompanhada necessariamente de uma motivação com fulcro na Constituição, e ainda, precisa estar voltada a “salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas”.¹⁶⁴

1.3 O ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República de 1988 é considerada em uníssono pela doutrina constitucional brasileira como a Carta que inaugurou no país o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Antes da Constituição de 1988 outras seis Cartas organizaram o país politicamente – e nem sempre foram suficientes na imposição de limites ao soberano, como se depreende da teoria liberal.

Para situar a Constituição de 1988 nos modelos teóricos trazidos a análise, importante consignar como as Cartas anteriores delimitaram o espaço de atuação do Estado, quais direitos fundamentais dispunham, e ainda, como influenciaram na história do constitucionalismo brasileiro e que exemplos deixaram a atual Carta cidadã.

¹⁶² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944>>. Acesso em: 31 jul. 2018, p. 175-176.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais. Op. Cit., p. 28.

¹⁶⁴ TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Op. Cit., p. 170.

1.3.1 Breve histórico do constitucionalismo no Brasil

Do constitucionalista Paulo Bonavides é que vem a inspiração teórico-metodológica na classificação da evolução constitucional do Brasil em três fases distintas. Para o autor, qualquer que se propuser a análise dos períodos constitucionais brasileiros não terá dificuldade em identificar estas três fases, no que diz respeito a valores políticos, jurídicos e ideológicos.¹⁶⁵

Nesta regra, delimitou-se para o presente estudo o Estado brasileiro em três fases: as dos *Brasis* absolutista, liberal e social democrático. Como representante da primeira fase constitucional se tem a Constituição de 1824 que, ainda que tenha inspiração nas teorias liberais francesas, alinha-se ao ideal absolutista do Estado, dentre outros, pela concentração de dois poderes distintos nas mãos do imperador: o Executivo e o Moderador.

Já a fase liberal é inaugurada como consequência da primeira quartelada da história brasileira, o golpe de Estado em oposição, justamente, ao absolutismo do imperador e que deu origem a Constituição de 1891. Por fim, o Brasil social democrático resta delineado nas Constituições de 1934, 1946 e 1988, Cartas que faziam ressaltar a preocupação com o ser humano, quando com inspirações definitivas no constitucionalismo alemão.

Observação metodológica importante deve ser feita, antes que se adentre, particularmente, a cada período: as Constituições de 1937,¹⁶⁶ 1967 e 1969¹⁶⁷ não entram nesta análise, pois quando não sobrevivem ao teste básico estabelecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para ostentar o nome que carregam.¹⁶⁸ São Cartas de cunho autoritário, outorgadas em períodos de exceção,

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 361.

¹⁶⁶ A Constituição de 1937, de inspiração no constitucionalismo polonês e no fascismo, dentre outros, “condicionou o exercício dos direitos e garantias fundamentais ao bem público e às necessidades de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva, assim como à segurança do Estado”; restringiu os sindicatos de trabalhadores reconhecidos pelo Estado, bem como, consignou o direito de greve à “pecha de recurso social nocivo ao trabalho e ao capital, incompatível, de resto, com os “superiores interesses de produção nacional””. SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., 2010, p. 74-75.

¹⁶⁷ As Constituições militares de 1967 e 1969, dentre outros, continham a expressa relativização ao exercício dos direitos individuais, ao passo que previam que o “abuso” do direito de livre-manifestação do pensamento, do exercício de qualquer profissão, da liberdade de reunião e da liberdade de associação, assim como dos direitos políticos, com vistas “atentar contra a ordem democrática”, importaria em suspensão dos direitos políticos, de dois a dez anos”. Ibidem, p. 78.

¹⁶⁸ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

que não refletem a história do constitucionalismo brasileiro, quando livre e no exercício democrático.

A Carta imperial de 1824 tem em sua origem a inspiração nas teorias constitucionais francesa e inglesa. Tem o trunfo de ter sido a Constituição a vigor por mais tempo na história brasileira, ao vigorar em estabilidade por 65 anos. Para José Afonso da Silva tem aquele texto local de destaque no que diz respeito ao processo de positivação dos direitos do homem e do cidadão, onde nela “se declarava garantida a inviolabilidade dos direitos de liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade”.¹⁶⁹

No escopo dos direitos fundamentais clássicos de primeira dimensão, a Constituição de 1824, “que delineava um Estado genuinamente liberal”,¹⁷⁰ consagrou essencialmente os direitos de liberdade, propriedade e segurança. Foi ainda pioneiro aquele texto ao assegurar localizados direitos no campo social, como a “garantia aos socorros públicos”, “a instrução primária e gratuita” e a “manutenção de colégios e universidades onde seriam ministrados os conhecimentos em ciências, belas artes e artes”.¹⁷¹

A classificação da Constituição de 1824 como mantenedora de um Estado pautado no absolutismo decorre, evidentemente, de outras razões, a seguir delineadas. O texto constitucional do império foi o único que se tem notícia no mundo a conter uma tetradimensional repartição de poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. A disposição do Imperador concentravam-se os poderes Executivo e Moderador, sendo este último a “chave de toda organização política do Império”, que configurou um absolutismo “dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal”.¹⁷²

A carência de autonomia dos demais poderes do regime é apontada como a principal razão de sua superação, por meio do golpe de Estado de 1889, que instaurou o sistema republicano de governo.¹⁷³

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168.

¹⁷⁰ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

¹⁷¹ Ibidem, p. 31-32.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 363-364.

¹⁷³ Idem.

Mas não somente estas são as razões por estar a Constituição de 1824 classificada como de matiz absolutista. O texto que “continha uma das mais avançadas declarações dos direitos humanos do século XIX”, somente garantia o acesso a tais prerrogativas a uma “elite aristocrática que dominava o regime”.¹⁷⁴

Enquanto proclamava a liberdade, a maioria da população brasileira era de escravos. Quando assegurava o direito de propriedade, 95% da população ou era escrava, ou eram trabalhadores sem terra vivendo em fazendas alheias, passíveis de serem dispensados por seu senhor a qualquer momento. Proibiu-se a tortura, “mas, nas senzalas, os troncos, os anjinhos, os açoites, as gargalheiras, continuavam a ser usados, e o senhor era o supremo juiz decidindo da vida e da morte de seus homens”.¹⁷⁵

O Brasil imperial se traduzia, portanto, no país que ostentava uma moderna Constituição, mas que válida só no papel, completamente destoadada de sua realidade fática, que ocultava severas violações aos seus próprios termos, especialmente aos direitos de liberdade. Não obstante ao seu caráter absolutista dissimulado, e ainda, de assegurar direitos tão somente a uma elite aristocrática que conferiu fôlego ao regime por 65 anos, Bonavides vê na Constituição de 1824 “um largo passo para a estreia formal definitiva de um Estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais”.¹⁷⁶

A segunda fase constitucional de sua história reserva ao Brasil a incursão definitiva nas teorias de matiz liberal. Deve ser ressaltada, porém, uma severa alteração de rumo no que diz respeito a valores e princípios que orientaram a organização do poder. Se na Constituição do Império de 1824 havia uma clara vinculação às teorias liberais francesas, a matiz liberal predominante na Constituição Republicana de 1891 é outra: a americana.¹⁷⁷

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 169.

¹⁷⁵ COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: Carlos Guilherme Mota (org.). **Brasil em Perspectiva**, 11. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1980, p. 124-125.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 364.

¹⁷⁷ “Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembléia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano”. Idem.

A adaptação do sistema constitucional ao modelo norte-americano se deu à época, em semelhança ao que já havia sido feito na Argentina (1853) e no México (1857), na inegável influência da teoria de *Os Federalistas* no continente americano.¹⁷⁸ Uma “fachada teórica quase perfeita do chamado Estado Liberal de Direito”.¹⁷⁹

O novo Estado constitucional aboliu a escravidão, eliminou o Poder Moderador, sistematizando a forma republicana e presidencialista de governo, além de ter se mantido firme no ideal de instituir a forma federativa de Estado e de contar com uma suprema corte, a invalidar atos dos demais poderes, sempre que provocada.

No que diz respeito à sua declaração de direitos, concedeu particular enfoque aos de liberdade, propriedade e segurança, os quais já se faziam observados na Constituição Imperial.¹⁸⁰ Podem ser destacados a “inclusão do direito à livre associação, a previsão do direito à ampla defesa, a prescrição das penas de galés¹⁸¹ e banimento e da pena de morte, ressalvadas as disposições do direito militar de guerra, assim como a instituição do habeas corpus”.¹⁸²

Os retrocessos da Constituição de 1891, que são elementos a confirmar sua índole liberal, deram-se de forma majoritária no campo social, ao passo que deixaram de estar contidos no texto os direitos ao socorro público, ao direito de resistência e ao direito de receber do Estado a instrução pública gratuita.¹⁸³

Para José Afonso da Silva não parecem faltar críticas ao período, quando afirma ter sido a única virtude da primeira república o fato de ter abolido a escravidão, ao passo que a política de governadores de Estado se sustentava com base exclusiva no coronelismo, a democracia representativa ter sido puramente formal, e por não haver nenhuma possibilidade de vigência efetiva dos direitos fundamentais constantes na Constituição.¹⁸⁴

A República Velha teve seu ocaso em 3 de novembro de 1930, por meio da “pseudo-Revolução Liberal”, que culminou com a ascensão, por meio de um segundo golpe de Estado na história brasileira, de Getúlio Vargas à presidência da República. Diz-se liberal por ter aquele movimento entre seus objetivos declarados, o de corrigir

¹⁷⁸ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 34.

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 365.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 35.

¹⁸¹ De trabalhos forçados.

¹⁸² SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 67.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 176.

¹⁸⁴ Idem.

vícios da corrupção eleitoral do coronelismo, e o de por a termo o acordo político do café com leite. De liberal a tomada do poder tinha apenas o ideal de restabelecer a autenticidade do processo eletivo.

Da queda da primeira República até a promulgação da Constituição em 16 de julho de 1934 o Brasil viveu por quase quatro anos sob a ditadura do Governo Provisório. Em 1930, ainda na efervescência da revolução, o governo suspendeu por decreto¹⁸⁵ “garantias constitucionais e excluiu da apreciação judicial os decretos do Governo Provisório ou dos interventores federais”,¹⁸⁶ medida que deu ao presidente poderes de um monarca absolutista, para legislar como quisesse sobre matérias de qualquer natureza.

Em 1932 a ditadura do Governo Provisório enfrentou ainda a Revolução Constitucionalista, movimento de caráter separatista deflagrado em São Paulo, que pressionava Getúlio Vargas por uma nova Constituição. O movimento, como se sabe, foi prontamente sufocado pelas forças do poder central. “A Revolução de 1930 foi uma esperança do povo que logo se frustrou com a suspensão do regime constitucional, que só foi reconquistado mediante convocação da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1934”.¹⁸⁷

Somente em 1933 o Governo Provisório iria convocar uma Assembleia Constituinte, que teria o trabalho de escrever o novo texto constitucional. A nova Carta Republicana foi promulgada em 16 de julho de 1934 e inaugurou ao Brasil “a terceira grande época constitucional de sua história”, aquela que seria marcada por momentos de intensa inquietação política, crises, golpes de Estado, impedimentos, renúncia e suicídio de presidentes.¹⁸⁸

A Constituição de 1934 inaugurou um novo tempo por ter sido ela a razão de uma variação substancial de princípios constitucionais, quando comparada com suas antecessoras. Numa mudança de eixo do constitucionalismo norte-americano para o constitucionalismo alemão, a Carta de 1934 buscou ressaltar a preocupação com o aspecto social,¹⁸⁹ ao colocar o ser humano como destinatário da norma constitucional

¹⁸⁵ Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

¹⁸⁶ NAUD, Leda Maria Cardoso. Estado de sítio – 1ª parte. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 5, pp. 134-180, mar. 1965^a, p. 231.

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 176.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 366.

¹⁸⁹ Idem.

“num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional”.¹⁹⁰

O texto é apontado como o que promove uma ruptura definitiva com o modelo de Estado Liberal, quando sob influências da Constituição de Weimar de 1919, mas também das Constituições do México de 1917 e da Espanha de 1931 – todas que dedicam grande relevo ao aspecto social na garantia de direitos fundamentais.¹⁹¹

A Constituição de 1934 é pioneira no Brasil em sistematizar as formas de intervenção do Estado na economia e nos direitos sociais, ao dispor pela primeira vez, um capítulo constitucional sobre a “ordem econômica e social”. Ao subordinar a ordem econômica aos princípios da justiça e da existência digna, decidiu por relativizar o direito de propriedade, condicionando-o ao interesse social e coletivo.¹⁹² Asseverou pelo direito que todos têm de buscar a própria subsistência, por meio de um trabalho digno e honesto, bem como, a obrigação do Estado em prover o amparo àqueles que em situação de indigência.

Nas disposições trabalhistas, instituiu em sede constitucional o salário mínimo “capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades do trabalhador”, a jornada de oito horas diárias de trabalho, o descanso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a obrigatoriedade de toda empresa com mais de cinquenta funcionários proporcionar-lhes o ensino primário gratuito, bem como, instituiu a Justiça do Trabalho, responsável por julgar litígios entre empregados e empregadores.¹⁹³

A vinculação constitucional de receitas, fórmula orçamentária tão cara à Constituição de 1988, também ocorreu pela primeira vez na história brasileira, na Constituição de 1934. Naquela Carta se estabeleceu “o custeio do amparo à maternidade e à infância por um por cento das rendas tributárias dos três entes da Federação, tornando-o obrigatório em todo o território nacional”,¹⁹⁴ afirmou o direito de todos do acesso a educação, que seria custeada a dez por cento das receitas de impostos dos estados e vinte por cento dos municípios, a qual nesta matéria, vinculou

¹⁹⁰ Ibidem, p. 368.

¹⁹¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 70.

¹⁹² BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 40.

¹⁹³ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 72.

¹⁹⁴ Idem.

ainda a obrigatoriedade de aplicação de vinte por cento de toda a verba destinada a educação para o desenvolvimento de programas educacionais na zona rural.¹⁹⁵

No Estado Social inaugurado pela Constituição de 1934 “o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura” deveriam receber a partir do texto, a especial proteção do Estado.¹⁹⁶

A Constituição de 1934 inaugurava ainda o modelo tripartite de financiamento da previdência social, ao passo que foi pioneira ao adotar o modelo de custeio dividido entre empregador, trabalhador e Estado. No que diz respeito às regras de aposentadoria, estabeleceu a “compulsória para funcionários públicos aos 68 anos de idade, aposentadoria por invalidez integral para funcionários públicos com mais de trinta anos de trabalho, benefícios integrais para o funcionário público vitimado por acidente de trabalho”¹⁹⁷

As generosas e abundantes inovações dispostas no texto democrático da Constituição de 1934 sequer chegaram a vigorar na eficácia imaginada pelo legislador constituinte. O agravamento da situação política do país, a aproximação da sucessão presidencial e a Segunda Guerra Mundial, serviram de pretexto para o terceiro golpe de Estado da história brasileira, o autogolpe da Era Vargas havido em 10 de novembro de 1937, que pôs fim em todo o otimismo que a precedeu.¹⁹⁸

A Constituição de 1934, que aspirou democraticamente pela superação do Estado Liberal e deliberou pela instauração de um autêntico e inovador Estado Social, vigorou por pouco mais de 3 anos, tempo insuficiente para que produzisse qualquer eficácia material. O Estado Novo foi instaurado por meio de uma Constituição antidemocrática, com inspirações fascistas, digna de um regime autoritário, que somente fora superada por meio da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 18 de setembro de 1946.¹⁹⁹

A Constituição de 1946 trouxe uma pujante declaração de direitos, com capítulos sobre nacionalidade, direitos políticos e direitos e garantias individuais. Na sua redação é evidente, quando comparada com a Constituição de 1934, a manutenção do ideal do constituinte brasileiro na construção de um autêntico Estado

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 369.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 41.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 176.

Social, quando incorpora os direitos de segunda geração, sob o título dos “direitos econômicos, sociais e culturais”²⁰⁰ Neste objetivo, contou a seu favor, “o ambiente político internacional nascido com o final da Segunda Guerra Mundial e com a derrota do nazi-fascismo”.²⁰¹

A receita empregada pelo constituinte de 1946 foi a de novamente buscar inspiração no constitucionalismo alemão, seguindo a tradição de Weimar e repetindo muitas das disposições, encontradas literais, da Constituição de 1934, no que diz respeito aos direitos sociais e culturais. O ideal era o de fortalecimento das instituições estatais e o incremento definitivo da democracia, por meio da “conciliação entre os princípios da livre-iniciativa e da justiça social”.²⁰²

No campo dos direitos trabalhistas, alguma inovação, com a previsão de participação nos lucros e resultados por parte dos trabalhadores, o seguro compulsório de acidentes de trabalho, a ser custeado pelo empregador, e pela primeira vez: o direito de greve. A Justiça do Trabalho, que desde que criada em 1934, fazia-se vinculada ao Poder Executivo, alcança então a condição de independência, passando a ser vinculada ao Poder Judiciário.²⁰³

As Constituições de 1934 e 1946 carregavam consigo o objetivo do constituinte brasileiro em estabelecer uma declaração política pela instauração de um verdadeiro Estado Social. Se em 1934 este objetivo se viu obstado por meio de um golpe de Estado, tendo vigorado aquele texto por pouco mais de 3 anos, o texto de 1946 vigorou por mais tempo, onde “regeu período de grande liberdade democrática”,²⁰⁴ mas não o suficiente para dar eficácia a almejada proteção social dos cidadãos brasileiros.

Sucumbiu a Constituição de 1946 diante da instabilidade política havida a partir da renúncia do presidente Jânio Quadros, as influências da doutrina de segurança nacional criada na Escola Superior de Guerra do Exército, dentre outros fatores que culminaram com o golpe de Estado de 1964, que precedeu o maior período ditatorial da história brasileira: 21 anos.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 46.

²⁰² SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 76.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 177.

1.3.2 Os direitos fundamentais e a Constituição de 1988

A ditadura militar instaurada no Brasil em primeiro de abril de 1964 governou o país por 21 anos, tempo em que desrespeitou sistematicamente os direitos humanos. Anota José Afonso da Silva, que o período de maior repressão da história brasileira, de regime fechado e de sucessivas violências do Estado contra seus indivíduos, prestou-se a ensinar ao povo brasileiro de que os direitos humanos não devem se constituir “numa concepção imprecisa e abstrata, cumprindo mera função de retórica política, mas hão de ser tidos como sinônimos de interesses populares, significando moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana”.²⁰⁵

A ditadura da desigualdade ensinou ao povo que as vítimas em potencial das violações dos direitos humanos no Brasil é a parcela mais pobre da população, que demanda ser protegida e não atacada pelas ações do Estado. Por esta razão, não demandava a população tão somente a positivação de direitos fundamentais no texto constitucional, como já havia sido realizado em 1934 e 1946, a mobilização era por efetividade dos direitos fundamentais.

O movimento constituinte de 1988 postulou uma nova ordem constitucional em que “os direitos humanos fossem reconhecidos numa Constituição democrática, mas sobretudo que esses direitos declarados tivessem uma tradução concreta no cotidiano de milhões de pobres e minorias discriminadas”.²⁰⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 05/10/1988, pondo a termo em caráter definitivo, o Estado de exceção no qual vivia o país desde 1964, restabelecendo o regime democrático. O novo texto constitucional é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana,²⁰⁷ que emerge como princípio constitucional estruturante de todo ordenamento jurídico.²⁰⁸

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Ibidem, p. 178.

²⁰⁷ GOMES, Reginaldo Gonçalves. Reinterpretação dos Direitos Fundamentais realizada pelo Supremo Tribunal Federal: equívocos e desacertos. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 149-174, jul-dez. 2016. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/6379/3347>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 159.

²⁰⁸ CRISTÓVAM, Jorge Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 262.

A Constituição de 1988 declara, desde logo no Título I, Dos Princípios Fundamentais, quais são os fundamentos, poderes, objetivos e princípios das relações internacionais, que são adotados pela República Federativa do Brasil.²⁰⁹

Como fundamentos da República, destaca o texto constitucional a soberania e a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o respeito aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como, o pluralismo político, quando “o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Na organização do Estado, divide a Constituição de 1988 os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, “independentes e harmônicos entre si”.

Estabelece como objetivos da República a Carta constitucional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, em que revela “a busca de um crescimento econômico socialmente benigno, portanto que propicie, afinal, uma transformação social estrutural”.²¹⁰

Mencionado objetivo é concatenado com o ideal pela promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No que diz respeito aos princípios de regência nas relações internacionais do país, diz o Título I, dentre outros, sobre a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Sem dúvida a preocupação com os direitos humanos ocupa lugar central de prioridade, como nunca antes havia sido observado nos textos constitucionais brasileiros.²¹¹ Como numa sequência, que acompanha as dimensões de direitos fundamentais, prevê no seu artigo 5º a Constituição de 1988 um extenso rol de garantias do indivíduo em relação as ações do Estado, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à privacidade e à igualdade.²¹² Com as emendas constitucionais realizadas até o presente estudo, conta o dispositivo atualmente com setenta e oito incisos.

²⁰⁹ Art. 1º ao 4º.

²¹⁰ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59.

²¹¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 63.

²¹² SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 178.

Os direitos sociais ocupam lugar sucessivo de destaque no artigo 6º, que assegura o compromisso constitucional em relação “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.²¹³

Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais podem ser encontrados em outro extenso rol de proteção, que tem início no artigo 7º e conta com trinta e quatro incisos. Nos artigos subsequentes, consagra a Constituição a liberdade de organização profissional e sindical, o direito de greve, a representação dos trabalhadores em órgãos públicos colegiados que deliberem sobre seus eventuais interesses profissionais e previdenciários, bem como, da eleição de representantes dos empregados nas empresas com mais de 200 funcionários.²¹⁴

Para Jorge Miranda, os direitos sociais constantes na Constituição de 1988 abrangem tanto os direitos prestacionais à educação, trabalho, saúde, lazer, segurança e a previdência social, quanto “a protecção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação”.²¹⁵

Debruçado sobre a mesma matéria José Afonso da Silva acompanha o entendimento em relação a abrangência dos direitos sociais. O autor os sistematiza em três classes: (i) dos direitos sociais relativos ao trabalhador;²¹⁶ (ii) dos direitos sociais relativos à seguridade;²¹⁷ e, (iii) dos direitos sociais²¹⁸ relativos a educação e a cultura.²¹⁹

Quem se propõe a analisar detidamente a Constituição de 1988 percebe, desde logo, nos primeiros capítulos, o evidente compromisso do legislador constituinte na construção de um Estado Social de carácter dirigente, “necessariamente intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da justiça social no País”.²²⁰

²¹³ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 82.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 232.

²¹⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”.

²¹⁷ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional). Op. Cit., p. 179.

²²⁰ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Op. Cit., p. 66.

A consolidar este entendimento, mantém mais adiante a Carta política, dois relevantes Títulos,²²¹ que merecem uma análise mais detida. O primeiro, da ordem econômica e financeira, afirma esta ser fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” que tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”,²²² numa clara qualificação do interesse individual pela preocupação com o social.

Neste sentido, assegura o direito de propriedade, mas condiciona o seu exercício ao cumprimento da função social. Estabelece a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, mas em contrapartida reconhece como princípios a necessidade de proteção do consumidor e do meio ambiente, bem como, consigna o compromisso pela redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. É dizer que o desempenho de qualquer atividade econômica resta subordinado aos interesses sociais colocados como contrapartidas para o seu exercício.

No Título VIII que trata da ordem social é consignado que esta tem como base “o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.²²³ Assim, é delineada toda uma cadeia de proteção social, sistematizada nos capítulos²²⁴ da seguridade social, da educação, da cultura e do esporte, da ciência, tecnologia e inovação, da comunicação social, do meio ambiente, da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, e dos índios, na mais abrangente positivação de direitos sociais em sede constitucional da história brasileira.

Neste título, algumas relevantes disposições merecem destaque, como o dever da sociedade e do Estado na “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, “o amparo às crianças e adolescentes carentes”,²²⁵ a “educação, direito de todos e dever do Estado e da família”,²²⁶ o dever do Estado de garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura

²²¹ Títulos VII e VIII.

²²² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”.

²²³ “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

²²⁴ Do capítulo II ao capítulo VIII.

²²⁵ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...)”.

²²⁶ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

nacional”,²²⁷ de fomentar “práticas desportivas formais e não-formais”²²⁸, de promover e fomentar o “desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”,²²⁹ de garantir a todos um “meio ambiente ecologicamente equilibrado”,²³⁰ dentre inúmeros deveres de natureza prestacional que são incumbidos ao Estado.

Dentre os direitos sociais, relevante o status que confere a Constituição de 1988 ao direito a saúde, que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro se faz alçado à categoria de direito fundamental. Nas Constituições anteriores é possível encontrar apenas disposições esparsas com relação a matéria, como a Carta imperial, que fazia menção expressa à garantia dos socorros públicos.

É por meio do artigo 196 que a Constituição de 1988 sistematiza o direito a saúde.²³¹ Nele se tem a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantido por “políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e de outros agravos”, quando administrado com base no “princípio do acesso universal e igualitário “às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.²³²

Da redação detalhada daquele dispositivo constitucional podem ser extraídas importantes conclusões. A primeira é a de que a expressão “direito de todos” implica no reconhecimento da existência de “um direito tanto individual quanto coletivo de proteção à saúde”.²³³ Interpretar o direito a saúde como mera norma programática seria o mesmo que negar a eficácia da própria Constituição, quando esta vai além da intenção de positivar um compromisso futuro e incerto do Estado para com o indivíduo e estabelece um verdadeiro dever.

A “essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações de serviços de saúde”,

²²⁷ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

²²⁸ “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)”.

²²⁹ “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

²³⁰ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

²³¹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 622.

²³³ Idem.

que impõe aos entes federados um dever de prestação positiva, passível de ser exigido, inclusive, no Poder Judiciário. Tal fato não deve ser entendido, por sua vez, como um direito subjetivo de caráter ilimitado “a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde”. O que existe, em verdade, é um direito subjetivo do indivíduo a ter acesso a políticas de promoção proteção e recuperação da saúde.²³⁴

O direito subjetivo, individual do cidadão no acesso à saúde, decorre do dever constitucional do Estado em assegurar mencionado direito. A Constituição de 1988 é literal ao consignar que, para além de um direito fundamental, o direito à saúde é um dever fundamental do Estado – União, Estados e Municípios. Tal dever deve ser cumprido pelos agentes estatais na forma prescrita pelo texto constitucional: por meio de políticas públicas que o concretizem, especialmente quando voltadas ao viés preventivo.²³⁵

As políticas públicas estatais para a área da saúde – para além de concretizar o acesso ao direito, mediante a distribuição e alocação otimizada de recursos, e da preferência por programas de natureza preventiva – devem ser dotadas de um viés programático, que tem razão na própria natureza evolutiva da medicina, “pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou volta de uma doença supostamente erradicada”.²³⁶

Coloca ainda o texto constitucional como critério ao desenvolvimento de políticas públicas para a área da saúde, que estas estejam voltadas ao acesso universal e igualitário, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. É dizer que ao desenvolver uma nova política ou um novo programa na área de saúde, este deve tratar oportunizar o acesso de todos os cidadãos, de forma igualitária.

Diante deste cenário de positivação de direitos fundamentais sociais, é inegável que a Constituição de 1988 impõe a observância do princípio da vedação ao retrocesso social. É dizer que o mandamento constitucional se dá por uma implementação contínua e progressiva dos direitos fundamentais sociais, que vincula

²³⁴ Ibidem, p. 623.

²³⁵ LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.766-780. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4885/3641>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 773.

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 623.

tanto o legislador, quanto os demais órgãos do Estado, vedada qualquer iniciativa tendente a suprimir por completo estas garantias.²³⁷

A Constituição de 1988 obriga o resgate da dívida social brasileira com seu povo, por meio da formulação e implementação de políticas públicas aptas a atingir, gradualmente, os objetivos declarados no texto. Neste contexto, “a inclusão social e a redução das desigualdades, ocupa um lugar central num modelo constitucional fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.²³⁸

O princípio da vedação ao retrocesso social, decorre de modo implícito do sistema constitucional, especialmente a partir dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito,²³⁹ da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, de manifestações específicas da Constituição, contrárias a medidas de cunho retroativo, e do princípio da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito.²⁴⁰

O princípio da vedação ao retrocesso social vincula a atuação de todos os poderes da República. É dizer que atenta contra o próprio texto constitucional, qualquer iniciativa tendente a fazer retroagir direitos já implementados, seja pela via legislativa, seja pelas ações do Executivo, ou ainda, pelo Poder Judiciário.²⁴¹ Este princípio assume relevância maior, em épocas de crise institucional, momento em que a força da Constituição deve ser reafirmada, em sua função de reserva de direitos.²⁴²

O reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso social, vincula todo o Estado à persecução dos objetivos da Constituição de 1988, impedindo que ocorra “uma frustração da vontade constitucional, notadamente quando estiverem em causa valores centrais da ordem jurídica, como é o caso de uma vida digna, tratando como inferência lógica, que simboliza o valor jurídico mais importante da sociedade”.²⁴³

²³⁷ DERBLI, Felipe. Op. Cit., p. 223.

²³⁸ AMARAL, Marcelo Quevedo Do. A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.706-724. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4620/3497>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 710.

²³⁹ CRISTÓVAM, Jorge Sérgio da Silva. Op. Cit., p. 283-284.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais. Op. Cit., p. 22-23.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 347.

²⁴² NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. Op. Cit., p. 25.

²⁴³ TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Op. Cit., p. 167.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O extenso rol de direitos fundamentais sociais, aliado a experiência das constituições anteriores, especialmente as de 1934 e 1946, preveniu o legislador constituinte de 1988 em relação ao problema da eficácia das normas constitucionais: era necessário propiciar meios para sua efetivação. Foi dessa preocupação, em especial, que foram criados na Constituição de 1988 instrumentos processuais “como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.²⁴⁴

O problema da efetividade dos direitos fundamentais, por sua vez, não encontra óbice somente na eventual inércia do Estado em garantir a prestação a que está obrigado, ou na possibilidade de o cidadão pleitear, individual ou coletivamente, seu direito positivado. Há outra limitação de caráter mais objetivo: a falta de recursos financeiros para implementá-los.

A responder a esta problemática a democracia brasileira se esmera em mecanismos de legislação de administração orçamentária e de interpretação doutrinária jurisprudencial – casos da Lei de Responsabilidade Fiscal e das Teorias da Reserva do Possível, que buscam um critério racional de restrição de eficácia dos direitos fundamentais.

Na sociedade capitalista contemporânea, de modo especial, nos países ditos emergentes, onde se inclui o Brasil, o sucesso da política fiscal é elemento a viabilizar o êxito das demais políticas públicas das quais o Estado se dispõe a financiar, no objetivo de assegurar a proteção social. É de uma gestão fiscal equilibrada que o Estado garante recursos para financiamento de programas estatais de investimento em pesquisas, de financiamento à iniciativa privada, prevenção de doenças, proteção dos vulneráveis, redistribuição de renda, dentre tantos outros, os quais está obrigado.

Por outro lado, o mau desempenho fiscal é razão da paralisia das ações do Estado, por indisponibilidade de recursos, que acabam, em regra, afetando as ações estatais na proteção de direitos humanos elementares básicos do cidadão. O histórico de instabilidade econômica no Brasil, em particular, está intimamente ligado ao modo

²⁴⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 83.

com que o administrador estatal emprega ao dar destino para o dinheiro público. É dizer que antes da instabilidade política, observa-se a instabilidade econômica, ou esta última, ainda que inexistente, é usada como pretexto para promover a primeira.

Em 1964 o perigo do comunismo²⁴⁵ foi propagado como potencial ameaça à sociedade livre, argumento fundamental para destituir Jango do poder. Ao assumir Brasília, os militares trataram de promover intervenções que não estavam restritas ao campo político-social, mas que também abrangiam, principalmente, o campo econômico e fiscal.²⁴⁶ A reestruturação do Sistema Financeiro Nacional, nos moldes em que se tem hoje, foi concretizada a partir daquele contexto.²⁴⁷

Do mesmo modo, a queda da ditadura militar em 1985, com a ascensão de José Sarney à presidência da república, deu-se por meio de pressões populares que pediam a saída dos militares. Mas fora viabilizada, de igual modo, quando a caserna se deu conta de sua incapacidade em administrar a inflação galopante, oriunda de um grave problema fiscal.²⁴⁸

Já em tempos democráticos, pós Constituição de 1988, Fernando Collor de Mello fora deposto em 1992 por ter cometido o pitoresco²⁴⁹ crime de responsabilidade: comprar um Fiat Elba com recursos de campanha. O pano de fundo, porém, o confisco das poupanças particulares e, novamente, o caos fiscal. De modo semelhante ocorrera com Dilma Rousseff em 2016, impedida pelo Congresso Nacional por ter cometido discutíveis “pedaladas fiscais”²⁵⁰ – legalmente permitidas pelo Congresso Nacional na lei orçamentária de 2016, dois dias depois de formalizado o processo de impeachment.²⁵¹

No Brasil, o descontrole fiscal afeta a seara política, sendo elemento capaz de gerar alterações repentinas do poder e instabilidade institucional de modo que não se

²⁴⁵ Portanto, aventava-se a possibilidade de uma severa alteração na condução da economia.

²⁴⁶ REZENDE, Maria José. **A Ditadura Militar No Brasil**: Repressão e Pretensão de Legitimidade. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 2001. p. 77.

²⁴⁷ CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. **Estado, Política Econômica e Cultura Desenvolvimentista**: o caso do Banco de Desenvolvimento do Paraná S.A. 2005. 381 f., il. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p.211.

²⁴⁸ SKIDMORE, Thomas Elliot. **Brasil: de Castelo a Tancredo: 1964 - 1985**. Tradução de Mário Salviano Silva. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 69.

²⁴⁹ Especialmente quando comparado com as atuais denúncias de eventuais crimes cometidos por políticos da atualidade, que envolvem maletas de dinheiro, gravações, propinas vitalícias, dentre outros.

²⁵⁰ Neologismo do espectro político, utilizado para designar a prática do atraso no repasse de verbas do Tesouro Nacional para os bancos públicos, a cobrir o dispêndio destes, no pagamento de programas sociais, como Bolsa Família, Seguro Desemprego, dentre outros, com o objetivo de cumprir assim, com as metas de superávit primário estabelecidas na lei orçamentária anual.

²⁵¹ Com a edição da Lei 13.332 de 1º de setembro de 2016.

observa, com tamanha intensidade, em outra democracia constitucional democrática do ocidente.

Obrigar o Estado se manter vigilante em relação aos seus gastos, foi das pioneiras preocupações da Constituição de 1988. Se por um lado, o texto constitucional primou em inaugurar aos brasileiros a garantia do acesso ao bem-estar social, por outro lado, a Carta promove uma intensa sistematização do modo com que o governante deve planejar e dispor os recursos públicos.

Nas sociedades democráticas que professam modelo do bem-estar na condução de políticas públicas, a constante vigilância sobre a política fiscal é elemento a assegurar a fruição, em especial em relação aos mais pobres, de direitos humanos elementares básicos, como os sociais, os civis, os econômicos e culturais.

Esta preocupação não é desarrazoada, em momentos de crise econômica, no descontrole estatal das contas públicas, ou quando a política econômica falha, são aqueles que mais dependem da ação do Estado que acabam tendo seus direitos vilipendiados. Na crise, não faltam ao espectro político iniciativas para conter gastos públicos, por meio das leis de austeridade.

Onde cortar recursos? Como cortar? Em quais áreas deixar de investir? É permitido deixar de investir? Na falta de consenso sobre o que, quando e onde cortar recursos públicos, quem acaba convocado a dar a palavra final sobre o assunto é o Poder Judiciário. Para que se tenha como exemplo, leis de austeridade, que limitam o modo como o administrador estatal deve dispor orçamento público, são constantemente objeto de litígio.

A recente Emenda Constitucional 95/2016 do teto de gastos públicos, que congelou por 20 anos os gastos estatais, gerou seis ações judiciais que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal e que pedem a declaração de sua inconstitucionalidade.²⁵² No ano 2000, a recém-sancionada a Lei de Responsabilidade Fiscal também foi objeto de deliberação em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que demorou incríveis dezesseis anos para ser julgada pelo mesmo Supremo Tribunal

²⁵² SAMPAIO, Cristiane. Teto dos gastos atinge direitos fundamentais, diz procuradora. **Brasil De Fato**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/10/09/teto-dos-gastos-atinge-direitos-fundamentais-diz-procuradora/>>. Acesso 04 de dez. 2017.

Federal.²⁵³ A síntese do argumento propositivo daquelas ações é a constatação lógica de que limitar o orçamento público é sinônimo de redução de direitos.²⁵⁴

No direito comparado, a reconhecida necessidade de proteção pelo Estado da manutenção dos direitos sociais fez a Corte Constitucional colombiana declarar inconstitucional norma orçamentária que reduzia aportes econômicos a universidades públicas.²⁵⁵ Em Portugal, os orçamentos públicos de 2011, 2012, 2013 e 2014, elaborados segundo as diretrizes do acordo entre o governo lusitano e o FMI, como parte do programa de austeridade e recuperação fiscal, foram todos declarados em parte inconstitucionais, por conterem previsões a afetar direitos sociais.

O Tribunal Constitucional português julgou reiterada e sucessivamente como inconstitucionais algumas das medidas de menor apelo popular propostas pelo governo, tendo como base princípios constitucionais como igualdade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais, ou ainda, segurança jurídica com base no direito social adquirido.

A ausência de um limite claro no texto de lei do que nasce primeiro, a necessidade de uma política fiscal austera, ou a disposição de vigorosos recursos estatais na garantia dos direitos fundamentais de seu povo, faz com que cada vez mais o Judiciário seja convocado a assumir posição de protagonista, sem deixar de lado o princípio da separação dos poderes, a ideia de freios e contrapesos e a força normativa vinculante do texto constitucional, inclusive quando contra majoritária.²⁵⁶

Fato é que os sinais enviados pelo governo à sociedade, quando elabora um programa de austeridade fiscal, geram reflexos no comportamento de todo o mercado financeiro. Por outro lado, priorizar o mercado pode significar deixar o cidadão mais

²⁵³ BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-5-DF**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193/>>. Acesso 05 de dez. 2017.

²⁵⁴ A emenda do teto de gastos públicos tem ainda o agravante de ter sido proposta e aprovada por um governo que administrou uma grave crise de legitimidade junto à população, sob acusações de ter acedido ao poder por meio de um golpe de Estado e que se manteve com baixos índices de aprovação popular. Ver em: Governo Temer tem reprovção de 71% e aprovação de 5%, diz Datafolha. **Valor Econômico**, São Paulo, 03 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5215859/governo-temer-tem-reprovacao-de-71-e-aprovacao-de-5-diz-datafolha>>. Acesso 04 de dez. 2017.

²⁵⁵ COLÔMBIA. Sentencia C-931/04. **Corte Constitucional República de Colômbia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-931-04.htm/>>. Acesso 04 de dez. 2017.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Sergio Antonio Fabris Editor. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre. 1999, p. 107.

dependente da atuação estatal desamparado, ou seja, não só avaliar como promover o retrocesso social, a depender da política de economia de recursos empregada.

Diferentemente da experiência dos países do hemisfério norte, a democracia brasileira não experimentou evolução das três dimensões direitos fundamentais.²⁵⁷ Do contrário, a previsão em sede constitucional dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão se deu por meio de uma abrupta positivação, após um longo período ditatorial,²⁵⁸ num único momento de sua história: a Constituição de 1988.²⁵⁹

O cumprimento dos deveres sociais impostos ao Estado pela via constitucional encontra óbice, por sua vez, no próprio contexto periférico em que se encontra a democracia brasileira, onde o capitalismo se estabeleceu tardiamente. Os problemas são diversos: restrições orçamentárias, elevado déficit público, atraso industrial fruto da ineficiência, ou ainda, a ausência de investimentos estatais. Também pode ser mencionada a falta de condições filosóficas e políticas à implementação de uma democracia plena, fruto da reivindicação organizada de seus cidadãos.²⁶⁰

A consolidação da agenda neoliberal nos países latino-americanos a partir da década de 1990,²⁶¹ aliado ao “enfraquecimento dos Estados nacionais em virtude da globalização econômica e da dependência internacional” são elementos a agravar este quadro.²⁶² Razões que fazem crer que os brasileiros “jamais conheceram um Estado Social nos moldes dos existentes nos Estados ricos do Norte”.²⁶³

A manutenção dos direitos fundamentais se vê restringida, portanto, pelo cenário econômico do país. A atuação positiva do Estado nas diversas áreas exigidas pelo texto constitucional clama pela numerosa disposição de recursos orçamentários, que, por sua vez, se mostram escassos, quando obtidos, basicamente, por meio da tributação de seus cidadãos.²⁶⁴ “Por esta razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades

²⁵⁷ SGARBOSSA, Luis Fernando. Op. Cit., p. 123.

²⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido en el derecho. Madrid/Bogotá: Trota/Ilsa, 2009. p. 102-103.

²⁵⁹ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. Crítica do protagonismo do Poder Judiciário. O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sóciojurídicas**, Santo Ângelo, v. 17, n. 29, p. 197-230, nov. 2017. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2375/1076>. Acesso em: 13 ago. 2018. p. 200.

²⁶⁰ SGARBOSSA, Luis Fernando. Op.cit., p. 123.

²⁶¹ FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Op. Cit., p. 38.

²⁶² SGARBOSSA, Luis Fernando. Op.cit., p.124.

²⁶³ Ibidem, p.123.

²⁶⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEINS, Cass Robert. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton, 1999, p.115.

peçoais com o mesmo recurso”.²⁶⁵ A preocupação com a eficiência e com a melhor disposição de recursos é expressa texto constitucional de 1988.²⁶⁶

A experiência observada na América Latina com o surgimento de processos inflacionários crônicos, acompanhados de grandes défices públicos acentuou a preocupação dos agentes políticos e econômicos em relação ao controle da emissão de moeda e da correlação entre as políticas monetária e fiscal.²⁶⁷ Pós implementado com relativo sucesso o Plano Real no Brasil, a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece um complexo modelo de gestão orçamentária, além do sistema de metas de inflação.

Este novo sistema, adotado no Brasil em 1999 e implantado em uma série de países ao longo da década de 1990, como Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia, Suécia, Israel e Espanha, parte de duas premissas: a uma, que a variável macroeconômica mais importante que a política monetária pode atingir é a taxa de inflação, a duas, que inflação baixa e pouco variável é condição que vai permitir a eficiente alocação de recursos, além de ser condição para a manutenção consistente dos preços.²⁶⁸

O modelo de gestão financeira estatal proposto à época, foi consequência de um acordo do governo brasileiro junto ao Fundo Monetário Internacional. O motivo: de 1994 a 1999 a dívida líquida do setor público praticamente dobrou, saltando de 28,5% para 50% em relação ao PIB. O modelo de gestão fiscal e orçamentária à época implementado tinha como objetivo estabilizar a dívida pública brasileira por meio do sistema de superávits: a obrigatoriedade de o governo arrecadar mais do que gasta.²⁶⁹

Quinze anos após implementada a primeira grande medida de austeridade fiscal na vigência da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional 95/2016 do teto

²⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.52.

²⁶⁶ “Art. 37. 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: (...)”.

²⁶⁷ NUNES, Selene Peres P.; NUNES, Ricardo da Costa. Relacionamento entre Tesouro Nacional e Banco Central: Aspectos da coordenação entre as políticas fiscal e monetária no Brasil. **IV Prêmio Tesouro Nacional**. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/ivpremio/divida/2afdpIVPTN/NUNES_Selene_NUNE_S_Ricardo.pdf> Acesso em: 05 dez. 2017, p.63.

²⁶⁸ HILLBRECHT, Ronald Otto. Metas de inflação e política fiscal. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/798/8168>> Acesso em: 28 mar. 2018, p.408.

²⁶⁹ REZENDE, Op.Cit., p.273.

de gastos públicos nasce de um cenário tido como mais catastrófico: o salto da dívida pública brasileira “de 51,7% do PIB em 2013, para 67,5% do PIB em abril de 2016”. As projeções do governo central indicavam ainda, que se nada fosse feito para conter a espiral de crescimento dos gastos públicos, o patamar de 80% do PIB seria ultrapassado em breve.²⁷⁰

Diferentemente do que assegura os procedimentos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a derradeira medida de austeridade congelou por vinte anos o valor dos gastos públicos, tempo considerado “necessário para transformar as instituições fiscais por meio de reformas que garantam que a dívida pública permaneça em patamar seguro”.²⁷¹ A iniciativa tem efeitos perversos. Se na saúde, por exemplo, direito social que a Constituição dedica especial cuidado, há a obrigatoriedade de um investimento estatal mínimo, depois da edição da PEC há também um limite máximo: o realizado no exercício anterior.²⁷²

No mesmo cuidado de contenção dos gastos públicos e inspirada no constitucionalismo alemão, a doutrina brasileira tem se esforçado no objetivo de estabelecer uma regra de prioridades de atendimento pelo Estado dos direitos sociais em sede judicial. A teoria da “reserva do possível” prevê que quando “não há recursos para atender todos os pedidos baseados em direitos fundamentais previstos na Constituição, é imperioso que alguns destes pedidos, quando apresentados em juízos, sejam rejeitados”.²⁷³

A ascensão de políticas de austeridade fiscal ante cenários tidos como catastróficos desperta preocupação em relação às suas consequências na esfera social. É do Fundo Monetário Internacional o diagnóstico de que mencionados remédios acabam por aumentar a desigualdade social, ao diminuir o tamanho do Estado e aumentar o desemprego.²⁷⁴

²⁷⁰ BRASIL. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2016/83.htm> Acesso em: 28 nov. 2019.

²⁷¹ Idem.

²⁷² BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. Direitos sociais como fundamentais: um difícil diálogo no Brasil. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 429-455, jul-dez. 2017. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/7962/3673>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 449-450.

²⁷³ ZANITELLI, Leandro Martins. Custo ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.188.

²⁷⁴ OSTRY, Jonathan David; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. **Neoliberalism: Oversold?**. Finance & Development. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2017.

A Organização das Nações Unidas (ONU) atesta que medidas de austeridade fiscal reduzem a capacidade dos indivíduos exercerem seus direitos sociais humanos.²⁷⁵ O Comissário para Direitos Humanos do Conselho da Europa aponta a violação de amplo leque de direitos com as políticas de austeridade fiscal, “desde o direito a um trabalho digno, a um nível de vida adequado e a ter seguridade social, até o acesso à justiça, a liberdade de expressão e o direito à participação, à transparência e à prestação de contas”.²⁷⁶

Fato é que de um lado se tem a pressão das contas públicas postas no vermelho, e de outro, a necessidade de que a administração das amargas políticas de austeridade fiscal não implique em efeitos absolutamente indesejáveis na esfera social.

Ao enfrentar esta dicotomia o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas buscou estabelecer critérios para avaliar a razoabilidade das medidas de austeridade.²⁷⁷ Para o Comitê da ONU qualquer política de austeridade deve partir da análise dos seguintes critérios: i) temporalidade da medida e sua adequação ao período de crise; ii) necessidade e proporcionalidade da medida, de modo a não colocar em xeque os direitos econômicos, sociais e culturais; iii) não discriminatória da medida, com fito de garantir o necessário para amenizar as desigualdades sociais que possam surgir em tempos de crise, em especial, em relação aos mais vulneráveis; e iv) a medida avaliza e protege um nível mínimo de proteção social durante toda sua aplicação.

A medida do que é considerável aceitável, ou seja, quais são os limites a serem observados quando no implemento de uma política de austeridade, para que esta não venha a afetar a concretização dos direitos sociais por parte do Estado, deve partir da própria Constituição. No caso brasileiro, a interpretação destes limites deve considerar ainda o contexto institucional e econômico em que está inserida sua democracia, com

²⁷⁵ UN. Report on austerity measures and economic and social rights. **United Nations**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82_en.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²⁷⁶ COUNCIL OF EUROPE. **La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica**. Commissioner For Human Rights. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806da858>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

²⁷⁷ PILLAY, Ariranga Govindasamy. **Letter dated 16 May 2012 addressed by the Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to States parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_SUS_6395_E.doc> Acesso em: 28 nov. 2018.

seus graves problemas econômicos e sociais, que tentou por mais de meio século implementar um autêntico Estado Social e somente o conseguiu em 1988, quando já se discutia no hemisfério norte a superação deste modelo de Estado.

O texto constitucional brasileiro sistematiza o planejamento contínuo como forma de escolha democrática de destinação de recursos públicos. O contexto constitucional estabelece um claro compromisso do Estado em atender interesses multifacetados, de uma sociedade pluralista, desigual e com necessidades distintas. O Estado Social previsto pela Constituição de 1988 exige da administração estatal, em todos os seus níveis, o planejamento e desenvolvimento de políticas públicas, a viabilizar a fruição destes direitos por seus indivíduos.²⁷⁸

O implemento de políticas públicas, a garantir o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos, impõe ao Estado um gasto. Ainda no século passado, Stephen Holmes e Cass Sunstein alertavam para o fato de que todos os direitos têm um custo, inclusive aqueles de dimensão negativa, como são as atividades de garantia da lei e da ordem, por exemplo.²⁷⁹ Impossível afastar desta discussão, portanto, a máxima elementar matemática de que as necessidades humanas são infinitas, enquanto os recursos estatais são finitos.

A sociedade, na forma democrática, precisa fazer escolhas sobre a melhor forma de empregar os recursos disponíveis ao Estado. Não é possível atender a todos. Priorizar uma determinada área pode significar, em alguns cenários, retirar ou reduzir recursos que poderiam estar disponíveis a outra. A tentativa de maximizar o bem-estar de um determinado grupo de indivíduos, pode ocasionar a perda de bem-estar de outros.²⁸⁰

Reconhecendo este cenário, que impôs a Constituição de 1988 o planejamento imperativo, onde coloca a gestão do orçamento como “mecanismo orientador de toda a atividade estatal, principal aspecto do processo de ligação entre os sistemas político e jurídico”.²⁸¹ É dizer que não pode haver despesa estatal que não esteja legalmente autorizada, ao passo que é vedado ao Estado a busca por recursos que não estejam

²⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 17.

²⁷⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEINS, Cass Robert. Op. Cit., p. 115-116.

²⁸⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009, p.150.

²⁸¹ BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, n. 3. (2015). Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 28 mar. 2018, p.181.

conexos com suas necessidades financeiras. É por meio do planejamento orçamentário que a sociedade, por seus representantes, faz a escolha das prioridades de investimento de estatal, “de elaboração conjunta e de controle recíproco entre Executivo e Legislativo.”²⁸²

Numa simplória síntese, os cidadãos elegem seus representantes para o Executivo, com base no plano de governo que julga o mais adequado. O representante eleito, elabora proposta orçamentária, que em tese, deve guardar conexão com seu plano de governo, priorizando as políticas públicas de acordo com o que prometeu em campanha. Submetida a lei orçamentária ao Parlamento, este tem a função de aprovar a proposta, fazendo ainda as emendas que julgar relevantes, devolvendo o texto para a sanção. Neste cenário, a peça orçamentária se caracteriza como resultado do verdadeiro embate democrático, o que confere legitimidade a todo o processo.²⁸³

Em outras palavras, o plano de investimento estatal, bem como, a forma de sua atuação e o controle de suas contas são “conformados dentro de um processo discursivo, cujos principais objetivos são a definição democrática do que seja prioridade estatal e a apresentação transparente dos limites orçamentário-financeiros que orientam o agir do Poder Público”.²⁸⁴

2.1 DO ORÇAMENTO PÚBLICO

É certo que os direitos fundamentais demandam investimentos públicos. Tanto a implementação, quanto a manutenção de direitos, impõem um custo aos cofres do Estado, seja para assegurar a liberdade, seja para promover a igualdade material entre os cidadãos.²⁸⁵ Independente da técnica legislativa ou hermenêutica que se pretenda utilizar, os recursos financeiros a suportar políticas públicas não brotam do nada:²⁸⁶ os direitos não nascem em árvores.²⁸⁷

²⁸² PINTO, Élida Graziane. **Financiamento de Direitos Fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União pós-Plano Real. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 39.

²⁸³ BOGOSSIAN, Andre. Op. Cit., p. 183.

²⁸⁴ PINTO, Élida Graziane. Op. Cit., p. 40.

²⁸⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEINS, Cass Robert. Op. Cit., p. 15.

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 280.

²⁸⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Há uma estrita relação entre os direitos fundamentais e o orçamento público, na medida em que a mínima manutenção de direitos irá sempre acarretar em efeitos financeiros.²⁸⁸ O orçamento, por sua vez, tem evidentes limitações no atendimento das necessidades humanas. O cobertor sempre será curto. “Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés”.²⁸⁹ Esta metáfora ganha ainda mais relevo diante da realidade brasileira, marcada pela pobreza e pela desigualdade. “Há, na verdade, um descompasso das necessidades públicas em relação à finitude de receitas, tornando-se um imperativo a tomada de decisão política do gasto”.²⁹⁰

As políticas públicas, diante deste cenário, precisam ser muito bem planejadas. Devem ser delineadas de forma realista, levando em consideração o cenário de escassez, seja em maior ou menor intensidade, a depender do tempo para que são desenhadas.²⁹¹ É preciso então, efetuar escolhas, definir prioridades, em um processo que deve resultar, ainda que de modo inconsciente, na violação de direitos fundamentais.²⁹²

Fazer fruir direitos fundamentais mediante investimento público “em determinada área, como saúde ou segurança pública, por exemplo, é uma escolha. E essa escolha, muitas vezes, é trágica (*tragic choice*), no sentido de que o prestígio de um direito levará ao sacrifício ou restrição de outros”.²⁹³ Estas escolhas trágicas²⁹⁴ são realizadas pela via do processo orçamentário: um funil que estabelece, dentre uma infinidade de opções, quais direitos fundamentais serão implementados ou mantidos pelo Estado.²⁹⁵

²⁸⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 512.

²⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Doutrinas essenciais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 54, jan. (2006). Disponível em:

<https://www.academia.edu/12141687/A_efic%C3%A1cia_dos_direitos_fundamentais_sociais>.

Acesso: 30 dez. 2019, p. 6.

²⁹⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das Políticas Públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-18, jan-jun. 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/5132/3542>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 9.

²⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Op. Cit., p. 6.

²⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. Cit., p. 281.

²⁹³ CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Op. Cit., p. 14.

²⁹⁴ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W.W. Norton, 1978, p. 11.

²⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140-141.

2.1.1 Funções e princípios do orçamento público

O orçamento público compreende tarefa estatal de planejamento que pode assumir múltiplos aspectos, como são o administrativo, o econômico, o financeiro, o contábil, o político e o jurídico. É na lei orçamentária em que se desenha a atividade financeira do Estado. Por essa razão, sustenta-se na contemporaneidade que o orçamento público possui três funções principais: a política, a econômica e a reguladora.²⁹⁶

Mas nem sempre o orçamento foi entendido assim. O próprio conceito do que é orçamento público vem sofrendo mutações ao longo da história moderna, decorrentes do aperfeiçoamento de suas funções.²⁹⁷ Essas alterações têm razão no surgimento de uma série de princípios que orientam a confecção da peça orçamentária.

No presente estudo pretende-se uma classificação sintética das funções do planejamento orçamentário. Nesse objetivo, divide-se a evolução conceitual do que representa orçamento público em três fases: orçamento tradicional, orçamento moderno e orçamento como dever constitucional.

O orçamento tradicional tem sua origem nos primórdios do liberalismo econômico, tendo surgido como instrumento de controle das ações do Estado na Inglaterra, por volta de 1822. O planejamento orçamentário nasceu à época, diante da consciência da necessidade de controlar o crescimento das despesas do Estado, ao se mostrar vigilante em relação ao seu tamanho.

A peça orçamentária tinha como principal função a de possibilitar ao Legislativo o controle político das ações do Executivo, um instrumento a serviço dos ideais dos liberais, que buscavam ao máximo evitar o aumento dos gastos estatais.²⁹⁸

No contexto da época, da Inglaterra do século XIX, o orçamento se mostrava como eficiente forma de controle do Estado, o numa forma ainda menos complexa de organização administrativa, em que a arrecadação tributária, por exemplo, era

²⁹⁶ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; PIERRE, Victor Hugo Lessa; COSTA, Carlos Eugênio Silva da; ALMEIDA, Daniel Cabral de. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 50, p. 414-441, 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2557/1521>>. Acesso em: 31 jul. 2018, p. 417.

²⁹⁷ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 12. ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64.

²⁹⁸ Ibidem, p. 65.

autorizada anualmente, nos termos das despesas planejadas para o período. A peça orçamentária colocava a frente despesas e receitas, possibilitando a gestão nos sentidos contábil e financeiro, que acabava por oportunizar um apurado controle político.²⁹⁹

A função de peça de controle político do orçamento possibilitou seu aprimoramento técnico ao longo dos anos, ao passo que sua confecção fora gradativamente aperfeiçoada, de modo a conter informações cada vez mais relevantes, de interesse do Parlamento, numa época em que “as finanças públicas caracterizavam-se por sua “neutralidade”: o equilíbrio financeiro impunha-se naturalmente e o volume de gasto público não chegava a ser significativo em termos econômicos”.³⁰⁰

Com a Revolução Francesa e a consolidação do modelo de Estado Liberal, o orçamento fora dotado como documento de caráter jurídico, quando assinalou o Código de Contabilidade Francês ser o orçamento público a “lei que fixa a despesa e estima a receita”.³⁰¹ O mesmo se deu com a Constituição do Império Alemão, de 1871 ao dispor que “todas as receitas e despesas do império devem ser estimadas e agrupadas em um orçamento sob forma de lei”.³⁰²

No final do século XIX, com as mudanças havidas na feição do Estado, como consequência do abandono de seu caráter de neutralidade perante a sociedade para uma posição intervencionista, o orçamento como mero instrumento de controle e autorização legislativa deixa de atender aos anseios, especialmente, do Poder Executivo, que passa a ter de coordenar uma agenda de encargos cada vez mais crescente.

Deste contexto, James Giacomoni traz o relato da mensagem do presidente americano William Taft, enviada ao Congresso em 1912: “desejamos poupar, e poupar com um objetivo. Desejamos economizar dinheiro para habilitar o governo a desenvolver projetos benéficos, os quais estamos impedidos de executar, pois não podemos aumentar as despesas”.³⁰³

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ MACHADO JR, José Teixeira. O Orçamento como instrumento de planejamento governamental. **Revista ABOP**, 3 (1), p. 20. jan./abr. 1977. Apud GIACOMONI, James. p. 64.

³⁰² SILVEIRA, Delfim Mendes. **Orçamento e planificação**. Porto Alegre: Sulina, 1960, p. 100.

³⁰³ LEE JR, Robert. D.; JOHNSON, Ronald W.; JOYCE, Philip G. **Public Budgeting Systems**. Baltimore: University Park Press, 1973, p. 101 Apud GIACOMONI, James. p. 66.

A concepção de orçamento moderno qualifica a função da peça orçamentária, quando esta deixa de ser tão somente um instrumento de controle Legislativo das ações do Estado, para se tornar num instrumento programático da administração pública. Em outras palavras, deixa de ser o orçamento uma simples previsão de estimativa de receitas e despesas, para se caracterizar como documento auxiliar do Executivo “nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle”.³⁰⁴

Ganha então o orçamento características de enunciado da programação de trabalho do governo, quando “expressa em termos de dinheiro, para um período de tempo definido, o programa de operações do governo e os meios de financiamento deste programa”.³⁰⁵

De grande relevo para o aperfeiçoamento das funções da peça de orçamento foram as ideias de Maynard Keynes,³⁰⁶ a partir da década de 1930, e sua defesa de que o Estado realizasse intervenções na economia, quando na busca da manutenção do pleno emprego, da estabilidade monetária e da melhor distribuição de renda. O orçamento ganha então contornos de instrumento que sistematiza a política fiscal do governo, voltada a objetivos que não somente o controle dos gastos públicos, mas de previsão dos eventuais reflexos dos gastos públicos na sociedade e no bem-estar da população.³⁰⁷

O orçamento moderno é otimizado nos movimentos constitucionais do pós-Segunda Guerra Mundial. A partir deste período, é imposta ao Estado a obrigação constitucional do planejamento. A Constituição brasileira de 1988 é dotada de vários dispositivos que dão conta da obrigatoriedade “de formulação de planos, de forma ordenada e sequencial, para viabilizar o alcance dos objetivos previamente estabelecidos, que buscam o atingimento do progresso econômico e social”.³⁰⁸

Na Constituição de 1988 se consolida a ideia de se ter na gestão orçamentária e no próprio orçamento um instrumento capaz de fazer fruir os direitos fundamentais, proporcionando aos indivíduos o acesso ao bem-estar. O processo de gestão

³⁰⁴ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 67.

³⁰⁵ MACHADO JR, José Teixeira. **Teoria e prática do orçamento municipal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962, p. 5.

³⁰⁶ KEYNES, John Maynard. Op. Cit.

³⁰⁷ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 67.

³⁰⁸ PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

orçamentária compreende as funções de planejamento, execução, controle e avaliação, sempre em caráter cíclico e permanente, de modo a racionalizar a aplicação de recursos por parte do Estado.

O orçamento deixa de ser uma peça de planejamento eminentemente técnica, passível de ser ou não aplicada por seu dirigente, “para tornar-se um mecanismo jurídico por meio do qual o dirigente passou a ter a obrigação de executar sua atividade governamental, na busca da realização das mudanças necessárias para alcançar o desenvolvimento econômico e social”.³⁰⁹

Desde o surgimento do orçamento de Estado, há um movimento de constante aperfeiçoamento técnico das peças planejadoras, a possibilitar um controle cada vez mais apurado das contas públicas por parte do Poder Legislativo. A evolução funcional do orçamento se deu também em torno de regras que a doutrina, especialmente os tratadistas de inspiração francesa, considera de fundamental importância na criação da peça orçamentária.

Estas regras são entendidas na contemporaneidade como princípios orçamentários, que possuem forte conotação legal, visto que se veem incorporados na legislação, tamanho o reconhecimento de sua importância.

A Constituição de 1988 é dotada de muitos destes princípios, regras que orientam como o Executivo deve elaborar a peça orçamentária, sobre o que dispor e como proceder. É dizer que a Carta tem especial preocupação sobre a forma como deve ser conduzida a questão orçamentária, impondo a observância de regras que orientam o processo dispositivo do orçamento.

a) Princípio da unidade

A explicação mais simplória para a definição deste princípio é a de que cada unidade do governo precisa ter apenas um orçamento. Ou seja, a peça orçamentária deve constituir de um único documento, onde estão relacionadas todas as receitas e despesas do Estado.

É um princípio de inspiração na teoria clássico-liberal, época em que alguns autores chegaram a defender, para além da unicidade da peça orçamentária, a

³⁰⁹ Idem.

obrigatoriedade de haver um caixa único. Ou seja, que os recursos do Estado estivessem depositados em uma única conta, a possibilitar uma alta efetividade de controle das finanças públicas pelo Parlamento.³¹⁰

O estrito cumprimento do princípio da unidade do orçamento sempre fora tarefa bastante difícil ao Estado, mesmo no passado, tempo em que a administração pública não era tão complexa como nos dias atuais. Situações especiais como a guerra, calamidades públicas e as crises cíclicas do capitalismo acabavam por dar azo à confecção de orçamentos paralelos, que trabalhavam em conjunto com o orçamento ordinário.³¹¹

Quando o papel do Estado perante a sociedade se torna mais complexo, com este assumindo cada vez mais funções, o princípio da unidade orçamentária demanda uma ressignificação.³¹² O princípio da unidade passa a ser sinônimo de princípio da totalidade: que admite a coexistência de múltiplos orçamentos, desde que estes permitam ao governo a reunião simplificada de todo o conjunto das finanças numa visão consolidada.

Na legislação brasileira, o art. 2º da Lei 4.320/1964 dispõe expressamente sobre a necessidade de observância ao princípio da unidade orçamentária, ao regram que a lei orçamentária deverá conter “a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”.

A Constituição de 1988 seguiu contemporâneo entendimento do princípio da unidade orçamentária, ao dispor que o orçamento anual deve ser composto das seguintes peças: “a) o orçamento fiscal, compreendendo as receitas e despesas de todas as unidades e entidades da administração direta e indireta: b) o orçamento de investimento em empresas estatais; e c) o orçamento das entidades de seguridade social”.³¹³

³¹⁰ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 71.

³¹¹ Idem.

³¹² Importante consignar a força que o princípio da unidade orçamentária clássica ainda encontra amparo perante a comunidade política, independentemente do grau de complexidade que representam as ações desempenhadas pelo Estado na sociedade contemporânea. Em 2013, por exemplo, o então Governador do Paraná Beto Richa conseguiu aprovar projeto de Lei de sua iniciativa, que criava a conta única do Estado, em meio a polêmicas em torno da constitucionalidade do projeto. Após ser regulamentada, a Lei Estadual 17.579/2013 permitiu que recursos particulares, fruto de disputas judiciais, depositados em contas do Poder Judiciário, pudessem ser depositados e geridos por meio da conta única do Estado, uma das razões das aventadas polêmicas, em torno da iniciativa.

³¹³ Ibidem, p. 73.

Segue a legislação brasileira a ideia de totalidade orçamentária, ou seja, admite que múltiplos orçamentos sejam elaborados de forma independente, desde que estes sejam possíveis de serem consolidados num único documento final, a possibilitar a leitura de um panorama global do desempenho das finanças públicas.

b) Princípio da universalidade

É a regra que dispõe que a peça de orçamento deve conter todas as fontes de receita e prever todas as despesas do Estado. Também de inspiração na teoria clássico-liberal, o princípio da universalidade é considerado indispensável no que diz respeito ao controle das contas públicas.³¹⁴

A estrita observância desta regra é o que vai permitir ao Legislativo: tomar nota de todas as receitas e despesas do governo, concedendo a autorização para sua realização; impedir a realização de qualquer receita ou despesa, sem que esta esteja legalmente autorizada; conhecer o exato volume global das receitas e despesas do governo planejadas para o período, afim de autorizar a arrecadação de tributos.³¹⁵

Na legislação orçamentária brasileira o princípio da universalidade está literalmente incorporado na Lei 4.320/1964, quando esta prevê que o orçamento de Estado: deve ser elaborado quando “obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”;³¹⁶ deve compreender “tôdas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei”;³¹⁷ e conter “tôdas as despesas próprias dos órgãos do Govêrno e da administração centralizada, ou que, por intermédio dêles se devam realizar”.³¹⁸

A Constituição de 1988 detalha ainda mais o âmbito da universalidade exigida na confecção da peça orçamentária, a consagrar o princípio da universalidade. Impõe

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. **Os princípios orçamentários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11898/6_000040649.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 14.

³¹⁶ “Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”.

³¹⁷ “Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá tôdas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei”.

³¹⁸ “Art. 4º A Lei de Orçamento compreenderá tôdas as despesas próprias dos órgãos do Govêrno e da administração centralizada, ou que, por intermédio dêles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.”.

a Carta como obrigatórios o detalhamento das receitas e despesas: de todos os fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta mantidos pela União; do investimento de todas as empresas em que a União detenha a maioria do capital social; e, da seguridade social, de todos os órgãos e entidades a ela vinculados, sejam da administração direta ou indireta.³¹⁹

c) Princípio do orçamento bruto

É a regra que dispõe que todas as receitas e despesas devem constar na peça orçamentária em seus valores brutos, isento de deduções de qualquer natureza. Tem como objetivo “impedir a inclusão, no orçamento, de importâncias líquidas, isto é, a inclusão apenas do saldo positivo ou negativo resultante do confronto entre as receitas e as despesas de determinado serviço público”.³²⁰

Na legislação brasileira, a regra tem amparo da Lei 4.320/1964, quando prevê que “as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções”.³²¹

Na prática, deve funcionar da seguinte forma: uma entidade pública que esteja, durante o ano, obrigada a transferir recursos à outra, fará constar no seu orçamento uma previsão de despesas; ao passo que a entidade pública que receberá os recursos oriundos desta transferência, fará constar no seu orçamento uma previsão de receita.

O princípio do orçamento bruto tem razão no ideal de um apurado controle em relação as ações que desempenha o Estado perante a sociedade, servindo assim, a peça de orçamento, como um instrumento de monitoramento destas atividades e dos custos a estas vinculados.

³¹⁹ “Art. 165. § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

³²⁰ SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. Op. Cit., p. 14.

³²¹ “Art. 6º Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções”.

d) Princípio da periodicidade

Compreende a obrigação de que os orçamentos públicos devem ser elaborados considerando um lapso temporal pré-determinado – que os orçamentos sejam autorizados para determinado período. O surgimento deste princípio guarda conexão com a regra da anualidade da tributação, instituída na Inglaterra antes mesmo da obrigatoriedade do orçamento de Estado.³²²

O costume do uso reiterado do princípio ao longo dos anos, fez com que a regra da anualidade orçamentária fosse mantida “com aceitação praticamente unânime entre as nações modernas”.³²³ O período de validade do orçamento compreende “o máximo de tempo durante o qual podem os parlamentos consentir em delegar seus poderes e o período mínimo necessário aos governos para pôr o orçamento em execução”.³²⁴

A legislação brasileira privilegia a regra da anualidade orçamentária. Na Constituição de 1988 há a obrigatoriedade da observância periódica de um complexo sistema de leis orçamentárias, composto pelo Plano Plurianual, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e pela Lei Orçamentária Anual. O sistema periódico orienta o planejamento do Estado tanto a médio quanto a curto prazo.

e) Princípio da não-afetação das receitas

Cuida da vedação ao comprometimento ou vinculação de receitas a atender matérias ou interesses específicos. Nenhuma “parcela da receita geral poderá ser reservada ou comprometida para atender a certos e determinados gastos”.³²⁵

Chama atenção a doutrina de que a estrita observância ao princípio da não-afetação das receitas sempre fora tarefa complicada de ser realizada, visto que “alguns tipos de receitas públicas são naturalmente vinculados à execução de determinadas despesas”.³²⁶

³²² GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 79.

³²³ Idem.

³²⁴ STOURM, René. **Cours de Finances – Le Budget**. 7. ed. Paris: Félix Alcán, 1912, p. 311 Apud SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. p. 37.

³²⁵ SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. Op. Cit., p. 26.

³²⁶ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 80.

A Constituição de 1988 traz a regra da não-afetação das receitas, mas com evidentes ressalvas, como são, dentre outras, a participação dos demais entes federativos na arrecadação tributária da União; e a obrigatoriedade de investimento de um valor mínimo da receita tributária, quando constitucionalmente vinculada a direitos sociais: educação e saúde, por exemplo.

Na garantia de que o Estado invista determinado valor em determinada área, optou o legislador constituinte brasileiro pela aplicação mitigada do princípio.

f) Princípio da discriminação

O princípio da discriminação impõe que as receitas e despesas lançadas no orçamento sejam especificamente detalhadas, a permitir um controle pormenorizado com relação a origem dos recursos estimados e sua aplicação programada.

Um orçamento “altamente especificado fornece condições ideais para a fiscalização parlamentar, além de inibir a expansão das atividades governamentais, o que é bom, segundo os valores do *laissez-faire*. O enfoque clássico do princípio é, pois, político”.³²⁷

O princípio da discriminação passou por uma ressignificação ao longo da história. Se antes o enfoque se dava em conferir o controle da atividade financeira do Estado pela via parlamentar, na atualidade o princípio da discriminação ganha mais importância.

Com a atuação do Estado na sociedade se tornando cada vez mais dinâmica e complexa, a discriminação orçamentária se presta como instrumento não só de controle, mas de planejamento do próprio Executivo na realização das políticas públicas que pretende para o exercício.

Por esta razão que a peça orçamentária deve considerar abrangente discriminação das atividades planejadas, nos múltiplos contextos e campos de atuação estatal, nos aspectos: contábil, fiscal, administrativo, econômico, financeiro, dentre outros.³²⁸

Na legislação brasileira, o princípio da discriminação é positivado na Lei 4.320/1964 que veda a dotação orçamentária em caráter global, exigindo sua

³²⁷ Ibidem, p. 82.

³²⁸ Idem.

especificação, ao mínimo, por elementos, com “o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração publica para consecução dos seus fins”.³²⁹

g) Princípio da exclusividade

O processo periódico de aprovação orçamentária e suas consequências no que diz respeito a atuação do Estado – quando um atraso na sua aprovação, pode significar sua paralisia – faz com que se espere, naturalmente, uma tramitação com celeridade, voltada a sua aprovação.

Por esta razão, o princípio da exclusividade impõe uma vedação de inclusão na lei do orçamento, de matéria alheia à questão orçamentária. De manobras parlamentares tendentes a usar do orçamento como meio de aprovação de regulamentação de assuntos que não tenham conexão com a regulação financeira do Estado.

Diante do princípio da exclusividade vale a regra de que o projeto de orçamento “deverá conter apenas matéria financeira, excluindo-se dela qualquer dispositivo estranho à estimativa de receita e à fixação de despesa para o próximo exercício”.³³⁰

Na legislação brasileira a vedação a matérias estranhas ao orçamento é estabelecida em sede constitucional, que dispõe que a lei orçamentária anual “não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa”.³³¹

h) Princípio do equilíbrio

Este pode ser facilmente considerado como o princípio que mais recebe atenção de outras áreas, que não as especificamente relacionadas com a política orçamentária do Estado, mas que colhe por meio desta, importantes efeitos. O

³²⁹ “Art. 15. § 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração publica para consecução dos seus fins”.

³³⁰ SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. Op. Cit., p. 31.

³³¹ “Art. 165. § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei”.

equilíbrio orçamentário, que considera os níveis planejados de receita e despesa, pode se prestar como indicador não só ao governo, mas ao mercado e a sociedade, da forma de intervenção estatal na economia.³³²

Gastar menos do que arrecada, no contexto da economia contemporânea, pode significar ao mercado um bom indicador de solidez nas contas públicas, podendo o Estado, dessa forma, atrair investimentos privados. Consequência inversa pode ocorrer se o Estado se mostra pródigo em relação às suas finanças e inerte em relação a eventual progressão do gasto público.

Para além dos princípios com menção expressa na Constituição de 1988, há outros dois princípios de observância obrigatória: os princípios da clareza e da publicidade. O princípio da clareza regra que o orçamento deve ser apresentado com clareza que facilite a compreensão de “todas aquelas pessoas que, por força do ofício ou por interesse, precisam manipulá-lo”.³³³

Já o princípio da publicidade exige que seja conferido ao orçamento ampla divulgação. Não basta ao cumprimento do princípio a mera publicação formal do orçamento em diário oficial, é necessário o fomento a discussão da proposta, por meio de esquemas e resumos que sintetizem a proposta governamental, conferindo a proposta a necessária chancela democrática.

2.1.2 O processo orçamentário brasileiro e a participação democrática

O sistema orçamentário brasileiro é organizado de forma a permitir a integração entre o planejamento das ações do Estado, a previsão de receita tributária e a estimativa de despesas para cada período. A operacionalização deste planejamento de forma sistematizada, abrangendo todas as esferas do governo, somente tornou-se realidade a partir da Constituição de 1988, “que trouxe diretrizes inovadoras de grande significado para a gestão pública”.³³⁴

A Constituição de 1988 dotou o processo orçamentário de novos instrumentos que obrigam a administração pública a planejar suas ações a médio prazo, mantendo aderência com o planejamento anual. A gestão do orçamento de Estado é realizada

³³² GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 86.

³³³ Idem.

³³⁴ Ibidem., p. 198.

de forma contínua por meio de três instrumentos que auxiliam o controle da arrecadação e do gasto na administração pública: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

O Plano Plurianual é o documento em que se tem detalhado o planejamento das ações estatais a médio prazo, para quatro anos. É peça que orienta o planejamento de toda a administração pública, especialmente quando na elaboração das demais políticas e planos de governo a médio prazo.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias consiste norma anual que traça os parâmetros que devem ser observados na elaboração do orçamento anual de Estado. Já a Lei Orçamentária Anual é a peça orçamentária propriamente dita, que precisa atender aos parâmetros delimitados tanto pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, quanto pelo Plano Plurianual.

Com estes instrumentos conferidos ao processo orçamentário pela Constituição de 1988, tem-se a ênfase no planejamento programado das ações do Estado, com a constante supervisão democrática do parlamento. É da interação das iniciativas do Executivo, com a fiscalização política pelo Legislativo, que são definidos a médio e curto prazo as prioridades de ação do Estado.

a) Do Plano Plurianual (PPA)

O plano plurianual (PPA) é legislação de iniciativa do Executivo, aprovada pelo Legislativo, que contém o planejamento detalhado das ações do Estado a médio prazo: 4 anos. No plano é consolidado o planejamento estratégico das ações do governo, do qual deve derivar a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e o orçamento anual (LOA).³³⁵

O PPA é responsável por definir as ações estatais com o objetivo de racionalizar a aplicação de recursos pelo Estado, com base no planejamento voltado à eficiência, obrigação imposta pelo texto constitucional.

A legislação é responsável por estabelecer as metas e objetivos administração pública de forma regionalizada, no seu período de vigência, para despesas de capital

³³⁵ Idem.

e outras despesas dela decorrentes, bem como, delimitar o planejamento dos programas de duração continuada, que transcendem a anuidade orçamentária.³³⁶

As despesas de capital compreendem as subcategorias dos investimentos estatais, das inversões financeiras e das transferências de capital, esta última que corresponde aos recursos transferidos entre os entes da federação, para que sejam, posteriormente, aplicados em despesas de capital (investimentos).

Despesas decorrentes das despesas de capital são as despesas planejadas a partir da realização da despesa de capital. Um exemplo será mais efetivo a ilustrar a que se refere esta categoria: uma grande obra pública, como a construção de uma usina hidroelétrica a ser administrada pelo Estado, demanda, num primeiro momento, um investimento de capital, que decorre da despesa de sua construção; e num segundo momento, do custeio de sua administração operacional, quando a obra estiver concluída e a usina em funcionamento.

O PPA exige que a despesa decorrente do investimento de capital seja discriminada, a possibilitar um controle refinado da despesa pública, aperfeiçoando a qualidade da decisão legislativa. Por determinação constitucional, todos os demais planos e programas da administração pública que tem previsão na Constituição, devem ser elaborados seguindo as determinações constantes no PPA, a possibilitar a análise pelo Congresso Nacional.³³⁷

Os prazos para apresentação do plano plurianual estão estabelecidos no ADCT da Constituição. Segundo a regra, o projeto de lei do PPA deve ser encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício fiscal – 31 de agosto. No Congresso Nacional, o projeto de lei deve ser apreciado pelas duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), após o parecer da Comissão mista permanente de parlamentares, que avalia preliminarmente o projeto.³³⁸

Na tramitação do PPA no Congresso Nacional, os deputados e senadores podem propor emendas ao projeto, desde que não importem em incompatibilidade

³³⁶ “Art. 165. § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

³³⁷ “Art. 165. § 4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”.

³³⁸ PEREIRA, José Matias. Op. Cit. p., 151.

com seus próprios os termos. O Congresso Nacional deve devolver o texto para a sanção presidencial até o encerramento da sessão legislativa – 15 de dezembro.³³⁹

O PPA tem período de vigência de quatro anos, mas não coincide com o mandato eleitoral. O plano entra em vigor no segundo ano do mandato presidencial, estendendo-se até o final do primeiro exercício fiscal do mandato presidencial subsequente. Esta regra vale como norma geral, extensiva a todos os entes da Federação.³⁴⁰

Em síntese, o plano plurianual tem como objetivo o de “orientar a ação governamental objetivando alcançar o desenvolvimento econômico, que por sua vez, propiciará a efetiva promoção do bem-estar social”, de “orientar o planejamento, em sintonia com a programação orçamentária do Poder Executivo, obedecendo aos princípios da regionalização da economia”, de “definir diretrizes que deverão nortear a elaboração dos orçamentos fiscal e de investimentos, que possibilitem a redução das desigualdades regionais sociais”, bem como, de “ordenar e disciplinar a execução de despesas com investimentos que se reverterão em benefícios para a sociedade”.³⁴¹

b) Do Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

A lei de diretrizes orçamentárias é considerada pioneira inovação trazida pela Constituição de 1988 no que diz respeito a gestão do processo orçamentário.³⁴² É por meio do projeto que se estabelecem as balizas para a confecção do próprio orçamento anual, em definições que vão “desde as prioridades e metas da administração pública federal até às disposições sobre alterações na legislação tributária da União”.³⁴³

É o momento em que o governo elege os temas e matérias que compreende como prioritários e que devem guiar, no seu entender, o projeto de lei do orçamento anual para o exercício seguinte.³⁴⁴ De variedade de matérias absolutamente

³³⁹ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 201.

³⁴⁰ Idem.

³⁴¹ PEREIRA, José Matias. Op. Cit. p., 152.

³⁴² GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 202.

³⁴³ PEREIRA, José Matias. Op. Cit. p., 152.

³⁴⁴ Que podem ser orientadas, por exemplo, “para a implementação de ações nos setores de: transporte, energia, comunicações, recursos hídricos; agricultura e reforma agrária; indústria, comércio exterior e turismo; ciência e tecnologia; meio ambiente; previdência social; assistência social; saúde e; educação, cultura e desporto; saneamento, habitação e desenvolvimento urbano; trabalho; justiça; segurança e cidadania; Estado e administração pública; e defesa nacional. Ibidem, p. 153.

complexas, o conteúdo da LDO é estabelecido por diversos dispositivos da Constituição de 1988,³⁴⁵ e ainda, por regras, incluídas mais tarde, pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).³⁴⁶

Por determinação constitucional o projeto anual da lei de diretrizes orçamentárias “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente”; bem como, “orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

A Constituição obriga ainda que se conste na LDO: os limites para a elaboração das propostas orçamentárias do Poder Legislativo e Poder Judiciário, bem como, a autorização para a concessão de vantagens ou aumentos na remuneração, a criação de cargos, funções ou alteração nas carreiras, “bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público”.

Já a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) atribui a LDO a disciplina de variada gama de matérias, relacionadas a temas específicos voltados ao equilíbrio das finanças públicas. Dentre eles, podem ser relacionados: dispor do equilíbrio entre receitas e despesas, as metas e os riscos fiscais planejados para o exercício; o cronograma com a programação financeira da execução mensal de desembolso a ser efetivada pelo Poder Executivo; e, critérios e formas de limitação de empenho, em caso de risco de não cumprimento das metas fiscais.

A Lei de Responsabilidade Fiscal incumbe a LDO de prever: as normas relativas ao controle de custos e avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos orçamentários; a forma, condições e exigências na transferência de recursos para empresas públicas; as demonstrações mensais apresentadas pelo Banco Central sobre o impacto do custo fiscal; bem como, dispor dos impactos da concessão ou ampliação de benefícios de ordem tributária que tenha como base a renúncia de receitas.

O projeto da LDO deve ser encaminhado pelo Executivo ao Legislativo acompanhado de dois anexos: o de metas e o de riscos fiscais do exercício

³⁴⁵ Art. 51, IV; 52, XIII; art. 99, § 1º; art. 127, §3º; art. 165, §2º e art. 1678, §1º, II. GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 202.

³⁴⁶ Art. 4º, I, a, b, e, f, § 1º e 3º; art. 5º, III; art. 7º, §2º; art. 8º; e art. 14. Idem.

subsequente. A mensagem que encaminhar o projeto deve apresentar ainda, “em anexo específico, os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, e ainda as metas de inflação, para o exercício subsequente”.³⁴⁷

A lei de diretrizes orçamentárias significa um avanço definitivo a partir da Constituição de 1988, na tentativa de tornar o sistema orçamentário brasileiro mais transparente, dinâmico, eficiente e democrático. A legislação é um importante instrumento de avaliação periódica e contínua das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, possibilitando, em tese, a análise pormenorizada e qualitativa, de desempenho, oportunizando um monitoramento não só corretivo, mas preventivo de suas ações. É instrumento determinante de auxílio a todos os órgãos do Estado, na confecção da lei orçamentária anual (LOA).

De responsabilidade do Poder Executivo, a LDO deve ser encaminhada anualmente ao Congresso Nacional até oito meses antes do encerramento do exercício – 15 de abril. Recebido o projeto de lei pelo Parlamento, da mesma forma como ocorre com o PPA, o projeto não vai a plenário sem um detalhado parecer da comissão mista de deputados e senadores.

Na tramitação nas duas casas legislativas é facultado aos parlamentares a possibilidade de aprovação de eventuais emendas ao projeto de lei. Emendas, por sua vez, precisam estar conexas e compatíveis com o plano plurianual (PPA). O texto final da LDO deve ser devolvido ao Poder Executivo para a sanção presidencial até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa – 30 de junho.

c) Da Lei Orçamentária Anual (LOA)

A lei orçamentária anual é o último passo na elaboração do cíclico planejamento orçamentário. Por determinação constitucional, precisa ser elaborado pelo Poder Executivo seguindo as disposições constantes do planejamento plurianual (PPA), que contém as metas governamentais de médio prazo, e ainda, nos termos estipulados pela lei de diretrizes orçamentárias (LDO), que define a forma com a qual o orçamento deve ser elaborado.

³⁴⁷ Ibidem, p. 203.

Para além de ser o orçamento anual compatível com o PPA e a LDO, a lei orçamentária deve se ater a função de reduzir as desigualdades inter-regionais,³⁴⁸ determinação em que a Constituição reforça ter no orçamento uma ferramenta de condução das políticas sociais do governo.³⁴⁹ Estabelece a Constituição que a lei orçamentária anual deve ser constituída de três orçamentos distintos: o fiscal; o dos investimentos das empresas públicas; e o da seguridade social.³⁵⁰

O orçamento fiscal é o principal dos três orçamentos, pois nele estão relacionadas as despesas de custeio dos “Poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive suas fundações instituídas pelo Poder Público”,³⁵¹ sendo que a administração indireta compreende as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

As autarquias precisam constar no orçamento em razão de sua natureza de pessoa jurídica de direito público, dependente da transferência de recursos do Tesouro Nacional e as fundações por, em regra geral, contarem com receitas insuficientes à própria manutenção. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista autossuficientes, que em tese produzem os recursos de sua operação, não precisam ter suas receitas e despesas declaradas no orçamento fiscal – exceto se houver o aporte direto de recursos do Tesouro.³⁵²

O orçamento da Seguridade Social deve relacionar todos os órgãos e entidades vinculados a saúde, previdência e assistência social, sejam estes da Administração direta ou indireta, fundos ou fundações instituídas e mantidas pelo Estado. É um orçamento que tem vinculação com a matéria, que especifica as despesas havidas com Seguridade Social e não apenas dos seus órgãos ou entidades.

Diante desta regra mais ampla, é bastante comum observar no orçamento da seguridade social despesas de órgãos e entidades que compõe o orçamento fiscal, mas não tem relação direta com a prestação de serviços públicos na área da saúde,

³⁴⁸ “Art. 165, § 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”.

³⁴⁹ PEREIRA, José Matias. Op. Cit. p., 154.

³⁵⁰ “Art. 165. § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

³⁵¹ GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 205.

³⁵² Idem.

da previdência ou da assistência social. Tal fato ocorre, pois, inevitavelmente, grande parte dos órgãos e entidades dos poderes públicos realizam despesas desta natureza em caráter não finalístico, como com fundos de previdência ou assistência à saúde de seus servidores, por exemplo.³⁵³

O orçamento de investimento das empresas públicas compreende os investimentos realizados pelas empresas em que o Poder Público detenha a maioria do capital social com direito a voto, seja de forma direta ou indireta. Importante distinguir que este orçamento não compreende as receitas e despesas operacionais destas empresas, que em tese, são autossustentáveis, mas sim, as receitas de eventuais aportes realizados pelo poder público, voltados ao atingimento de um objetivo ou melhoria específica no seu segmento de atuação ou na própria empresa.

Em sendo estes aportes realizados com recursos públicos, por meio de dividendos retidos, aumentos de capital, transferência de recursos do Tesouro, operações de financiamento em que o Poder público figura como avalista, dentre outros, estes valores precisam estar declarados no orçamento, especificada ainda a sua finalidade. O orçamento de investimento das empresas reflete uma preocupação com o papel de participação do Estado na sociedade, na oferta de produtos e serviços, e o custo fiscal decorrente dessa atuação, configurando-se num importante indicador de eficiência da atuação estatal.³⁵⁴

Outra obrigação imposta pelo texto constitucional à lei orçamentária é o de confeccionar, em anexo ao orçamento, um demonstrativo regionalizado “do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.³⁵⁵ Sempre que propor o Poder Executivo uma política de fomento pela via da isenção de impostos, por exemplo,³⁵⁶ esta proposta deverá ser acompanhada por um relatório detalhado do efeito esperado por tal política, especialmente nas contas públicas.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Ibidem, p. 204.

³⁵⁵ “Art. 165. § 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

³⁵⁶ Como foram em âmbito Federal, por exemplo, as políticas declaradas anticíclicas da Política de Desenvolvimento Produtivo de 2008 e do Plano Brasil Maior de 2011, ambos com foco na desoneração fiscal para fomentar a atividade econômica, mediante a isenção de IPI para a aquisição de produtos da linha branca e automóveis.

A forma com a qual o Poder Executivo deve apresentar o projeto de lei orçamentária anual ao Congresso Nacional é delimitada pela Lei 4.320/1964, que assim sistematiza:

Art. 22. A proposta orçamentária que o Poder Executivo encaminhará ao Poder Legislativo nos prazos estabelecidos nas Constituições e nas Leis Orgânicas dos Municípios, compor-se-á:

I - Mensagem, que conterá: exposição circunstanciada da situação econômico-financeira, documentada com demonstração da dívida fundada e flutuante, saldos de créditos especiais, restos a pagar e outros compromissos financeiros exigíveis; exposição e justificação da política econômica-financeira do Governo; justificação da receita e despesa, particularmente no tocante ao orçamento de capital;

II - Projeto de Lei de Orçamento;

III - Tabelas explicativas, das quais, além das estimativas de receita e despesa, constarão, em colunas distintas e para fins de comparação:

a) A receita arrecadada nos três últimos exercícios anteriores àquele em que se elaborou a proposta;

b) A receita prevista para o exercício em que se elabora a proposta;

c) A receita prevista para o exercício a que se refere a proposta;

d) A despesa realizada no exercício imediatamente anterior;

e) A despesa fixada para o exercício em que se elabora a proposta; e

f) A despesa prevista para o exercício a que se refere a proposta.

IV - Especificação dos programas especiais de trabalho custeados por dotações globais, em termos de metas visadas, decompostas em estimativa do custo das obras a realizar e dos serviços a prestar, acompanhadas de justificação econômica, financeira, social e administrativa.

Parágrafo único. Constará da proposta orçamentária, para cada unidade administrativa, descrição sucinta de suas principais finalidades, com indicação da respectiva legislação.

Em anexo ao projeto de lei orçamentária anual, segundo os termos da Lei 4.320/1964, deve o chefe do Executivo, encaminhar ainda, a seguinte composição de documentos:

Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

(...)

§ 2º Acompanharão a Lei de Orçamento:

- I - Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do Governo;
- II - Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas;
- III - Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação;
- IV - Quadro das dotações por órgãos do Governo e da Administração.

A amplitude de matérias que cuida a Lei Orçamentária Anual, a sua complexidade e riqueza de dados e detalhes, aliado ao prazo absolutamente exíguo para apreciação pormenorizada de todos os assuntos pelo Congresso Nacional, poderia eventualmente ocasionar num controle menos efetivo do gasto público pelo Poder Legislativo. Por esta razão, de fundamental importância o sistema construído na Constituição de 1988, que prevê antes da confecção da peça orçamentária anual, a aprovação de uma lei de diretrizes orçamentárias.

Na LDO são estabelecidas as prioridades e metas da atuação estatal, investimentos, mudanças na legislação tributária, metas fiscais, políticas de fomento, programas sociais, dentre outros, a possibilitar uma compreensão “partilhada entre Executivo e Legislativo sobre os vários aspectos da economia e da administração do setor público, facilitando sobremaneira a elaboração da proposta orçamentária anual e sua discussão e aprovação no âmbito legislativo”.³⁵⁷

Desde a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), foi reforçado aos Poderes, especialmente ao Executivo, a obrigação principiológica orçamentária de dar ampla transparência à gestão fiscal e orçamentária, inclusive no que diz respeito a elaboração dos projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA. Um dos mecanismos previstos pela Lei para assegurar a transparência do planejamento orçamentário é a realização de audiências públicas “durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.³⁵⁸

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. § 1º A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

A Constituição define que o projeto de lei orçamentária deve ser encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro – 31 de agosto.³⁵⁹

No Congresso Nacional, o projeto começa a tramitar na Comissão parlamentar mista do orçamento, que deve emitir detalhado parecer em relação à proposta, a ser posteriormente analisado, na forma do regimento interno, pelo plenário das duas casas legislativas do parlamento nacional. Aos parlamentares é facultado a possibilidade de propor emendas ao projeto, desde que quando compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, e que apontem detalhadamente a fonte de receita e o destino da despesa.³⁶⁰

Desde a edição da lei de diretrizes orçamentárias de 2014, criou-se no Brasil a figura o chamado “orçamento impositivo”, exclusivo para emendas parlamentares apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual. Esta possibilidade ganhou status constitucional com a Emenda Constitucional 86, de 17 de março de 2015, que incluiu os parágrafos 9º, 10º e 11º no art. 166, que trata da forma de tramitação no Congresso Nacional, do PPA, da LDO e da LOA.³⁶¹

Com a alteração, diferentemente da previsão orçamentária de iniciativa do Poder Executivo, que apesar de aprovada, fica sujeita a realização da receita prevista e, conseqüentemente, a contingenciamentos,³⁶² as emendas parlamentares ao projeto orçamentário devem ser pagas integralmente, sendo vedado o contingenciamento de tais recursos por parte do Poder Executivo.³⁶³

³⁵⁹ Do ADCT: “Art. 35. §2º. III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

³⁶⁰ PEREIRA, José Matias. Op. Cit. p., 155.

³⁶¹ “Art. 166. § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. § 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais. § 11. É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165”.

³⁶² Da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000): “Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”.

³⁶³ BOGOSSIAN, Andre. Op. Cit., p. 187.

O Congresso Nacional tem o prazo de três meses e meio para analisar o projeto de lei orçamentária anual, modifica-lo, propondo emendas, sendo obrigado a devolvê-lo para sanção presidencial até o encerramento da sessão legislativa, que ocorre anualmente em 15 de dezembro.

d) O orçamento público brasileiro e a participação democrática

A tríade do sistema orçamentário brasileiro – materializada no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual – representa verdadeira expressão de processo democrático, quando tem resultado no embate das “diferentes opiniões, interesses e desejos entre os eleitores, expressos pela manifestação dos eleitos para exercerem os poderes executivo e legislativo”.³⁶⁴

O rigoroso processo de planejamento orçamentário brasileiro pressupõe uma exaustiva definição de prioridades governamentais pelo Executivo, que são submetidas a crivo do Legislativo e às exigências do jogo democrático.

O cenário de escassez de recursos impõe o planejamento ótimo do investimento estatal, que deve ser delineado de forma realista, levando em consideração o cenário de escassez, seja em maior ou menor intensidade, a depender do tempo para o qual é desenhado.³⁶⁵ O processo de definição de prioridades deve resultar, ainda que de modo inconsciente, na violação de direitos fundamentais.³⁶⁶ São as já mencionadas escolhas trágicas,³⁶⁷ que são realizadas pela via do processo orçamentário.

O planejamento impositivo da Constituição de 1988, para além de regulamentar a tríade do sistema orçamentário brasileiro, reconhece na participação popular direta um importante instrumento de definição das prioridades governamentais de alocação de recursos, qualificando democraticamente o processo orçamentário.

A partir de 1988 a participação popular passa a se caracterizar como um direito fundamental estruturante do Estado,³⁶⁸ ao passo que o texto constitucional alça a

³⁶⁴ PIRES, Valdemir. **Orçamento participativo**. Barueri: Manole, 2001, p. 25.

³⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Op. Cit., p. 6.

³⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. Cit., p. 281.

³⁶⁷ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W.W. Norton, 1978, p. 11.

³⁶⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública**: O direito de reclamação. São Paulo: Renovar, 2002, p. 27.

democracia participativa como dos princípios fundamentais da República.³⁶⁹ O mandamento constitucional por assegurar a participação popular na consecução da lei orçamentária é regulamentado pela legislação infraconstitucional.

Tanto a Lei de Responsabilidade Fiscal, quanto o Estatuto das Cidades contém dispositivos que obrigam a “realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”,³⁷⁰ com vias de assegurar uma “gestão orçamentária participativa”.³⁷¹

Desta obrigação nasce a figura do orçamento participativo, processo que consiste na realização periódica de assembleias populares, especialmente nos municípios, em que os cidadãos trabalham em conjunto com a Administração Pública, na definição de prioridades dos investimentos estatais.

São reuniões de negociação periódica “sobre a alocação de gastos que envolvam novos investimentos de capital em projetos tais como clínicas de assistência médica, escolas e pavimentação de vias públicas”, dentre outros.³⁷²

O orçamento participativo parte “da concepção de que a democratização do Estado não é possível somente pela pura representação política”.³⁷³ A criação desta nova esfera pública não estatal emerge da noção de que “a espacialidade pública estatal encontra-se limitada a uma matriz que impede o desenvolvimento da cidadania e cria núcleos decisórios influenciáveis somente pelo poder econômico, o que tem feito o Estado abdicar de suas funções públicas”.³⁷⁴

³⁶⁹ VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do Orçamento Participativo. In: COELHO, Vera Schattan Ruas Pereira; NOBRE, Marcos (Orgs.). **Participação e Deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34 Letras, 2004, p. 241.

³⁷⁰ Da Lei Complementar 101/2000: “Art. 48. § 1º. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A”.

³⁷¹ Da Lei 10.257/2001: “Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

³⁷² WAMPLER, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: “boas práticas” devem ser promovidas?. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, p. 65-95, 22 out. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641268>>. Acesso em: 30 jan. 2020, p. 69.

³⁷³ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: RT, 1973, p. 92-93.

³⁷⁴ Idem.

O benefício da ferramenta do orçamento participativo para a sociedade é inegável, pois ao mesmo tempo em que o cidadão toma nota do quadro de escassez de recursos, por meio do controle da execução orçamentaria, por outro lado, lhe é conferida a oportunidade de, diante daquele quadro, participar efetivamente de um processo de escolhas viáveis, de auxiliar no processo de decisão em relação à melhor forma de empenho dos gastos sociais.³⁷⁵

O processo das audiências públicas não é isento de problemas. Podem ser mencionados a dependência da iniciativa quase que exclusiva do Poder Executivo para sua realização; a elementar presunção de que a ferramenta é mais efetiva nos municípios de maior estrutura e disponibilidade financeira; bem como, a dificuldade de garantir efetividade ao decidido nas assembleias populares, tendo em vista o caráter autorizativo e não impositivo da peça orçamentária.³⁷⁶

Mencionadas dificuldades não anulam o fato de que sempre que um orçamento entra em vigor, a peça reflete as escolhas alocativas de recursos financeiros estatais realizadas pelo conjunto da sociedade, seja pela representação direta, seja pela representação indireta.

Por esta razão, o processo orçamentário precisa ser compreendido como manifestação democrática do povo. Encarar o orçamento público com seriedade é o primeiro passo que deve ser empreendido quando na análise e no controle das políticas públicas desempenhadas pelo Estado.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DA DISCRICIONARIEDADE

O rigoroso processo de planejamento orçamentário brasileiro, pressupõe uma exaustiva definição de prioridades governamentais pelo Executivo, que são submetidas a crivo do Legislativo e às exigências do jogo democrático. O produto final deste processo é a lei orçamentária anual, que consiste numa autorização legislativa concedida ao Executivo, para a desenvolver políticas públicas, no limite aprovado de receitas e despesas.

³⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Op. Cit., p. 7.

³⁷⁶ BALDO, Rafael Antonio. Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.689-705. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4616/3502>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 701.

Ainda que o processo de confecção da lei orçamentária exija uma definição democrática de prioridades, isto não quer dizer que as despesas planejadas na lei são de plano exigíveis ao administrador público. A lei orçamentária anual consiste numa legislação de caráter formal, que a exceção do mencionado orçamento impositivo das emendas parlamentares, tem sua realização condicionada a inúmeros fatores.

Podem ser mencionados, em caráter meramente exemplificativo, como condições à realização dos créditos previstos na lei orçamentária: a existência de leis específicas, disciplinando o modo de implemento de determinada política pública; questões de natureza fiscal, como a não realização da receita planejada para o período; e, em última análise, a discricionariedade do administrador público em implementar determinada política pública, realizando ou não a despesa planejada.

No cenário em que os recursos públicos são finitos e as necessidades humanas são infinitas, máxima que tem importância ainda maior em um país periférico e de democracia tardia como o Brasil, o caráter discricionário de definição de políticas públicas ganha relevo. A melhor escolha do administrador público a destinar a eficiente aplicação de recursos, nos limites em que lhe é permitido pela lei, é condição essencial de fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

2.2.1 Do conceito de políticas públicas

A Constituição de 1988 afirma, em diversas oportunidades, que os direitos fundamentais dos cidadãos por ela tutelados será assegurado mediante a implementação de políticas públicas.³⁷⁷ É dizer que o texto constitucional é fonte de direitos, que tem sua fruição por meio do implemento pelo agente estatal, da competente política pública – ao passo que ausente a política pública, não realizado é o direito fundamental.³⁷⁸ Neste cenário, “as políticas públicas configuram diretrizes

³⁷⁷ RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antonio Furtado de. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, p. 51-71, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/505/267>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 68.

³⁷⁸ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

de ação do próprio Estado para efetivar os direitos do cidadão como reconhecidos na Carta Magna”.³⁷⁹

Para Ronald Dworkin, o conceito de política pode ser distinguido como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³⁸⁰ Por política pública, pode ser entendido toda e qualquer decisão emanada da autoridade estatal em sentido lato,³⁸¹ que se realiza mediante um processo jurídico regulado, encadeado, organizado.³⁸²

No contexto brasileiro, o conceito de política pública pode ser definido como toda e qualquer atividade desenvolvida pelo poder estatal, voltada a concretização dos objetivos fundamentais da República,³⁸³ esculpidos em sede constitucional.³⁸⁴ A política pública se caracteriza então como a coordenação dos “meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.³⁸⁵

A política pública difere de uma política de governo, ao passo que a primeira é mais ampla, e exige que esteja baseada, dentre outros, em “programas concretos, critérios, linhas de ação e normas, planos, previsões orçamentárias, humanas e materiais”, bem como, nas disposições constitucionais, leis, regulamentos, decretos e resoluções administrativas.³⁸⁶

A política pública se caracteriza, então, como resposta a uma situação problema, na qual o poder público deseja com sua ação resolver. A solução pública é personalizada atendendo aos critérios e especificidades regionais da localidade onde

³⁷⁹ FERREIRA, Daniel; DENCZUK, Tatiana. A quem aproveita, afinal, a judicialização de políticas públicas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 22, n.1, p. 13-38, jan./fev. 2016, p. 3.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³⁸¹ LIBERTATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83.

³⁸² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. _____, (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

³⁸³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coords.). **Temas fundamentais de direito**. São Paulo: RT, 2005, p. 47.

³⁸⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., p. 39.

³⁸⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Op. Cit. p., 15-16.

será implementada. É dizer que o remédio aplicado de maneira eficaz para uma determinada região, poderá não ser em outra.³⁸⁷

Não descuidando da regra esculpida em sede constitucional, da obediência aos princípios da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”³⁸⁸ que cercam a administração pública, Reinaldo Dias e Fernanda Matos acreditam ser possível estabelecer um critério qualitativo de avaliação das políticas públicas.

Os autores elencam como aspectos que afetam a qualidade das políticas públicas: a estabilidade ao longo do tempo e sua capacidade de responder às mudanças políticas, econômicas e sociais; adaptabilidade, que diz respeito à capacidade da política se readequar circunstancialmente ao longo do tempo; coerência e coordenação, elemento vinculado ao objetivo desejado pela política e sua interação com as demais ações voltadas ao mesmo efeito desejado; qualidade da implementação e da aplicação efetiva; consideração do interesse público; e, por fim, eficiência.³⁸⁹

Não pode escapar à política pública, como condição inerente à sua própria natureza, a obrigação de atender ao bem comum. Uma política somente poderá ser compreendida como de natureza pública, quando voltada ao interesse público. Desta forma, “todas as condutas desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal, por estarem adstritas à realização do interesse público, devem objetivar a efetivação espontânea dos direitos fundamentais”.³⁹⁰

No Brasil, as políticas públicas podem ser distinguidas em duas frentes: as políticas públicas de natureza social e as políticas públicas de natureza econômica, complementares entre si e voltadas ao atingimento de uma finalidade comum, que é o de impulsionar o desenvolvimento social da nação, por meio da redução da desigualdade social e da melhoria geral nas condições de vida de seus cidadãos.³⁹¹

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ “Art. 37. 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: (...)”.

³⁸⁹ Ibidem, p. 16-17.

³⁹⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 28 dez. 2019, p. 42.

³⁹¹ APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/87373>>. Acesso em: 28 dez. 2019, p. 218.

É correto afirmar que política pública simboliza, “portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas”,³⁹² que se realiza por meio de “atos legislativos e administrativos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais”.³⁹³

O implemento pelo Poder Público de uma determinada política deve decorrer sempre da existência de lei, a exigir um ato administrativo vinculado, ou, nos casos mais recorrentes, a existência de uma lei que confere ao administrador a possibilidade do exercício de um poder discricionário. Uma política pública será sempre precedida, de uma lei ou de um ato administrativo. Por obrigação do princípio da legalidade, não existe política pública sem uma lei ou um ato administrativo.

O exercício da discricionariedade administrativa, nos limites que lhe é conferido pela lei, depende da edição de um ato da Administração. Por essa razão, é possível afirmar que a discricionariedade administrativa e o ato administrativo caminham lado a lado.

Ato da administração, por sua vez, não é necessariamente um ato administrativo. O primeiro tem sentido mais amplo e abrange os atos da administração de um modo geral, já o ato administrativo alcança a categoria de atos vinculados estritamente com o exercício da função administrativa. A distinção tem razão, quando o ato da administração “não é regido pelo Direito Administrativo” e por esta razão, não é “acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos”.³⁹⁴ São os atos regidos pelo direito privado, os atos materiais, ou os atos políticos ou de governo.³⁹⁵

Podem ser exemplificados como atos da administração: os atos de direito privado; os atos materiais, não vinculados a uma manifestação de vontade, mas numa execução propriamente dita; os “atos de conhecimento, opinião ou juízo de valor”, que por não expressar uma vontade, não podem produzir efeitos jurídicos; os contratos; os atos normativos da administração; e os atos administrativos propriamente ditos, vinculados ao exercício da função administrativa.³⁹⁶

³⁹² Idem.

³⁹³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo. Op. Cit., p. 52.

³⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 387.

³⁹⁵ Ibidem, p. 388.

³⁹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 270.

Reconhece a doutrina, quase que em uníssono, a dificuldade de se estabelecer a síntese de uma definição a respeito do que é um ato administrativo. O presente trabalho empresta da definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, de que ato administrativo é a declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes “no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.³⁹⁷

Definição semelhante é adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, a quem o ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.³⁹⁸ O ato administrativo é, portanto, um ato jurídico, que tem como principal característica a de se submeter ao regulamento do direito público.

Para diferenciar o ato administrativo dos atos de direito público que desenvolveu a doutrina teoria a respeito dos atributos do ato administrativo. A lista de atributos não converge à unanimidade, mas todas direcionam a um entendimento comum.

A presunção de legitimidade advoga que todos os atos devem ser considerados em conformidade com o texto da lei, até prova em contrário. Já a presunção de veracidade diz respeito aos fatos alegados como motivos pela administração, na edição do ato, são todos considerados presumidamente verdadeiros. É dizer que até declaração em contrário, o ato nasce para o mundo jurídico como legítimo e verdadeiro.³⁹⁹

A imperatividade é a o atributo do ato administrativo galgado na sua possibilidade de se impor perante terceiros, independentemente de sua concordância. É dizer que pode o Poder Público ao particular, criar-lhe obrigações de modo unilateral.⁴⁰⁰

A autoexecutoriedade é o atributo que concede a possibilidade de o Poder Público executar imediatamente o ato administrativo, sem que seja necessário provocar o Poder Judiciário. Não é característica inerente a todos os atos

³⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 389.

³⁹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 275.

³⁹⁹ Ibidem, p. 277.

⁴⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 386.

administrativos, sendo possível somente quando a lei declarar sua possibilidade, ou ainda, em casos de medidas urgentes, nos quais se a providência não for tomada de imediato, a situação tenha o potencial de colocar o interesse público em risco.

A tipicidade é a obrigação de que o ato administrativo esteja conexo expressamente ao que diz o texto da lei. Este atributo é de fundamental importância, pois impede “que a que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e exectoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal”, e também afasta a possibilidade de ser praticado o ato de forma totalmente discricionária “pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida”.⁴⁰¹

Da mesma forma como ocorre com a definição de um conceito de ato administrativo, a doutrina não se é uníssona ao definir os elementos do ato administrativo, nem mesmo se esta classificação é a mais adequada.⁴⁰² As variações de entendimento se dão em alguns aspectos, que pela natureza do trabalho, não cabe pormenorizar – como diferenças atinentes a nomenclaturas e suas especificações, bem como, sobre a melhor forma de dissecar os critérios de validade do ato administrativo.

O que se tem de relevante nesta classificação é que os elementos administrativos são entendidos como condição de existência e de validade do ato, sem os quais podem ser considerados nulos. Para este estudo empresta-se a classificação dada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que inspirada no que já se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro,⁴⁰³ classifica como sendo os elementos do ato administrativo o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.⁴⁰⁴

O sujeito é aquele que a lei atribui como competente para a prática de determinado ato. Importante distinguir que ao direito privado, basta ao sujeito ter capacidade para a prática do ato, quando titular de obrigações. No direito público, para além da capacidade, é necessário ter competência para a sua prática. É dizer que as pessoas públicas políticas (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) são dotadas de capacidade para a prática de atos administrativos, com competência atribuída pela

⁴⁰¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 281.

⁴⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 384.

⁴⁰³ Menciona a autora a definição dada pelo art. 2º da Lei 4.717/1965, (Lei de Ação Popular), que, ao tratar da análise de nulidade dos atos administrativos, classificava os atos em cinco elementos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 282.

⁴⁰⁴ Idem.

Constituição. As funções dos entes federativos, por sua vez, são distribuídas em órgãos administrativos, que tem a competência atribuída pelo texto da lei.⁴⁰⁵

O objeto – também entendido como conteúdo – é o produto ou efeito imediato que o ato administrativo produz. É “aquilo que o ato dispõe, quando não pode haver o ato sem que exista algo a que ele seja reportado”.⁴⁰⁶

Por ser o ato administrativo “espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato”.⁴⁰⁷ Da mesma forma como ocorre com o direito privado, o objeto vinculado ao ato administrativo precisa ser lícito, possível, certo e moral. “Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe”.⁴⁰⁸

A forma do ato administrativo é elemento descrito por meio de duas concepções que dividem a doutrina do direito público: uma mais restrita e outra mais ampla. A primeira, considera a forma como o ato se exterioriza, assim, faz-se atenta às possibilidades formais como são o decreto, a portaria, a resolução, dentre outros. Já na concepção mais ampla da forma do ato administrativo, tem-se em consideração o procedimento anterior à exteriorização do ato, de “todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da administração”.⁴⁰⁹

Eventual falha da forma, seja no processo de formação do ato, seja na sua exteriorização, poderá acarretar na sua nulidade. O ato administrativo não depende “de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.⁴¹⁰

A finalidade do ato é o elemento caracterizado pelo resultado que espera a administração, com a prática do ato administrativo. Distingue-se do motivo, que vem antes mesmo da prática do ato. Pode se falar em finalidade em dois sentidos: amplo, que seria o atendimento ao interesse público; e restrito, que é o resultado específico esperado do ato, conforme determinado pelo texto da lei. “Seja infringida a finalidade do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder”.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 283.

⁴⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 399.

⁴⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 286.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 287.

⁴¹⁰ Da Lei 9.784/1999: “Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.

⁴¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 289.

Por fim, o motivo é a “situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”.⁴¹² É um pressuposto de fato, quando decorre das circunstâncias que levaram a administração à prática do ato, bem como, um pressuposto de direito, que diz respeito à fundamentação, ao dispositivo legal que dá fulcro ao ato. “A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo”.⁴¹³

Qualquer que se debruce a análise de conformidade, regularidade e efetividade das políticas públicas, inevitavelmente terá de se debruçar em algum momento na análise dos atributos e dos elementos que caracterizam o ato administrativo que deu fruição (ou não) àquela política.

Se o ato administrativo objeto de análise é estritamente vinculado pelo texto da lei, esta discussão importa em menor intensidade. Diverso ocorre, quando a lei confere margem discricionária ao administrador público, concedendo a este um espectro de alternativas decisórias no caso concreto. Neste cenário, ter a clareza com relação ao sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade é de fundamental importância, como parâmetro de monitoramento da atividade administrativa.

2.2.2 Da discricionariedade

O princípio da legalidade impõe a regra de que a administração pública somente pode executar as atividades que pretende, quando legalmente autorizada para tanto. Ao contrário do regramento adstrito aos particulares, em que tudo o que não é proibido pela lei é permitido, no âmbito público, somente é permitido o que é autorizado pela lei, sob pena de nulidade do ato realizado sem a autorização prévia.⁴¹⁴

Na obrigação de implementar políticas públicas, edita o Executivo atos de natureza administrativa, que podem ser enquadrados como atos de natureza vinculada ou discricionária, a depender do grau de liberdade conferida pela lei à autoridade competente para realizar o ato.

Os atos administrativos vinculados, são aqueles em que o administrador não tem qualquer margem de liberdade discricionária, “posto que a norma a ser

⁴¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 401.

⁴¹³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 286.

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 976.

implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista”.⁴¹⁵

São exemplos mais simplórios deste tipo de ato os decorrentes das obrigatoriedades de investimento de um percentual nas áreas de saúde, educação, ou ainda, a de a União transferir recursos a Estados, Municípios e Distrito Federal.

A previsão de receitas vinculadas, como bem expressa o já mencionado princípio da não afetação das receitas, não constitui a regra geral da gestão orçamentária brasileira, do mesmo modo, pode-se diagnosticar que os atos administrativos vinculados, por serem impositivos, não demandam grandes reflexões para a análise que se pretende.

De forma diferente ocorre com atos administrativos discricionários, que são aqueles que permitem a opção do administrador público. São situações específicas nas quais a norma jurídica reserva “certa margem de liberdade para algumas decisões, que se costuma entender como aquelas nas quais é o agente público o melhor especialista para adotar a decisão mais adequada aos administrados”.⁴¹⁶ Uma abertura normativa, “em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para construir o Direito no caso concreto”.⁴¹⁷

É de ressaltar que competência discricionária não se traduz em ausência de regulamento ao ato administrativo. Do contrário, o poder discricionário é resultante de uma das formas de regulamentação legal, sendo esta forma, em particular, a que pretende “disciplinar certa matéria, sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão a finalidade que a inspirou”.⁴¹⁸

A lei, por não abordar todos os aspectos da atuação administrativa, delega ao administrador o poder de decidir de “modo que a autoridade poderá optar por uma

⁴¹⁵ Ibidem, p. 977.

⁴¹⁶ DAL BOSCO, Maria Goretti; DALLA VALLE, Paulo Roberto. Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2006, Manaus - AM. Anais do XIV Conpedi, 2006. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019, p. 7.

⁴¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 39.

⁴¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 978.

dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”.⁴¹⁹ A adoção de uma ou de outra solução pelo administrador público é por ele realizada segundo “critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.⁴²⁰

Ainda assim, poder do administrador público não é totalmente livre porque sob os aspectos da competência, forma e finalidade, a lei impõe limitações. “Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”.⁴²¹

O poder discricionário está vinculado a lei, quando esta se faz incapaz de prever em abstrato, de forma antecipada, todas as situações possíveis à administração pública. Por esta razão, delega ao administrador o juízo de escolha da melhor solução aplicável para o caso em tela, voltada ao atendimento da finalidade proposta pelo próprio texto da lei.

Em síntese, é possível afirmar que o âmbito de liberdade discricionária conferida ao administrador: decorre da lei, quando esta é insuficiente em prever em abstrato todas as situações possíveis para uma determinada ação; prevê a competência ao administrador, mas não especifica qual a ação que precisa ser tomada; contém conceitos indeterminados; e concede ao agente público determinadas alternativas de ação.⁴²²

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, a fonte do poder discricionário é a própria lei e só existe nos espaços por ela deixados. Neste passo, a discricionariedade somente existe: quando a lei expressamente confere à administração, a atender critérios de conveniência voltados à finalidade da lei, quando a lei é omissa ao prever todas as situações, e quando a lei prevê determinada competência, mas não especifica a forma de conduta a ser adotada pelo administrador.⁴²³

Em todos os casos, a discricionariedade precisa estar adstrita ao interesse público, sob pena de incorrer em desvio de poder. Tal fato ocorre quando o agente

⁴¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 292.

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ Idem.

⁴²² MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, eficiência e controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 198.

⁴²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., 293.

público busca atender interesse alheio, estranho ao interesse público, ou quando busca atender a uma finalidade pública que não é a almejada pelo texto da lei.⁴²⁴

A discricionariedade conferida ao administrador pelo texto da lei consiste “não apenas numa possibilidade de fato, mas também de direito”. No exercício deste poder de decisão, precisa o administrador se vincular ao “objetivo fundamental do resultado da decisão almejado pelo texto legal”. Isso envolve a análise do cenário fático em questão e de todas as soluções possíveis para o caso, “para se chegar ao que se poderia se chamar de “decisão correta””.⁴²⁵

As opções do administrador não são livres, do contrário, este tem o dever funcional, diante das peculiaridades do caso concreto, de acertar o ato ideal, aquele capaz de atingir com exatidão a finalidade exigida pela lei.⁴²⁶ Seja ela em maior ou menor medida, a discricionariedade é vinculada. Esta vinculação está atrelada aos conhecimentos e aptidões do administrador, que “deve ter noções claras de como cada solução atende, efetivamente, às exigências do Direito, de modo especial, ao interesse público, que é, afinal, o elemento vinculante de toda e qualquer atitude da Administração”.⁴²⁷

O ato administrativo discricionário está vinculado, portanto, às análises de legalidade e do mérito: “o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e a conveniência diante do interesse público a atingir”.⁴²⁸

O campo da formulação de políticas públicas é o ambiente onde tem o administrador estatal ampla possibilidade de exercer o poder discricionário. No processo orçamentário, por exemplo – início formal do planejamento de uma política pública – o Poder Executivo é quem detém a iniciativa de propor e de executar a lei, depois de autorizada pelo Poder Legislativo.⁴²⁹

O poder discricionário conferido ao administrador público brasileiro, especialmente, no que diz respeito a gestão das políticas públicas, guarda conexão com o próprio sistema democrático imaginado a partir da Constituição de 1988. É dizer que, por meio de um processo eleitoral organizado, as majorias elegem o programa

⁴²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 372.

⁴²⁵ DAL BOSCO, Maria Goretti; DALLA VALLE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 8.

⁴²⁶ MORAES, Germana de Oliveira. Op. Cit., p. 50.

⁴²⁷ DAL BOSCO, Maria Goretti; DALLA VALLE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 8.

⁴²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 296.

⁴²⁹ Ibidem, p. 14.

partidário que melhor atende aos seus interesses, é de se pressupor que quando eleito o governante, que este passe a planejar e executar as políticas públicas adstritas às promessas formalizadas a população – ao menos em tese.⁴³⁰

O modo como é afigurado o Estado brasileiro, diante do objetivo constitucional de garantir por parte de seus cidadãos o acesso a uma democracia substancial, fez com que esse se fizesse, dentre outros, “assentado em programas de distribuição de renda mínima destinados às populações carentes, o que certamente representa um poder eleitoral muito grande nas mãos do Poder Executivo”.⁴³¹

Já com relação aos investimentos de recursos em áreas sociais, como na saúde ou na educação, por exemplo, ainda que obrigue a Constituição a necessidade de se garantir um patamar mínimo de investimento, remanesce ao administrador estatal a decisão sobre em que política investir.

Comprar livros didáticos com base em um conselho editorial, ou criar uma gráfica própria do Estado, a confeccionar os mesmos?⁴³² Prover giz às salas de aula, ou pincel para quadro branco, que apesar de mais caro, não tem o inconveniente de gerar o pó, indesejado e insalubre aos alérgicos, por exemplo.

Em última análise, esta decisão será sempre do administrador, de forma discricionária. Ou seja, será tomada tendo como base a valoração a sua valoração pessoal, nos limites conferidos pela lei.

Como avaliar então, este grau de discricionariedade de forma qualitativa? Para Maria Paula Bucci, a análise qualitativa das políticas públicas envolve sempre uma conotação valorativa, empregada por um lado, na ótica de “quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro

⁴³⁰ BOGOSSIAN, Andre. Op. Cit., p. 181.

⁴³¹ APPIO, Eduardo Fernando. Op. Cit., p. 230.

⁴³² Esta pergunta retórica, em particular, tem como exemplo inspirador as discussões havidas na seara política, contemporâneas a realização do presente estudo, em que o presidente Jair Bolsonaro defendeu a destruição de livros didáticos adquiridos com recursos públicos federais, por conta de um alegado caráter “ideológico” das obras. Na mesma oportunidade, o presidente teria criticado o fato de os livros terem “muita coisa escrita”. “Tem livros que vamos ser obrigados a distribuir esse ano ainda levando-se em conta a sua feitura em anos anteriores. Tem que seguir a lei. Em 21, todos os livros serão nossos. Feitos por nós. Os pais vão vibrar. Vai estar lá a bandeira do Brasil na capa, vai ter lá o hino nacional. Os livros hoje em dia, como regra, é um amontoado. Muita coisa escrita, tem que suavizar aquilo”. In: Bolsonaro diz que livros didáticos têm “muita coisa escrita”. **Exame**, São Paulo, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-diz-que-livros-didaticos-tem-muita-coisa-escrita/>>. Acesso 04 de jan. 2020.

lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental”.⁴³³

A resposta aos questionamentos deve ser buscada na Constituição, documento que sistematiza e orienta os parâmetros, limites e objetivos da atividade pública. É dizer que diante da possibilidade de realizar atos discricionários, deve o administrador realizar a escolha que melhor atenda à finalidade da lei e do interesse público.

A leitura qualitativa do critério discricionário empregado pelo administrador público deve ser realizada no caso concreto, voltada à análise do atingimento do objetivo idealizado para a política pública, sua eficiência e sua aptidão em concretizar os direitos fundamentais.

De toda sorte, impende constatar que a avaliação do que é melhor ao caso concreto dependerá sempre da avaliação individual, subjetiva daquele que tomou a decisão. A escolha estará sempre sujeita a críticas, sempre será possível apontar um caminho alternativo, com o potencial de atingir o resultado esperado pela lei.

A questão fundamental a esta análise é o limite para a decisão política do administrador público. Em regra, quando se trata da avaliação da eficiência e da efetividade das políticas públicas, sua decisão discricionária poderá ser submetida a escrutínio, quando deixar de atender a escala de prioridades estabelecida pela Constituição de 1988 – a depender da análise conexa a um caso concreto.

As escolhas alocativas realizadas pelo Administrador Público estarão sempre sujeitas aos controles interno, no seu próprio Poder, e externo, realizado pelo Parlamento e seus órgãos de controle, como são os Tribunais de Contas. Em último caso, caberá ainda o controle judicial de suas escolhas, inclusive, do eventual cometimento de crime de improbidade administrativa, em alguns casos.

Ao estatuir um autêntico Estado Social, a Constituição de 1988 assegurou direitos de prestação com os quais precisa arcar o Estado. Por outro lado, permitiu que a forma e a definição de prioridades de investimentos dos recursos públicos a fazer fruir estes direitos, seja definida pelos próprios cidadãos.

O Administrador Público, no exercício do legítimo poder discricionário, é o último responsável por tornar efetivo todo o programa de definição de prioridades estatais, a fazer fruir os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

⁴³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

3 O CONTROLE JUDICIAL DA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

No primeiro capítulo foi realizada a análise dos modelos de Estado, sua organização e forma de separação dos poderes ao longo do tempo. Em seguida, foi observado o surgimento das dimensões de direitos fundamentais e a necessidade da observância, no direito moderno, do princípio da vedação ao retrocesso social como proteção revolucionária.

Transportando a teoria do hemisfério norte para a realidade brasileira, empreendeu-se esforço para situar o constitucionalismo brasileiro ao longo da história. Foi possível constatar que, ao menos desde a Constituição de 1934, o ideal constituinte brasileiro fora por avalizar a criação de um autêntico Estado Social. Sucessivas crises institucionais, golpes de Estado e movimentos antidemocráticos adiaram ao menos em 50 anos aquele objetivo.

Foi somente na Constituição de 1988 que a formação do Estado Social encontrou ambiente institucional favorável, após 21 anos de ditadura civil-militar. O movimento constituinte de 1988 postulou uma nova ordem constitucional em que “os direitos humanos fossem reconhecidos numa Constituição democrática, mas sobretudo que esses direitos declarados tivessem uma tradução concreta no cotidiano de milhões de pobres e minorias discriminadas”.⁴³⁴

Os direitos sociais passam a ocupar lugar de decisivo destaque, por meio do declarado compromisso constitucional de acesso pelo cidadão à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.⁴³⁵

O extenso rol de direitos fundamentais sociais, aliado a experiência das constituições anteriores, especialmente as de 1934 e 1946, preveniu o legislador constituinte de 1988 em relação ao problema da eficácia das normas constitucionais: era necessário propiciar meios para sua efetivação. Foi por meio desta preocupação que foram alçados na Constituição de 1988 instrumentos processuais “como o

⁴³⁴ SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)*. Op. Cit., p. 178.

⁴³⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p. 82.

mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.⁴³⁶

O problema da efetividade dos direitos fundamentais não encontra óbice, por sua vez, somente na inércia do Estado em garantir a prestação a que está obrigado, ou na possibilidade de o cidadão pleitear, individual ou coletivamente seu direito. Há outra limitação de caráter mais objetivo: a falta de dinheiro para implementá-los.

Por esta razão, que sistematiza o texto constitucional o planejamento contínuo como forma de escolha democrática de destinação de recursos públicos. O contexto constitucional estabelece um claro compromisso do Estado em atender interesses multifacetados, de uma sociedade pluralista, desigual e com necessidades distintas. O Estado Social previsto pela Constituição de 1988 exige da administração estatal, em todos os seus níveis, o planejamento e desenvolvimento de políticas públicas, a viabilizar a fruição destes direitos pelos cidadãos.⁴³⁷

É por meio do orçamento público que a sociedade se organiza, através da comunidade política, em torno de um planejamento voltado a eficiência na destinação dos recursos públicos disponíveis a avaliar a fruição dos direitos fundamentais. Os cidadãos elegem seus representantes para o Executivo, com base no plano de governo que julga o mais adequado. O representante eleito, elabora proposta orçamentária, que em tese, deve guardar conexão com seu plano de governo, priorizando as políticas públicas de acordo com o que prometeu em campanha. Submetida a lei orçamentária ao Parlamento, este tem a função de aprovar a proposta, fazendo ainda as emendas que julgar relevantes, devolvendo o texto para a sanção. Neste cenário, a peça orçamentária se caracteriza como resultado do verdadeiro embate democrático, o que confere legitimidade a todo o processo.⁴³⁸

Aprovada a lei orçamentária autorizando o Poder Executivo ao dispêndio segmentado de recursos estatais, tal fato não se traduz em garantia de investimento. São inúmeros os fatores que podem obstar o implemento de uma política pública, como a inexistência de lei, regulamentando o seu implemento; a não realização da receita programada para o período; a falta de recursos; e até mesmo, a discricionariedade administrativa.⁴³⁹

⁴³⁶ Ibidem, p. 83.

⁴³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p. 17.

⁴³⁸ BOGOSSIAN, Andre. Op. Cit., p. 183.

⁴³⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Op. Cit., p. 175-176.

A posição periférica do Brasil no cenário econômico internacional, bem como, a constante preocupação com a gestão em torno de uma boa saúde fiscal, são razões que intensificam os discursos de ordem neoliberal, tendentes a avalizar o desmonte de políticas públicas essenciais à população, sempre que o cofre do Estado passa ao negativo.

Ainda que tenha a Constituição de 1988 sistematizado de forma pioneira na história do constitucionalismo mundial a previsão de uma extensa gama de direitos fundamentais, bem como, de uma forma democrática de escolha social para uma eficiente definição de alocação dos recursos pelo Estado, não raro o sistema apresenta falhas à fruição de direitos fundamentais sociais, especialmente aqueles que demandam uma prestação estatal positiva (como são por exemplo os direitos à educação, ou a saúde, por exemplo).

Estabelecer as balizas de controle da Administração Pública foi questão prioritária ao legislador constituinte, que os designou em quatro vertentes: o autocontrole, regido nos princípios da autotutela e da tutela administrativa; o controle parlamentar, por meio da atividade parlamentar e dos tribunais de contas; o controle popular; e o controle judicial.⁴⁴⁰

O autocontrole decorre do mandamento constitucional que atribui à própria Administração Pública o dever de, dentre outros,⁴⁴¹ avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, bem como, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. É o controle realizado no interior da própria administração pública, na sua organização hierárquica.⁴⁴²

⁴⁴⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica razoável. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

⁴⁴¹ “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

⁴⁴² SAAD, Amauri Feres. **Do controle da Administração Pública**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017, p. 168.

O controle parlamentar é exercido pelo Poder Legislativo, mediante a atuação dos tribunais de contas, que deve fiscalizar a prestação de contas de “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”,⁴⁴³ bem como, por meio de “uma série de poderes de controle sobre a administração pública que o Constituinte de 1988 deferiu àquele poder”.

É dizer que para além da atuação de controle dos tribunais de contas, o controle parlamentar da administração pública pode se dar por meio de convocações ministeriais e verificação dos negócios da administração, inclusive, no que diz respeito a parâmetros de eficiência e eficácia das políticas públicas, solicitação de depoimentos de qualquer autoridade ou cidadão, e ainda, pela via das Comissões Parlamentares de Inquérito, e pelo processo de impeachment do presidente da república, medida mais extrema do controle parlamentar.⁴⁴⁴

O controle popular é a terceira vertente de controle da administração pública, à disposição do cidadão, ou da iniciativa privada em geral. Consiste na atuação paralela ao Estado em áreas de notório interesse público coletivo, na participação em órgãos de formulação de políticas públicas nas áreas de assistência ou seguridade social, bem como, no já mencionado orçamento participativo, ou ainda, pela via da ação popular.⁴⁴⁵

A despeito dos controles realizados nas três vertentes mencionadas,⁴⁴⁶ tanto o planejamento, quanto o controle das políticas públicas podem falhar. Quando isso acontece, entra em cena a quarta e última vertente de controle da administração pública: o controle judicial. O Poder Judiciário recebe anualmente milhares de demandas relacionadas à concretização de direitos fundamentais sociais como vagas em escolas públicas ou creches, custeio de tratamentos médicos, dentre outros.

⁴⁴³ “Art. 70. 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. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 176.

⁴⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit., p. 25.

⁴⁴⁶ O que se fez de forma absolutamente sucinta, por não serem estes tipos de controle o objeto particular deste trabalho.

Se a política pública falha, a decisão judicial em políticas públicas também não pode ser considerada um sinônimo de perfeição. A doutrina aponta como muito comum o Estado Juiz mandar a administração implementar determinada política pública pleiteada pelo particular, sem fixar parâmetros mínimos para tanto; sem indicar, por exemplo, de onde devem sair os recursos financeiros.

Mas afinal, pode o Poder Judiciário se sobrepor ao rigoroso e extenso processo orçamentário, bem como, às discricionariedades legislativa e administrativa e determinar o implemento de uma política pública, tendo como base a proteção de um direito fundamental previsto em sede Constitucional? A resposta a esta pergunta encontra posicionamentos favoráveis e contrários.

3.1 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Há argumentos favoráveis e contrários a ingerência do Judiciário no controle judicial das políticas públicas. A discussão perpassa pela definição dos limites da separação de poderes e de critérios de isonomia. Do mesmo modo, a forma de intervenção é vinculada, quando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fixa critérios objetivos a respeito de como esta deve se dar.

O trabalho se dedica a seguir a apresentar os argumentos contrários e favoráveis à possibilidade do controle judicial das políticas públicas, a tentativa de definição de um critério de isonomia, e ainda, como deve se dar, do ponto de vista hermenêutico, eventual intervenção judicial no campo das políticas públicas, a assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais.

3.1.1 Separação de poderes no controle judicial de políticas públicas

a) Argumentos contrários ao controle judicial de políticas públicas

Os argumentos contrários ao controle judicial das políticas públicas estão agrupados nas teorias da reserva do possível, que podem ser desmembradas em um aspectos de fato e três aspectos de direito.

O aspecto de fato diz respeito ao entendimento dos críticos de que não deveria o Judiciário poder exigir o implemento de políticas públicas, quando o Estado se

encontra conformado em limites objetivos de cunho material: “a falta de dinheiro, a carência de número suficiente de profissionais nos quadros da Administração Pública, a ausência de equipamentos são realidades notórias que não devem ser desprezadas”.⁴⁴⁷

Esta argumentação, de fato, se revela como discurso reiterado da Administração Pública, quando judicialmente demandada. Não se pode negar as evidentes carências estatais e a questão da finitude dos recursos disponíveis ao administrador público. Por outro lado, deve ser considerado o empenho financeiro pelo agente estatal de quantidades consideráveis de recursos públicos, em atividades que muitas vezes não se justificam, diante da prioridade constitucional de garantir o acesso ao bem-estar. Podem ser mencionadas como exemplo campanhas de propaganda das realizações do governo, festas populares, inauguração de monumentos, dentre outros projetos cujos bens almejados “são de discutível prioridade em relação aos valores preteridos (saúde, educação, segurança pública, dentre outros).⁴⁴⁸

Não são raras as oportunidades em que é possível tornar evidente um estranho juízo de prioridades do administrador público, em face das determinações prioritárias constantes na Constituição de 1988. A falta de dinheiro, ou de qualquer recurso material indispensável a concretização de uma política pública social, precisa estar cabalmente demonstrada, para que pudesse ser possível advogar em torno de uma não ingerência do Judiciário. Este cenário somente poderia ser observado, no caso concreto, quando evidenciada a falência completa do caixa estatal, o próprio colapso financeiro do Estado.

De outro modo, sempre será possível ao Judiciário, diante dos ditames constitucionais, escrutinar a escala de valores e prioridades do administrador público no implemento de políticas públicas e sua conformidade com o que assegura a Constituição de 1988 – e seu já mencionado princípio da vedação ao retrocesso social, que baliza a atuação tanto do legislador, quanto do administrador na concretização das promessas constitucionais.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 309.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de Um Constitucionalismo Dirigente Possível. Op. Cit., p. 21.

Esgotada a análise do aspecto de fato, três são os aspectos de direito contrários à possibilidade de controle judicial das políticas públicas pelo Judiciário. O primeiro deles concentra-se no fato de que toda despesa realizada pelo administrador público, deve ser necessariamente precedida da competente dotação orçamentária. Este argumento ganha corpo quando o descumprimento da lei orçamentária anual pelo administrador público é uma das condutas típicas que podem levar à caracterização do crime de responsabilidade.⁴⁵⁰

No entanto, “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”.⁴⁵¹ Nesse sentido, definir “em quais políticas públicas serão alocados os recursos orçamentários, embora tenha um forte cunho político, não é livre de análise e controle jurídico, uma vez que a escolha possui parâmetros definidos constitucionalmente”.⁴⁵²

O processo de escolha democrática, conformado nas leis orçamentárias, bem como, a discricionariedade administrativa, conferida por lei ao administrador público restam vinculadas ao atingimento das prioridades constitucionais. Em outras palavras, a fruição dos direitos fundamentais sociais, por terem o condão de assegurar a dignidade humana ao indivíduo, são prioritárias em detrimento a qualquer outra escolha alocativa de recursos.

À exceção das receitas vinculadas em sede constitucional, ou por meio de lei (casos dos patamares mínimos de investimento na saúde ou na educação, por exemplo), as receitas estatais não podem ser vinculadas ao implemento de uma política pública específica, na lei orçamentária.⁴⁵³

Da detida análise da lei orçamentária não é possível, em regra, identificar em qual programa ou política pública aquela dotação orçamentária é destinada a implementar. É dizer que o orçamento previsto em lei confere relativa margem de discricionariedade ao administrador, com relação ao dispêndio na realização de

⁴⁵⁰ Da Constituição de 1988, em previsão reiterada em semelhantes termos, nas Constituições estaduais e leis orgânicas municipais: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: VI - a lei orçamentária”;

⁴⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 02 fev. 2020, p. 90.

⁴⁵² CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Op. Cit., p. 14.

⁴⁵³ SILVA, Sebastião de Sant’Anna e. Op. Cit., p. 26.

políticas públicas.⁴⁵⁴ O mandamento da lei orçamentária não limita por completo a ação do administrador público, como por vezes, quer-se fazer parecer.

Se quanto a verba destinada em orçamento para a educação, prefere a Administração Pública construir mais escolas, arquitetar formulação em um plano de carreira dos professores, “implementar uma política salarial diferenciada, investir em pesquisa, reformular a grade escolar com o investimento em computadores, laboratórios ou outras atividades de ensino, há uma expressiva liberdade”.⁴⁵⁵

Diante dessa constatação, galgada no reconhecimento da pluralidade de opções que repousam no administrador, cai por terra o argumento tendente a afastar o controle judicial das políticas públicas, com fulcro no argumento de que ao fazê-lo estar-se-ia a incorrer numa violação à lei orçamentária.

Não só é possível ao Judiciário determinar a concessão imediata da tutela pleiteada (como o custeio de um medicamento, ou tratamento, por exemplo), como lhe é permitido determinar a inclusão na lei orçamentária do ano seguinte, da verba necessária ao implemento de política pública a ser priorizada, nos ditames da ordem constitucional.⁴⁵⁶

O orçamento é verdadeiro instrumento democrático de planejamento do implemento de políticas públicas, a dar fruição aos direitos fundamentais. Planejamento, por sua vez, não é sinônimo de atendimento automático das prioridades elencadas pela Constituição de 1988, no que diz respeito a agenda social. Se o Judiciário identificar ser necessária uma correção de rumo, tendo como base a ponderação de prioridades, o controle da política pública não somente é autorizado, como recomendável.⁴⁵⁷

O princípio da vedação ao retrocesso social e a necessidade de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais vincula tanto o Executivo, quando na redação da peça orçamentária, quanto o Legislativo, consoante as eventuais emendas e sua aprovação.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Op. Cit., p. 99.

⁴⁵⁵ PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 310.

⁴⁵⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 73.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de Um Constitucionalismo Dirigente Possível. Op. Cit., p. 21.

Ainda assim, atestada a regularidade presumida do processo orçamentário, se o Judiciário identificar no caso concreto um desvio às prioridades de aplicação de recursos, a fazer fruir os direitos fundamentais, esta ingerência estará por sempre autorizada, tendo como base a fiscalização mútua entre os poderes, vigilante à concretização dos objetivos constitucionais.⁴⁵⁹

O segundo aspecto jurídico que costumam lançar os críticos em relação a possibilidade do controle judicial das políticas públicas é a ofensa a cláusula da separação dos poderes. Dizem não ser possível, diante do paradigma, que o Judiciário seja capaz de determinar as ações do Executivo. Como se delineou no capítulo primeiro deste trabalho, esta parece ser uma ideia superada.

Beira a ingenuidade não reconhecer que os poderes exercem funções atípicas. Dentre tantos exemplos possíveis, o Executivo exerce funções legislador quando edita uma medida provisória, ou quando encaminha ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária; o Legislativo exerce funções executivas quando administra seus órgãos, ou judicante, no processo de impeachment do Presidente da República; o Judiciário, de modo semelhante, exerce a função legislativa quando organiza seu regimento interno, e assim, sucessivamente.

No Estado moderno não há lugar para a defesa de uma estanque separação de poderes, como defendida por Montesquieu.⁴⁶⁰ O critério distintivo que prevalece é o das funções do Estado, o qual não se leva mais em consideração o sujeito que a exerceu a competência, mas a característica da própria atividade desenvolvida por determinado poder, para classificá-la como função legislativa, função jurisdicional ou função administrativa.⁴⁶¹

A Constituição de 1988 é expressa⁴⁶² ao prever que os poderes devem se relacionar entre si de forma harmônica.⁴⁶³ Dessa obrigação constitucional decorre o sistema de freios e contrapesos, voltado ao equilíbrio dos poderes, sendo, portanto, “indiscutível a possibilidade, o dever, de o Judiciário intervir para recompor a ordem jurídica toda vez que esta for violada por ação ou omissão do Executivo”.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. Op. Cit., p. 31.

⁴⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Op. Cit., p. 167-168.

⁴⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 35.

⁴⁶² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴⁶³ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 233.

⁴⁶⁴ PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 311.

A intervenção do Poder Judiciário, por sua vez, deve se realizar no limite reclamado pela Constituição de 1988. Existem critérios que devem balizar sua ação, quando imiscuído na proteção e fruição de direitos fundamentais, para que não haja a efetiva violação da cláusula da separação de poderes. Ao Judiciário não cabe se substituir ao Executivo e planejar o implemento de uma política pública, por exemplo, função de competência exclusiva do administrador estatal.⁴⁶⁵

O terceiro e último aspecto jurídico contrário à possibilidade do controle judicial das políticas públicas é amparado na legitimidade do Judiciário. É o argumento de que, enquanto o Executivo e o Legislativo são compostos e comandados por representantes que tem sua origem no voto direto dos cidadãos que compõe a sociedade, a mesma lógica não pode ser aplicada ao Judiciário. Como consequência desta constatação, não poderia ao Judiciário decidir em sentido contrário à vontade do representante eleito, pois estaria desta forma, desrespeitando a vontade da coletividade de cidadãos que este representa.⁴⁶⁶

O modo de investidura dos juízes nos cargos do Poder Judiciário decorre de sistematização empregada no próprio texto da Constituição de 1988. Portanto, não há o que se argumentar no sentido de ser o sistema antidemocrático.⁴⁶⁷ Das principais características do Judiciário na democracia é o seu caráter contramajoritário, a possibilidade conferida aos juízes de, na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, poder decidir em sentido contrário à vontade da maioria.⁴⁶⁸

Os representados na sociedade democrática não guardam uma conexão legítima de identidade com seus representantes⁴⁶⁹ – nem pudera, diante dos interesses multifacetados que emergem dos cidadãos na contemporaneidade. Nesse

⁴⁶⁵ Numa eventual situação hipotética, onde falem vagas em creches municipais a todas as crianças, obstando a fruição do direito fundamental à educação. Não cabe ao Juiz determinar que sejam construídas novas creches – espaço de discricionariedade típico do administrador público. Lhe cabe, porém, se provocado, agir coercitivamente perante ao administrador obrigando este a pagar em pecúnia as vagas que faltam às crianças, por exemplo.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 312.

⁴⁶⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. Cit., p. 60.

⁴⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 107.

⁴⁶⁹ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007, p. 143.

contexto, é possível – e muito comum – que uma pessoa apoie determinado candidato nas eleições, sem apoiar sua plataforma política de forma integral.⁴⁷⁰

Não se trata, portanto, da possibilidade de o Judiciário “assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas públicas, e sim de definir se essas são definitivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados constitucionalmente”.⁴⁷¹ Ao fim e ao cabo, o controle judicial das políticas públicas assegura “o direito das minorias, o direito subjetivo de cada administrado individualmente desrespeitado pelo próprio Estado”.⁴⁷²

b) Argumentos favoráveis ao controle judicial de políticas públicas

Os argumentos favoráveis ao controle judicial das políticas públicas podem ser reunidos em duas matérias principais, segundo a doutrina: a teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.⁴⁷³

A teoria do núcleo essencial está concatenada à ideia de vedação ao retrocesso social, já o princípio da máxima efetividade das normas decorre de uma garantia trazida pela própria Constituição de 1988, que encontra na doutrina constitucional seu respaldo teórico.

Para retomar a ideia de núcleo essencial do direito fundamental, empresta-se a seguir o didático exemplo de Luiz Manoel Fonseca Pires, para quem o núcleo essencial de um direito fundamental “é o mínimo necessário a ser realizado pelo Estado para o reconhecimento do próprio valor que almejou resguardar juridicamente”.⁴⁷⁴

O legislador constituinte achou por bem alçar o direito a propriedade como um direito fundamental, um bem jurídico que demanda uma proteção do Estado. Diante

⁴⁷⁰ A exemplo do que se afirma, pesquisa de setembro de 2019 entabulada pelo instituto de pesquisas Datafolha, concluiu que núcleo de apoiadores fiéis do Presidente Jair Bolsonaro não ultrapassa 12% da população do país, mesmo tendo o político vencido as eleições para Presidente da República com 55,13% dos votos válidos no ano anterior. PAULINO, Mauro; JANONI, Alessandro. Núcleo duro de apoio a Bolsonaro é de 12% da população, aponta Datafolha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/nucleo-duro-de-apoio-a-bolsonaro-e-de-12-da-populacao-aponta-datafolha.shtml>>. Acesso 04 de dez. 2019.

⁴⁷¹ DIAS, Jean Carlos. Op. Cit., p. 44.

⁴⁷² PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 313.

⁴⁷³ Ibidem, p. 314.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 318.

deste contexto, não pode a lei ordinária impor uma proibição à construção sobre terrenos. Eventualmente, poderá a lei estabelecer limites de altura, área construída, zoneamento, dentre outros, mas jamais poderá proibir qualquer espécie de construção, quando a Constituição protege o direito a propriedade como um incluso na categoria dos direitos fundamentais.⁴⁷⁵

Do mesmo modo ocorre com os direitos fundamentais de prestação, em que a Administração Pública, ao argumento da discricionariedade administrativa, não pode deixar de proteger aquele núcleo essencial do direito fundamental. A analogia é bastante pertinente, pois parece ser correta a leitura de que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, sejam eles de dimensão negativa ou positiva, não são absolutos.

Por núcleo essencial pode ser entendido como o direito já realizado pelo Estado que, a partir da sua realização, passa a integrar o patrimônio jurídico dos cidadãos, sendo impossível, portanto, de ser absolutamente suprimido,⁴⁷⁶ ou ainda, “o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana”.⁴⁷⁷ A proteção do núcleo essencial do direito fundamental é medida destinada a “evitar o esvaziamento do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”.⁴⁷⁸

O mínimo existencial que caracteriza o núcleo essencial do direito fundamental não pode ser compreendido como a mera manutenção de uma condição de sobrevivência, deve ser entendido em sentido mais amplo, a fazer fruir a dignidade como pessoa humana, a alcançar uma “existência codigna”. A definição do conteúdo do que pode ser considerado o mínimo existencial decorre dos valores elencados pela comunidade, a opinião pública e o Estado, aqueles reconhecidos como fundamentais à existência com dignidade.

Há anos que se tem, por exemplo, campanhas de imunização de crianças, jovens e adultos, pela rede pública de saúde, de doenças consideradas graves. A

⁴⁷⁵ Idem.

⁴⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 158.

⁴⁷⁷ GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2005, p. 364 Apud PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 319.

⁴⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O limite dos limites. Op. Cit., p. 243.

esse respeito, a opinião pública, a comunidade jurídica e o próprio Estado reconhecem nesta prestação como sendo relevante, fundamental para a manutenção de uma boa saúde e da própria vida. Deste modo e a partir deste reconhecimento, é injustificável qualquer tentativa tendente a revogar esta prestação estatal. Ou seja, as campanhas de vacinação estatais representam um avanço social na área da saúde em que o retrocesso não parece poder ser admitido.

De outro modo, já poderia ser objeto de escrutínio uma pretensão, com fundamento no direito fundamental à saúde, de custeio pelo Sistema Único de Saúde, de um tratamento de alto custo que não ofertado pela rede pública de modo universal a seus usuários, ou de um medicamento não autorizado formalmente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Não se está afirmando que tal pretensão não seria possível, apenas que eventualmente, poderia esta escapar do conteúdo protegido pelo núcleo essencial do direito fundamental, a depender, evidentemente, da detida análise do caso concreto.

O núcleo essencial de todos os direitos fundamentais deve ser sempre protegido, assegurado, ao passo que a discricionariedade, tanto do legislador, quanto do administrador, a seus juízos, começa a fruir a partir da concretização e efetivação do núcleo essencial dos direitos. O atendimento ao conteúdo nuclear dos direitos se reveste como obrigação de qualquer um deles, por ser também uma obrigação do Estado, caracterizada como uma prioridade emanada pela Constituição de 1988.⁴⁷⁹

Desta concepção, a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais é suporte de análise e atuação do Judiciário no que diz respeito ao controle das políticas públicas. Uma recomendação de que deverá intervir “sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”. Por outro lado, se a política pública tiver sido implementada por meio de “ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático”.⁴⁸⁰

O segundo argumento favorável ao controle judicial das políticas públicas guarda conexão com o mandamento havido na Constituição de 1988, pela máxima

⁴⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 339.

⁴⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2019, p. 39.

efetividade das normas constitucionais. A ideia de que a “uma norma constitucional deve ser atribuída o sentido que maior eficiência lhe dê”.⁴⁸¹ Este princípio ganha envergadura no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, quando na dúvida, lhe deve ser conferido a maior eficácia.⁴⁸²

No cenário em que a Constituição de 1988 assegura o direito a prestação positiva do Estado como direito fundamental, mas não especifica seu patamar de qualidade, é elementar a conclusão de que ao menos “alguma prestação” precisa ser ofertada, sendo vedada a total inércia estatal. Daí decorre o principal argumento a avalizar o controle judicial das políticas públicas, que tem como base a máxima efetividade das normas constitucionais.⁴⁸³

Em todos os casos o mínimo essencial precisa ser realizado, “então todo o direito fundamental que representa um direito de prestação contra o Estado deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública”.⁴⁸⁴ Identificar o núcleo essencial dos direitos fundamentais é tarefa singular, que demanda a análise do caso concreto.

Negar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas seria o mesmo que afirmar o texto constitucional como um programa desprovido de eficácia.⁴⁸⁵ Seria ainda, o mesmo que refutar a existência de um constitucionalismo substantivo, que adota o ideal constituinte como limite de atuação dos poderes públicos e do próprio cidadão, que reconhece no Judiciário o intérprete maior da Constituição.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 1224.

⁴⁸² Idem.

⁴⁸³ “É inegável que a comunidade jurídica e o legislador político levam em conta, ainda que nem sempre de modo declarado, as possibilidades econômicas da sociedade no momento em que reconhecem a uma determinada aspiração de caráter jusfundamental. Este valor, entretanto, não é o único tomado em conta; existem envolvidos aspectos morais (normalmente preponderantes), históricos, lógicos, psicológicos; em suma, uma infinidade de variáveis que levam ao reconhecimento de um determinado princípio jusfundamental. Se após o sopesamento de todos estes fatores reconhece-se um direito fundamental, não será mais a impossibilidade circunstancial de sua implementação que o despirá deste predicado, já que a auto-aplicabilidade, assim como os demais atributos mencionados nesta Seção, é consequência e pressuposto hipotético (como a pré-estabilidade), e não condição para o reconhecimento de direitos fundamentais. Portanto, o que resta da auto-aplicabilidade, quando cotejada como condicionamento representado pela reserva do possível, é o predicado de prioridade”. GOUVÊA, Marco Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249-250.

⁴⁸⁴ PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 320-321.

⁴⁸⁵ COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O “novo” constitucionalismo em tempos de austeridade fiscal e o papel das cortes constitucionais no Brasil e em Portugal. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 32-75, jul-dez. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/8635/5627>>. Acesso em: 13 ago. 2018, p. 71.

⁴⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional - Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 83-84.

3.1.2 A isonomia no controle judicial de políticas públicas

A realização de políticas públicas pelo Estado se concretiza, em regra, via prestação pela Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes), de algum serviço público com aptidão de fazer fruir o direito fundamental assegurado constitucionalmente ao cidadão. O serviço público pode ser caracterizado como espécie de atividade econômica desenvolvida pelo Estado⁴⁸⁷ em sentido amplo, materializada na produção de bens e serviços de natureza econômica,⁴⁸⁸ pelo fornecimento à coletividade de um bem escasso, destinado a satisfação das necessidades humanas.⁴⁸⁹

Ao prestar um serviço público o Estado está obrigado a assegurar o acesso aos bens econômicos por ele produzidos a todos os cidadãos que deles demandarem. É o que declara o princípio constitucional da universalidade do acesso aos serviços públicos. Em matéria de direitos sociais, a Constituição de 1988 foi além, ao tornar expressa a exigida universalidade, casos, por exemplo, dos direitos fundamentais à saúde⁴⁹⁰ e à educação.⁴⁹¹

A declaração constitucional pela universalidade, quando considerada de forma isolada, é insuficiente a conferir eficácia ao provimento das necessidades de seu povo, dada escassez de recursos estatais. Diante deste cenário, importante compreender se o princípio da universalidade da Constituição de 1988 quer tutelar a igualdade meramente formal, ou se busca um cenário de igualdade material.

A compreensão de se a igualdade tutelada pelo texto constitucional é formal ou material, assume contornos relevantes, no que diz respeito à concretização de

⁴⁸⁷ Importante consignar que a noção de serviço público como espécie de atividade econômica desenvolvida pelo Estado não é uma unanimidade na doutrina do direito público. Romeu Felipe BACELLAR FILHO é um dos que prefere distanciar o serviço público da atividade econômica, assunto que não será aprofundado em razão das escolhas metodológicas do presente trabalho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

⁴⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/106>>. Acesso em: 13 jan. 2020, p. 125.

⁴⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 141.

⁴⁹⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴⁹¹ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

políticas públicas, via oferta de serviços públicos pelo Estado. Vigente a igualdade formal, todos os cidadãos, independentemente de distinções fáticas, devem ter assegurado o acesso ao serviço público. Por outro lado, se a igualdade for compreendida como material, tal entendimento permite que sejam realizadas discriminações com base em critérios fáticos, como a renda, por exemplo.⁴⁹²

A Constituição de 1988 traz expressamente em seu artigo quinto que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁴⁹³ Nesse sentido, importa asseverar que ali o conceito é claramente da igualdade formal, e não poderia ser diferente, quando inserido mencionado dispositivo no capítulo que cuida dos direitos fundamentais de primeira dimensão, portanto, de oposição do cidadão ao Estado. A oferta de serviços públicos está intrinsicamente ligada às dimensões posteriores de direitos fundamentais.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, disciplina que os serviços públicos serão prestados pelo município “sem distinção de qualquer espécie”.⁴⁹⁴ Na doutrina do direito público, a noção que predomina é a de que o princípio da universalidade deve ser entendido como obrigação imposta a Administração Pública a assegurar “o mais amplo acesso dos cidadãos aos serviços públicos prestados”.⁴⁹⁵

Cabe ao Estado prestar serviços públicos voltados “primordialmente, a universalização material, ou seja, aquela efetivamente preocupada em proporcionar a toda população, independentemente da sua renda, acesso”,⁴⁹⁶ sendo vedado a autoridade estatal empregar qualquer critério de discriminação fática na oferta prestacional.⁴⁹⁷

⁴⁹² HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 137.

⁴⁹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁴⁹⁴ “Art. 123 - Os serviços públicos constituem dever do Município. Parágrafo único - Ao usuário fica garantido serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança, sem distinção de qualquer espécie”.

⁴⁹⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e vedação ao retrocesso social**. 2009. 214 f., il. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020, p. 176.

⁴⁹⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As estruturas do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 59-85, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/609>>. Acesso em: 13 jan. 2020, p. 60.

⁴⁹⁷ CIMMA, Enrique Silva. **Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público**. Santiago: Jurídica de Chile, 1995, p. 60.

A leitura do princípio da universalidade, nos moldes em que delimitados acima, implica numa vedação ao tratamento diferenciado de cidadãos inseridos em realidades fáticas distintas. É entender a igualdade na prestação dos serviços públicos como sendo eminentemente formal. Ao propor repensar o princípio da universalidade, Daniel Wunder Hachen afirma que não é este o sentido que pode ser extraído do princípio em comento, na ordem jurídica brasileira.

Para o autor, é lícito à Administração Pública selecionar o destinatário dos serviços públicos por ela ofertados, excluindo seu acesso por determinadas pessoas, empregando distinções, “desde que isso seja necessário para que o fornecimento seja efetivamente universal e desde que a feição material do princípio da igualdade reclame a adoção de um critério diferenciado na prestação”.⁴⁹⁸

É a ideia de que, se for necessário diferenciar a oferta para universalizar o acesso ao serviço público, tal discriminação não só é lícita, como recomendável por parte da Administração Pública. Nesta leitura do princípio, a universalidade deve ser assegurada a todos os cidadãos que de fato necessitem dos bens úteis e escassos fornecidos pela via do serviço público.

O Estado, ao ofertar o serviço, deve se manter vigilante com relação às diferenças de condições em que cada cidadão ou grupo social se veem inseridos, quando universalizar “significa prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários”.⁴⁹⁹ Isto não significa, por sua vez, tratar a todos “de forma idêntica, sem traçar qualquer diferenciação”.⁵⁰⁰

Garantir a igualdade pela via dos serviços públicos impõe que seja empreendido um “tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários”. Desta forma, muda-se o escopo de exigência do princípio da universalidade para a igualdade material, ao passo que não “se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições”.⁵⁰¹

Em outras palavras, a defesa por uma leitura material do princípio da universalidade dos serviços públicos coloca ser a vedação a distinção para sujeitos

⁴⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 138.

⁴⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 259.

⁵⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 139.

⁵⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

pareados num patamar de igualdade material. Nesse sentido, um exemplo poderá melhor elucidar o entendimento da leitura que se pretende.

O fornecimento de um medicamento pelo Sistema Único de Saúde, para o tratamento da hipertensão, por exemplo, deve ter o seu fornecimento planejado pela Administração Pública, para atender àqueles que realmente não tem condições de arcar com os custos da sua aquisição. Seria um contrassenso exigir do Estado o fornecimento gratuito do remédio a todos que dele necessitam, inclusive àqueles que podem pagar.

O princípio da universalidade se coloca, portanto, como um desdobramento do princípio da igualdade, o que significa afirmar que o serviço público deve ser prestado de forma universal a sujeitos que se encontrem em situação de igualdade material, não formal.

No livro em que define o conteúdo jurídico do princípio da igualdade Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”.⁵⁰²

Desta forma, desde que fundada em critérios constitucionalmente adequados, é admitida a discriminação na prestação do serviço público pelo Estado. A prestação de serviço deve se dar de forma igual aos igualmente comparáveis, sendo que “qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”.⁵⁰³

A leitura do princípio da universalidade como decorrente do princípio da igualdade material resta concatenada ainda, com a própria lógica de racionalidade que deu origem aos direitos sociais: compensar as desigualdades financeiras ocasionadas pelo capitalismo, proporcionando uma vida digna a todos os cidadãos; e fazer com que o Estado forneça a seus súditos bens econômicos escassos, os quais “poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado”.⁵⁰⁴

⁵⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35.

⁵⁰³ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 139-140.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 142.

Esta defesa se justifica, quando o serviço público não é a única forma de fazer fruir os direitos sociais. O cidadão que contrata serviços particulares de saúde ou de educação – quando detém condição financeira para tanto – faz fruir de igual maneira estes direitos, obtidos por meio de uma atividade econômica em sentido estrito e não pela via da intervenção estatal. Em “termos de formulação teórica, se o cidadão tiver acesso ao bem jurídico jusfundamental por outros meios que não necessite do seu oferecimento pelo Poder Público, ele não será investido na posição jurídica de exigilo do Estado gratuitamente”.⁵⁰⁵

No cenário da escassez de recursos, obrigar a Administração Pública a fornecer indistintamente serviços públicos, a todos os cidadãos – mesmo àqueles que podem adquiri-los por outra via – é elemento a acentuar a desigualdade e não a evitar. Especialmente, quando numa eventual indisponibilidade de recursos financeiros do Estado, para arcar com determinado serviço público, tal fato causará prejuízo ao cidadão mais vulnerável, quando aquele que detém condições financeiras, poderá seguir fazendo fruir seu direito social, adquirindo o bem da iniciativa privada.

Do ponto de vista da justiça social, o cidadão que possui condições financeiras de contratar serviços fornecidos por farmácias, planos de saúde, ou instituições de ensino particulares, não deveria poder, do ponto de vista político, recebe-los gratuitamente do Poder Público. O Estado presta serviços públicos no objetivo especial de atender as necessidades humanas daqueles que não conseguem obter os bens oferecidos de outra forma. Ou porque são pobres, ou porque não conseguem adquiri-los na iniciativa privada, por não haver disponibilidade.⁵⁰⁶

A igualdade material e a universalidade do serviço público deve ser o ponto de chegada, nunca o ponto de partida – entendimento que acompanha a própria dinâmica programática de implementação evolutiva dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. Numa sociedade que dá manutenção a uma constrangedora diferença entre ricos e pobres,⁵⁰⁷ mesmo tendo declarado na sua Constituição o objetivo pela redução

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 143.

⁵⁰⁶ Idem.

⁵⁰⁷ “O rendimento médio mensal obtido com trabalho do 1% mais rico da população brasileira atingiu, em 2018, o equivalente a 33,8 vezes o ganho obtido pelos 50% mais pobres. No topo, o rendimento médio foi de R\$ 27.744; na metade mais pobre, de R\$ 820”. CANZIAN, Fernando. Diferença de rendimentos entre pobres e ricos é recorde, aponta IBGE. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 out. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/diferenca-de-rendimentos-entre-pobres-e-ricos-e-recorde.shtml>>. Acesso 04 de dez. 2019.

da desigualdade social,⁵⁰⁸ seguir tratando igual os desiguais é um contrassenso que em nada contribui para a alteração deste cenário.

A universalidade dos serviços públicos deve ser ofertada a todos que dela necessitarem. Tal fato não quer dizer, por sua vez, que todos devem receber o serviço da mesma forma, sendo lícito o emprego de critérios de discriminação, no objetivo de tratar os iguais de forma igual e os desiguais, no limite da sua desigualdade.⁵⁰⁹

No controle judicial das políticas públicas, observar estritamente o princípio da igualdade é uma obrigação que decorre da Constituição. Quando o Poder Judiciário é provocado a exercer o controle de uma política pública, este deve se dar levando em consideração a busca pela igualdade material, voltada a justiça social.

Não pode o Poder Judiciário, ao argumento de fazer fruir direitos fundamentais não realizados pela Administração Pública, criar políticas públicas que tem como destinatário um único particular, custeada pelos cofres públicos e em detrimento dos demais cidadãos que dela necessitam, mas que não tem o seu pleito atendido. Em outras palavras, não pode o julgador avalizar a apropriação particular de uma política pública.

O caminho para a justiça social e para a isonomia no controle judicial das políticas públicas não perpassa por limitar o direito de ação às ações coletivas, vedando que particulares ingressem sozinhos no Poder Judiciário, a tutelar seus

⁵⁰⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵⁰⁹ “A conclusão a que se chega com esse raciocínio enseja a seguinte proposição: do ponto de vista político, a partir da lógica que preside o Estado Social, encarnada na igualdade material, se o indivíduo possuir condições financeiras e encontrar disponíveis no mercado os bens econômicos, sociais e culturais tutelados pelos direitos fundamentais sociais, logrando acesso a eles por outros meios que tornem prescindível a sua obtenção mediante serviços públicos ofertados pelo Estado, seria um contrassenso admitir que em tais circunstâncias ele estivesse investido na posição jurídica de exigir da Administração a sua prestação gratuita. Em outras palavras: para que a universalidade dos cidadãos tenha acesso aos bens jurídicos protegidos pelos direitos sociais, faz-se necessário que o Poder Público trate desigualmente as situações desiguais, na medida das suas desigualdades, em observância ao princípio da igualdade material. Perceba-se como a interação entre esses dois princípios que regem os serviços públicos — universalidade e igualdade (material) — podem (e devem) levar a resultados diversos daqueles que geralmente se costuma defender. Sob o ponto de vista político, tendo como foco a justiça social que se pretende promover na sociedade, infere-se que a pessoa que puder desfrutar de serviços fornecidos por farmácias e hospitais privados, bem como de instituições de ensino particulares, não deveria poder recebê-los sem qualquer custo do Poder Público. Isso porque o Estado presta serviços públicos — notadamente os que são oferecidos gratuitamente — com a finalidade de atender às necessidades humanas daqueles que não podem (porque não têm dinheiro) ou não conseguem (porque não há disponibilidade) adquiri-las da iniciativa privada”. HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 143.

direitos em matéria de serviço público, como defende Luís Roberto Barroso.⁵¹⁰ O critério deve ser outro, o de garantir um parâmetro mínimo de aferição da igualdade material, em matéria de controle de políticas públicas.

Não raro o Executivo se vê obrigado pelo Poder Judiciário a custear tratamentos médicos de alto custo, que não são ofertados pela rede pública em caráter universal, ofendendo frontalmente o princípio da igualdade: a uma, porque desta forma está o julgador criando uma política pública apenas para aquele demandante em específico; a duas, porque está aquele particular se apropriando de uma política pública, em detrimento de milhares de outros cidadãos que não podem ter acesso ao mesmo tratamento.

Diferente seria o caso, por exemplo, de um requerimento judicial pelo fornecimento de um tratamento médico que consta na lista de procedimentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde, mas que teria sido negado àquele cidadão em particular, ao argumento de indisponibilidade. O julgador que determinar o custeio ou a execução do procedimento, neste caso, não estará ferindo a isonomia, pois em tese, o tratamento requerido é ofertado em caráter de universalidade pela rede pública.

A noção de vedação ao retrocesso social importa no reconhecimento de que o princípio obriga o Estado a proporcionar, como condição a concretização do acesso a igualdade material, um constante avanço social.⁵¹¹ O conceito está concatenado com a ideia evolutiva das dimensões dos direitos fundamentais, implementados paulatinamente pelo Estado brasileiro, no limite dos seus recursos materiais e financeiros. Ao julgar políticas públicas, não pode o Judiciário ignorar esta realidade fática evolutiva. O poder deve estar vinculado a esta evolução, lhe sendo vedado determinar a implementação de direitos que ainda não foram alcançados de forma universal pela sociedade, sob pena de incorrer na promoção da desigualdade social.

Evitar o retrocesso social é proteger o núcleo essencial do direito fundamental, que pode ser entendido como o direito já realizado pelo Estado que, a partir da sua realização, passa a integrar o patrimônio jurídico dos cidadãos, sendo impossível, portanto, de ser absolutamente suprimido.⁵¹² A proteção do núcleo essencial do direito

⁵¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva. Op. Cit., p. 107.

⁵¹¹ DERBLI, Felipe. Op. Cit., p. 201-202.

⁵¹² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Op. Cit., p. 158.

fundamental é medida destinada a “evitar o esvaziamento do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”.⁵¹³

A igualdade no controle das políticas públicas importa no respeito às escolhas alocativas realizadas pelo povo, via participação direta ou por representação, no que diz respeito às prioridades de investimento estatal. No objetivo de proteger um direito fundamental, não pode o julgador criar política pública, tarefa que é reservada aos Poderes Executivo e Legislativo. Não pode o Poder Judiciário ser elemento a alimentar a desigualdade social: sua missão é manter-se adstrito à Constituição para reduzi-la.

Ainda que seja possível reconhecer o direito fundamental subjetivo do cidadão, no caso concreto, este deve ser avaliado sob a perspectiva do princípio da igualdade material, sendo possível a sua limitação, a depender das circunstâncias do caso. Numa colisão de direitos (individual e coletivo) é o juízo de ponderação quem vai definir a prevalência de um ou de outro direito, na análise do caso concreto.

Eventual limitação a um direito fundamental social subjetivo deve ser voltada a “salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas”,⁵¹⁴ sem ofender o princípio da igualdade e a da separação de poderes. A decisão judicial que enveredar no controle de políticas públicas, deve atender ainda, a postulados específicos, assunto tratado seguir.

3.2 O CONSEQUENCIALISMO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No sub-tópico anterior ficara consignado que as teorias das reservas do possível, quando consideradas de forma isolada, colocam-se como argumentos deveras insuficientes a obstar o controle judicial das políticas públicas. Sempre que a fruição de um direito fundamental falha, este controle não somente é possível, como desejável, dado o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e respeitados os limites da isonomia e da cláusula da separação de poderes.

⁵¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 243.

⁵¹⁴ TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Op. Cit., p. 170.

Ninguém há de duvidar em relação a existência de limites objetivos de cunho material – recursos financeiros, pessoal e tecnológico – à concretização do mandamento constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades regionais. A própria noção evolutiva das dimensões de direitos fundamentais advoga neste sentido. No contexto brasileiro, é de extrema relevância máxima elementar da matemática, de que os recursos são finitos, enquanto as necessidades humanas são infinitas, e que por isto, é necessário realizar escolhas trágicas.⁵¹⁵

Diante da Constituição de 1988, por sua vez, somente a argumentação em torno das possibilidades econômicas do Estado, no momento em que se pleiteia a concretização do direito fundamental, é insuficiente como argumento a obstar a concretização de uma norma fundamental. A análise do caso concreto e a ponderação entre valores constitucionais é quem vai balizar a aferição do preenchimento do núcleo essencial do direito fundamental eventualmente violado.

Todo direito fundamental precisa ser realizado em seu núcleo essencial⁵¹⁶ – o mínimo essencial necessário à manutenção da dignidade – por mandamento constitucional.⁵¹⁷ O não cumprimento da Administração Pública é fato a ensejar o controle judicial de determinada política pública; que o Judiciário obrigue coercitivamente a recomposição da ordem jurídica violada, a concretização da prestação ora inadimplida.⁵¹⁸

O controle judicial das políticas públicas parte da análise da discricionariedade: da racionalidade da decisão administrativa que ensejou o controle; do cumprimento do ônus argumentativo pelos atores processuais; do tempo de omissão à fruição do direito fundamental violado; e da ponderação, como mecanismo de aferição do núcleo essencial do direito fundamental. Estes paradigmas são essenciais “à compreensão do caso concreto e à justa (adequada) confrontação dos argumentos contrários e favoráveis à intervenção judicial.”⁵¹⁹

Neste sentido, o controle judicial de uma política pública somente será avalizado mediante a comprovação, no caso concreto, do inadimplemento pela administração pública da prestação positiva pleiteada, e da demonstração de que o

⁵¹⁵ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. Op. Cit., p. 11.

⁵¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 339.

⁵¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 243.

⁵¹⁸ PIRES, Luis Manoel Fonseca. Op. Cit., p. 311.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 324.

direito ora pleiteado, preenche o núcleo essencial do direito fundamental, conferindo-lhe efetividade.

Não há como aferir o preenchimento destes requisitos em abstrato. Por esta razão, alguns exemplos podem ser usados a elucidar o que se pretende consignar. Um cidadão que demande ao Estado pelo fornecimento de um medicamento tem o ônus argumentativo de demonstrar e comprovar as razões para tanto, ou seja, situar sua condição de saúde; explicar da sua doença; a pertinência do medicamento solicitado; as razões de sua prescrição; as razões pelas quais o medicamento ofertado pela Administração Pública não lhe é suficiente; as consequências ao seu tratamento e à sua condição de saúde, decorrentes do inadimplemento daquela prestação positiva que se requer.

À Administração Pública lhe cabe, em sua defesa, demonstrar efetivamente as razões pelas quais entende que o pedido formulado pelo cidadão não deve ser concedido. Isso significa argumentar por qual razão entende que o medicamento que oferece seria suficiente ao cidadão; rebater, se for o caso, o relatório médico que aponta tentativas frustradas no uso da medicação ofertada pela rede pública; mas de modo especial, com cabal demonstração do que se afirma, especificar de que modo o pedido formulado pelo cidadão compromete o planejamento previsto nas leis orçamentárias.

Se ao cidadão que pleiteia o medicamento, lhe é exigido as razões pelas quais entende que o núcleo essencial do direito fundamental à saúde encontra-se esvaziado, detalhando minuciosamente os fatos que o motivaram aquela proposição, por outro lado, não pode a Administração Pública em sua defesa “abstratamente discorrer sobre a reserva do possível, a separação de poderes, contar a história da revolução francesa”,⁵²⁰ sem a conexão de seus argumentos com a realidade fática apresentada no processo.

Retomando exemplo do tópico anterior, ainda conexo com o direito constitucional à saúde, um cidadão que pleiteia o fornecimento da vacina pentavalente⁵²¹ – que protege recém nascidos contra difteria, tétano, coqueluche, hepatite B e um tipo de meningite – e tem o seu pedido negado pela Administração

⁵²⁰ Ibidem, p. 325.

⁵²¹ RODRIGUES, Leo. Vacina que resguarda bebês contra 5 doenças está em falta em vários postos. **Saúde Abril**, São Paulo, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/familia/vacina-que-resguarda-bebes-contra-5-doencas-esta-em-falta-em-varios-postos/>>. Acesso 04 de dez. 2019.

Pública, pode demandar o Estado no Judiciário, ao argumento da violação ao núcleo essencial do direito fundamental à saúde.

Isto, quando a vacina integra o calendário de vacinação infantil em nível nacional há anos, se tem como certo o reconhecimento científico dos benefícios da imunização almejada, tanto pela comunidade acadêmica, quanto pelos órgãos de saúde internacionais e pelo próprio Governo, e não se põe em dúvida de que a vacinação é um requisito essencial para a preservação e manutenção da vida com dignidade, um mínimo essencial e uma garantia constitucional.

Diante do lançado cenário hipotético, não pode a Administração Pública negar a concessão à vacinação pleiteada pelo particular, ao argumento da teoria da reserva do possível, sob pena de incorrer no vedado retrocesso social. O acolhimento de tal argumentação, somente seria permitido em um cenário de falência completa das contas públicas, o qual precisa ser demonstrado concretamente, se for o caso. É certo que o fornecimento da vacinação pleiteada preencherá o núcleo essencial do direito fundamental à saúde ora violado, conferindo-lhe a efetividade que lhe é assegurada pela Constituição de 1988.

Se o argumento da Administração Pública é uma violação à lei orçamentária, lhe cabe demonstrar cabalmente de que forma a concessão do pedido pleiteado afetará as contas públicas, indicando ainda, outras rubricas com valores disponíveis para realização, mas que menos prioritárias em relação à prioridade constitucional de cuidar da saúde de seus tutelados. É dizer que o argumento da falta de recursos, de modo isolado, não se faz suficientemente efetivo a afastar a concretização do direito fundamental.

Eventual decisão judicial que determine o fornecimento da vacinação pleiteada será acertada, pois não incorrerá em violação à cláusula da separação dos poderes, quando não substitui o administrador na gestão da política pública, mas apenas lhe impõe uma correção necessária à manutenção da mesma, e ainda, impede que seja observado o indesejado retrocesso social.

A proibição ao retrocesso social, tendo como base a máxima eficácia das normas constitucionais e a garantia de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, tem sua aferição vinculada à análise do caso concreto. Somente a partir dele é que pode ser medido o preenchimento do núcleo essencial do direito

fundamental, por meio da ponderação, bem como, avaliar os limites impostos pelo princípio da isonomia e pela cláusula da separação dos poderes.

Atestado pelo Poder Judiciário que o núcleo essencial do direito fundamental não se encontra suficientemente preenchido, diante da análise do caso concreto, importando numa situação particular de retrocesso social, lhe cabe conceder a tutela pleiteada. A concessão da tutela, por sua vez (seja ela concessão de tratamento médico, de medicamento, de uma vaga em creche ou escola pública, dentre outros), precisa estar adstrita a uma técnica formal que não importe na desconsideração completa das leis orçamentárias, da discricionariedade administrativa, da separação de poderes.

O processo orçamentário brasileiro assegura uma técnica de planejamento voltada ao controle da sociedade, no que diz respeito ao gasto público.⁵²² Quando o Poder Judiciário determina a realização de uma política pública, este deve fazê-lo não a desconsiderar as escolhas alocativas realizadas pela sociedade, mas sim reconhecer sua legitimidade, justificando por qual razão aquela escolha (e não fazer é também uma escolha) ofende a escala de prioridades estabelecidas no texto da Constituição de 1988.

Novamente se remonta ao ideal democrático estabelecido pela Constituição de 1988 do planejamento contínuo como forma de escolha democrática de destinação de recursos públicos, num claro compromisso do Estado em atender interesses multifacetados, de uma sociedade pluralista, desigual e com necessidades distintas. O Estado Social previsto pela Constituição de 1988 exige da administração estatal, em todos os seus níveis, o planejamento e desenvolvimento de políticas públicas, a viabilizar a fruição destes direitos, por parte dos indivíduos.⁵²³

O controle judicial das políticas públicas deve se dar de modo a respeitar, até onde seja legalmente possível, as escolhas democráticas realizadas pela população. É dizer que tanto a lei orçamentária, quanto o espaço legítimo da discricionariedade administrativa precisa ser considerado.

O controle do Judiciário não pode ultrapassar os limites da cláusula da separação dos poderes e da isonomia, ao passo que ao julgador não cabe nem planejamento, nem execução da política pública. Por outro lado, comprovado o

⁵²² GIACOMONI, James. Op. Cit., p. 86.

⁵²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p. 17.

retrocesso social, não pode o Estado-juiz se manter inerte, sendo sua obrigação ordenar a reintegração da ordem violada, proporcionando a fruição do direito fundamental.

A decisão judicial determinar o implemento ou realização de uma política pública, independentemente da tutela concedida, deve considerar o postulado hermenêutico e o dever de motivação positivados no Decreto-lei 4.657/1942. A LINDB, como usualmente costumou-se a se referir, tem em sua redação original o título de “Lei de Introdução ao Código Civil” – a antiga LIC. Em 2010, iniciativa legislativa⁵²⁴ alterou sua nomenclatura, modificando sua ementa e rebatizando-a para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, mudança que supostamente ampliou seu espectro de abrangência.⁵²⁵

Em 2018, porém, que a LINDB passou por modificação significativa, que incluiu dez artigos, – do 20 ao 30 – dentre eles, o que ampliou as exigências com relação as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Diante do dispositivo em comento, certo é afirmar que houve um aprofundamento com relação as exigências de fundamentação dos órgãos julgadores, que estão agora obrigados a considerar “as consequências práticas” da sua decisão.⁵²⁶

Em determinado cenário, para além de considerar as consequências, o julgador deverá “expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção de

⁵²⁴ Via Lei 12.376/2010.

⁵²⁵ BEZNOS, Clovis. A LINDB. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 79.

⁵²⁶ Ibidem, p. 80.

tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso”.⁵²⁷

A alteração no texto da lei, com a inclusão da exigência consequencialista, tem razão num verificado déficit de fundamentação de decisões, sejam administrativas ou judiciais, quando motivadas em princípios. Carlos Ari Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto que culminou na mudança, há muito já diagnosticava o que denominou de “farra dos princípios”: “um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”.⁵²⁸

Isto não quer dizer que a LINDB pretende vedar o uso de conceitos jurídicos indeterminados, em verdade o que se tem é uma proibição do seu uso, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, o que significa afirmar “que o interprete deverá obrigatoriamente trazer o conceito indeterminado, para a zona de certeza, positiva ou negativa, declinando as específicas consequências práticas da decisão”.⁵²⁹

Notadamente, as exigências postas pelo art. 20 da LINDB tiveram como motivação a necessidade de garantir maior segurança jurídica. É a materialização de antigo pleito de parte da doutrina a exigir a qualificação das decisões (administrativas ou judiciais),⁵³⁰ diante de um alegado cenário de “banalização” dos princípios, por conta do seu uso excessivo, sem a devida fundamentação.⁵³¹ Da crítica de que no

⁵²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019, p. 151. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1068/799>>. Acesso 04 de dez. 2019, p. 144.

⁵²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

⁵²⁹ BEZNOS, Clovis. Op. Cit., p. 80.

⁵³⁰ SUNDFELD traz exemplo reiterado na prática forense, sobre o entendimento de um mesmo Juiz, a respeito da exigência ou não de dolo, para caracterização jurídica da improbidade administrativa. “Voltando à polêmica sobre se é, ou não, jurídico punir por improbidade quem agiu sem dolo, outro Juiz do mesmo Tribunal também parece ter dificuldades em escolher um dos lados: em um caso ele entende só haver improbidade “quando o agente público, no seu agir, é devasso, provocando dano ao erário e recebendo correspondente vantagem” (STJ, REsp 758.639); em outro afirma ser descabida a “declaração de necessidade de má-fé e de lesão ao erário público” (STJ, REsp 604.151). Os textos do Juiz são meras ideias soltas, difíceis de refutar nesse plano, e ele os alterna conforme queira condenar ou absolver, segundo a impressão geral que tenha sacado do processo”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. Op. Cit., p. 226.

⁵³¹ LEAL, Fernando. Argumentando sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. In: MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Brasil haveria o fenômeno da “euforia dos princípios”,⁵³² e de que a “retórica principiológica” seria elemento a permitir o “alargamento do espaço de discricionariedade do julgador”.⁵³³

O problema que culminou com a alteração da lei é amparado no diagnóstico de que o uso de princípios muito vagos vinha “sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”,⁵³⁴ quando sua aplicação variava “de acordo com o subjetivismo do intérprete”, gerando um aumento da incerteza jurídica.⁵³⁵

O controle judicial das políticas públicas é o ambiente em que, invariavelmente, haverá a motivação com base em violação de princípios constitucionais, como são as teorias do núcleo essencial do direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, o uso da ponderação, dentre outros. Por esta razão, a análise que se tem a seguir é relevante.

Ainda que seja cedo para tentar aferir resultados qualitativos a partir da mudança legislativa já em vigor,⁵³⁶ parece certo concluir que num cenário em que decisões são tomadas de forma reiterada, tendo como base padrões de motivação muito vagos, “exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos quantitativos”.⁵³⁷

⁵³² ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313>>. Acesso em: 21 jan. 2020, p. 155.

⁵³³ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos de direito constitucional**. Volume 1. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 48.

⁵³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. Op. Cit., 225.

⁵³⁵ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. Op. Cit., p. 48.

⁵³⁶ José Vicente dos Santos de Mendonça projeta dois futuros possíveis, com base na alteração legislativa proposta para o art. 20 da LINDB. O primeiro, em que seria observado o “resultado ótimo”, com a transformação da atuação administrativa e judicial; o segundo futuro, mais provável que o primeiro, afirma, seria o da retórica das consequências, capaz de provocar, ao máximo, a alteração de estilo da decisão, sem grandes efeitos práticos observáveis. Conclui que talvez o futuro reserve “o meio” entre os dois outros projetados. “Nem uma transformação autoabdicante de poderes, nem o inócuo acréscimo da palavra “consequências” às fundamentações. Um cenário de primeiro passo; de inclinações pragmáticas que testam caminhos”. MENDONÇA, João Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020, p. 31-34.

⁵³⁷ LEAL, Fernando. Decidir com base em consequências resolve?. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 70, n. 5, p. 28-29, mai. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/64657/62539>>. Acesso em: 20 jan. 2020, p. 28-29.

Na análise da estrutura normativa do art. 20 da LINDB Fredie Souza Didier e Rafael Alexandria Oliveira mencionam ser possível extrair duas normas daquele dispositivo: “um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivação das decisões”.⁵³⁸

O postulado hermenêutico diz respeito a uma diretriz de interpretação das fontes normativas – como são a lei, o contrato ou a decisão judicial – dirigida ao órgão julgador. Já o dever de motivação está concatenado com a obrigação de o julgador enunciar em sua decisão, o caminho racional percorrido para chegar até o resultado decisório.

3.2.1 A consequência como postulado hermenêutico da decisão judicial

A adjetivação de valores jurídicos tidos como abstratos é elemento a fazer pressupor a existência de valores jurídicos concretos. A exigência de se considerar as consequências práticas da decisão deve ser atendida sempre que o juiz decidir tendo como base “valores jurídicos abstratos”.⁵³⁹

Ocorre que no direito brasileiro somente é lícito decidir tendo como base normas jurídicas, nunca valores. Por esta razão, sustenta a doutrina haver uma atecnia jurídica na redação do dispositivo em comento. A expressão “valores jurídicos abstratos” deve ser entendida como “princípios normativos menos densificados”. Isto é “aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 146.

⁵³⁹ BEZNOS, Clovis. Op. Cit., p. 80.

⁵⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 146.

Aponta ainda a doutrina,⁵⁴¹ ser o art. 20 dotado de eventual redundância normativa.⁵⁴² O Novo Código de Processo Civil, de vigência anterior a alteração em comento, já dispunha sobre a necessidade de fundamentação de qualquer decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.⁵⁴³

Ocorre que na LINDB o comando normativo em comento não se apresenta restrito à “decisão judicial”, quando tem sua incidência ampliada às esferas “administrativa, controladora e judicial”. Há ainda no dispositivo, a necessidade de qualificação da decisão, ao obrigar que a motivação da escolha pelo julgador se dê “inclusive em face das possíveis alternativas”, ao passo que é possível afirmar que o art. 20 complementa o já disposto no CPC.

Diante da regra, qualquer decisão que faça referência expressa a princípios como dignidade da pessoa humana, economicidade, moralidade, impessoalidade, proporcionalidade, isonomia, interesse público, razoabilidade, moralidade, precaução, dentre outros, precisa estar acompanhada de um esforço argumentativo “no sentido não apenas de demonstrar a conformação do conceito indeterminado com o caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC), mas também de avaliar as consequências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado”.⁵⁴⁴

Esta classificação normativa tem lugar especial no controle judicial das políticas públicas, seara em que a motivação da decisão proferida pelo órgão julgador, pela própria natureza do direito a ser ou não assegurado, é permeada de razões de cunho eminentemente principiológico.

⁵⁴¹ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020, p. 27.

⁵⁴² “Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam. Isso não é pouco na nossa realidade – ainda que não seja metodologicamente inovador”. Idem.

⁵⁴³ “Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

⁵⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 149.

Diante do mandamento posto pela LINDB, a simples pertinência do princípio ao caso concreto não é bastante para justificar a solução específica encontrada pelo julgador, sendo indispensável a este “formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos”.

O art. 20 inaugura o postulado hermenêutico do pragmatismo no direito brasileiro, segundo o qual “as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto”.⁵⁴⁵ Neste cenário, não basta ao julgador enunciar qual é o princípio aplicado ao caso,⁵⁴⁶ “é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas”.⁵⁴⁷

A norma hermenêutica a qual impõe ao julgador o art. 20 da LINDB pode ser consubstanciada em duas em duas obrigações, quando diante de princípios normativos: “(i) buscar os possíveis sentidos do texto e sopesá-los considerando as consequências práticas decorrentes de cada um deles”; e (ii) à luz das consequências possíveis, definir o sentido que será atribuído ao conceito indeterminado”.⁵⁴⁸

No controle judicial das políticas públicas, a regra vem impor o necessário respeito ao regime democrático delineado na Constituição de 1988. Não pode o julgador, ainda que “na melhor das intensões”, ignorar o planejamento orçamentário democrático, o espaço legítimo de discricionariedade do administrador estatal, a isonomia e a separação de poderes, numa “canetada”.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 150.

⁵⁴⁶ “Não basta, por exemplo, que o magistrado invoque o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema – que muitas vezes podem ser reproduzidas em tantos outros casos semelhantes –, para deferir a determinado paciente tratamento em hospital particular às custas do Estado ou para determinar o seu internamento imediato em hospital público sem respeitar os critérios de regulação. É preciso que o magistrado considere e trate expressamente das consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar no orçamento e na execução de outros projetos ligados à saúde ou quanto aos reflexos que pode gerar em relação a outros pacientes do sistema de saúde que aguardam na fila da regulação uma oportunidade de atendimento”. Ibidem, p. 149.

⁵⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020, p. 23.

⁵⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 149.

É preciso “respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito”.⁵⁴⁹

Uma decisão judicial que determina o implemento ou o custeio de uma política pública pelo Poder Executivo, especialmente se motivada em princípios abstratos, precisa enunciar as possíveis soluções, visualizar custos, impactos e consequências, para ao final, decidir por uma das alternativas possíveis. Este processo precisa ser claro, inteligível e transparente.⁵⁵⁰ Sob pena de nulidade, ainda que tal consequência não conste expressamente do texto da lei.⁵⁵¹

3.2.2 A consequência como dever de motivação da decisão judicial

O segundo pressuposto emanado pela norma constante no art. 20 da LINDB, diz respeito ao dever específico de motivação judicial, que é imposto ao julgador. A obrigatoriedade de que ao decidir, que o órgão torne explícito na sua fundamentação o caminho racional percorrido até o resultado decisório.⁵⁵²

O fenômeno de atuação das normas no campo social comporta três momentos distintos: primeiro o da formulação abstrata dos preceitos normativos; o segundo, da definição da norma aplicável ao caso concreto; e o terceiro, que é o da execução da norma individualizada escolhida como aplicável ao caso concreto.⁵⁵³

A formulação das normas em abstrato – primeiro momento de atuação das normas – é atividade pública monopolizada pelo Estado-legislador. Já a definição da norma em concreto, pela identificação da norma individualizada que se formou na incidência da norma em abstrato, bem como, sua execução – segundo e terceiro

⁵⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. Op. Cit., p. 206.

⁵⁵⁰ “É assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle”. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Op. Cit., p. 23.

⁵⁵¹ MENDONÇA, João Vicente Santos de. Op. Cit., p. 32.

⁵⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 151.

⁵⁵³ ZAVASCKY, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 219-131, 2003. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73075/41260>>. Acesso em: 20 jan. 2020, p. 220.

momentos de atuação das normas, respectivamente – são atividades que não demandam, necessariamente, a atuação do Estado.⁵⁵⁴

Numa farmácia, por exemplo, ao vender um medicamento, comprador e vendedor identificam de plano a norma jurídica individualizada ao caso (o contrato de compra e venda, como instrumento regulador da relação jurídica), efetuado o pagamento pelo comprador ao vendedor, há a tradição do bem, entrega do medicamento pelo vendedor ao comprador, ocasião em que se promove a execução da norma individualizada. Num curto intervalo de tempo houve pelos sujeitos a identificação e eleição da norma individualizada aplicável ao caso, bem como, a execução da norma, sem que tenha havido a necessidade de atuação do Estado.

A intervenção estatal será necessária quando a definição da norma individualizada ao caso, ou a sua execução, não se desenvolvem de forma voluntária.⁵⁵⁵ Em políticas públicas, mencionada divergência é bastante comum.

Ao procurar a rede pública de saúde requerendo uma vacina contra uma doença específica, o cidadão pode ter seu pleito negado pela Administração Pública ao argumento de que: (i) não tem direito à imunização pleiteada (divergência quanto a definição da norma aplicável ao caso); ou, (ii) que a Administração, apesar de reconhecer o direito do cidadão à vacina, não dispõe da mesma no estoque público (divergência quanto ao momento de execução da norma).

Evidenciada a crise o Poder Judiciário, se provocado, será aquele que vai definir, mediante atividade de cognição, o conteúdo da norma jurídica individualizada, “indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto”,⁵⁵⁶ e a forma de execução da norma jurídica.

Por esta razão, é correto afirmar que a sentença é ato jurídico dotado de uma norma jurídica individualizada, “ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material”.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 221.

⁵⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. In: **Coletânea em comemoração aos quinze anos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU)**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2020, p. 2.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 3.

⁵⁵⁷ Idem.

A formulação pelo Estado-juiz da norma jurídica individualizada ao caso concreto lhe exige uma postura ativa.⁵⁵⁸ Não basta ao juízo promover a aplicação pura e simples da norma geral em abstrato ao caso concreto. O pós-positivismo do Estado constitucional lhe obriga a compreensão das particularidades do caso, para encontrar na norma geral e abstrata à solução adequada e conforme aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O julgador deve dar então, à norma geral e abstrata, uma interpretação conforme ao texto constitucional, exercendo sobre ela o controle de constitucionalidade, se for o caso, viabilizando ainda, a melhor forma de tutelar e fazer fruir os direitos fundamentais.⁵⁵⁹ “Quando o juiz dá uma interpretação à lei conforme à Constituição ou a reputa inconstitucional, ele cria uma norma jurídica para justificar a sua decisão”, que é o resultado da sua interpretação do texto da lei e da sua conformidade com o texto constitucional.⁵⁶⁰

Ao se deparar com a querela judicial, o julgador deve compreender o sentido dos fatos que deram origem a causa, afim de observar qual lei lhe é aplicável. Identificada a norma, esta deve ser submetida à interpretação conforme ao texto da Constituição, de modo a vincular-se aos princípios por ela emanados, e não ofender os direitos fundamentais por ela tutelados.⁵⁶¹ Desta forma, o julgador cria uma norma jurídica aplicável ao caso concreto, que vai servir de fundamento ao pronunciamento judicial.⁵⁶² É por meio desse processo, que se tem a solução da crise de identificação/execução da norma em abstrato.⁵⁶³

O postulado do dever da motivação decorre da necessidade de que o magistrado confira legitimidade à tarefa de criação normativa no caso concreto. Não

⁵⁵⁸ FERREIRA, Daniel; DENCZUK, Tatiana. Op. Cit. p., 6.

⁵⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo**. Volume 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 82.

⁵⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 4.

⁵⁶¹ Idem.

⁵⁶² “Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele reconstrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 82.

⁵⁶³ ZAVASCKY, Teori Albino. Op. Cit., p. 221-222.

pode o julgador se desincumbir do dever de justificar o modo como se deu a formação da sua convicção, e de enunciar as razões que motivam a sua decisão.⁵⁶⁴

Este dever decorre ainda, da garantia da motivação das decisões judiciais ter sido alçada na Constituição de 1988 à categoria de direito fundamental do jurisdicionado.⁵⁶⁵ Nelson Nery Jr comenta que nesta garantia o texto constitucional, destoando da sua linha principiológica e descritiva, prescreve uma sanção para decisões judiciais desmotivadas: a pena de nulidade.⁵⁶⁶

Mesmo que não houvesse no texto da Constituição de 1988 a expressa disposição pela obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, “o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito”.⁵⁶⁷

Nesse sentido, duas são as funções que podem ser observadas na exigência de fundamentação das decisões. A primeira seria uma função *endoprocessual*, quando a fundamentação permite as partes, por meio das razões declinadas pelo magistrado, aferir se foi realizada uma análise apurada da causa, permitindo o controle da decisão, pelo manejo dos recursos processuais cabíveis. A fundamentação teria então a finalidade de facilitar a impugnação e o juízo da impugnação, numa eventual instância superior.⁵⁶⁸

A segunda função atrelada ao dever de fundamentação das decisões judiciais é a *extraprocessual*: a possibilidade do “controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada”.⁵⁶⁹ O Poder Judiciário no Estado brasileiro, exerce parcela do poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), que tem o povo como titular, nos termos em que estabelece a Constituição de 1988.⁵⁷⁰ Os destinatários da fundamentação das

⁵⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Coyoacán: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. Disponível em: <<https://www.te.gob.mx/publicaciones/contenidos/405>>. Acesso em 03 jan. 2020, p. 103.

⁵⁶⁵ “Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁵⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 176.

⁵⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 4.

⁵⁶⁸ TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 103-104.

⁵⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 5.

⁵⁷⁰ “Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

decisões judiciais são as partes do processo, mas também a opinião pública, possibilitando a esta a possibilidade de controle do exercício do poder⁵⁷¹ – e por meio deste controle, quiçá poder formular propostas de alterações legislativas, como a que se deu com o art. 20 da LINDB.

Em todos os casos, será necessário então que decline o julgador o modo como se chegou a decisão. A norma jurídica criada para o caso concreto, parte integrante da fundamentação do julgado (dispositivo), deve enunciar o que se denomina como *ratio decidendi* – as razões e justificativas da decisão. A opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual “a decisão não teria sido proferida como foi”.⁵⁷²

É na *ratio decidendi*, em particular, que reside a principal alteração provocada pelo art. 20 da LINDB, ao passo que o texto da lei retira a opção hermenêutica da margem de discricionariedade do julgador, que obrigatoriamente “deve considerar as consequências práticas dos sentidos possíveis que podem ser atribuídos ao texto normativo de conteúdo aberto”.⁵⁷³

Mas somente considerar as consequências não basta. É necessário que o julgador demonstre o caminho percorrido, explicita o raciocínio que culminou na decisão prolatada e justifique o porque daquela opção ser melhor que as outras consideradas. Na dicção do parágrafo único do art. 20 da LINDB a “motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

O método de decisão judicial deve apurar o princípio normativo que regula o caso concreto, os possíveis sentidos e consequências deles decorrentes, para justificar a escolha da solução que, comparada a todas as outras disponíveis para o caso, demonstre ser a medida necessária e adequada, em outras palavras, a medida que demonstre ser a mais proporcional. “Isso vale para qualquer solução a que se chegue: imposição de prestação (fazer, não fazer ou pagar quantia), tutela declaratória ou tutela constitutiva (como a invalidação de ato jurídico, por exemplo)”.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 104.

⁵⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 10.

⁵⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 151.

⁵⁷⁴ Idem.

O que se pretende com a redação do art. 20 da LINDB é uma padronização de critério hermenêutico de racionalidade, a ser empregado sempre que se decidir com base em princípios.

Esta mudança é de fundamental importância não só no contexto do controle judicial das políticas públicas, mas na própria lógica de precedentes, que demanda a detida análise da *ratio decidendi*,⁵⁷⁵ das razões que culminaram na norma jurídica criada pelo magistrado diante do caso concreto,⁵⁷⁶ nos termos da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.⁵⁷⁷

O próprio CPC/2015 já dispunha de regra a impor que o uso pelo julgador de conceitos jurídicos indeterminados, só pode ser admitido mediante a explicação do motivo concreto de sua incidência.⁵⁷⁸ O art. 20 da LINDB inclui mais uma regra especial de fundamentação ao exigir “que fique claro que o julgador considerou as consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ “Quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 13.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 84.

⁵⁷⁷ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

⁵⁷⁸ “Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

⁵⁷⁹ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 152.

Neste cenário, parece razoável considerar que no controle judicial das políticas públicas é indispensável o uso dos postulados hermenêuticos e de motivação estatuídos pelo art. 20 da LINDB. Especialmente, quando o controle de políticas públicas via Judiciário se dá, na maioria dos seus casos, motivada em princípios constitucionais, como a vedação ao retrocesso social.

O controle judicial das políticas públicas não pode se dar tão somente com base na menção e identificação do princípio violado, a determinar a restauração da ordem violada. É necessário delinear como e o que fazer depois dessa fase; o modo de execução da norma criada pelo magistrado. É preciso avaliar, dentre outros, se há recursos financeiros disponíveis, que parte do orçamento será comprometida para o cumprimento da decisão judicial, e de que forma isso será feito, analisando ainda a opção escolhida, diante de todas as demais possíveis na solução do caso.

A decisão judicial em políticas públicas deve reconhecer e dar relevo as escolhas realizadas pela via orçamentária, inclusive se esta escolha for pelo não implemento de determinada política pública. Nesse sentido, com base na ponderação e no julgamento particular do atendimento das prioridades constitucionais, cabe ao magistrado demonstrar por qual razão aquela escolha não se coaduna com o direito. Especialmente, quando ao interferir no orçamento, está o Judiciário negando as escolhas realizadas pelo próprio povo. Somente desta constatação, já seria razoável exigir o mínimo de fundamentação por parte do Estado Juiz.

A atuação judicial deve ser pautada nos parâmetros de isonomia material, servido de elemento a preservar a igualdade entre os indivíduos; e na separação dos poderes, lhe sendo vedado planejar ou executar políticas públicas. O judiciário não pode assegurar a um indivíduo o que é negado pelo Estado a outro, em condição de igualdade. Não pode ainda substituir o Poder Executivo na função de planejamento e criação de determinada política pública, tarefa reservada ao administrador estatal eleito.

Para além destas determinações, a decisão judicial que interferir em políticas públicas tem a obrigação de considerar as suas consequências práticas. A justificativa precisa constar a razão da interferência, inclusive, em relação a outras possibilidades disponíveis ao Juízo; e deve conservar sempre o devido respeito as escolhas alocativas de recursos financeiros realizadas pelo povo, a fazer fruir os direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como considerar o Estado como obrigado a prestar serviços públicos aos seus cidadãos, sem revisitar os marcos teóricos fundantes da organização e divisão do poder político. A sociedade moderna, que nasce com a Revolução Francesa e sua teoria liberal, foi a responsável por dar cabo do modelo absolutista de Estado. Se antes os poderes estatais se concentravam nas mãos do soberano, com o liberalismo emerge a preocupação extremada da necessidade de separar o jardim da praça. A noção religiosa de que quanto maior o Estado, mais frágil é a liberdade.

Amparada neste dogma que a sociedade moderna foi capaz de abolir a escravidão, bem como, promover a tolerância religiosa, a liberdade de imprensa, a representação por meio do voto, constituições escritas e o livre comércio, sendo o último responsável pelo desenvolvimento humano e tecnológico em larga escala, jamais visto na história da humanidade. Mas com emprego da teoria liberal também vieram problemas. E não foram poucos.

A destruição dos modos antigos de vida da população, o êxodo rural, o agigantamento dos centros urbanos, o surgimento do proletariado, o trabalho feminino e infantil em condições sub-humanas, a concentração de renda e a pobreza, além das duas grandes guerras, foram todas graves situações causadas no esteio da consolidação dos Estados liberais. Fatos que escaparam aos dedos das mãos invisíveis do mercado.

O Estado providência nasce na ideia da compensação. É pautado na necessidade de o Estado atenuar as consequências mais perniciosas do capitalismo, no objetivo de transformar a igualdade formal em igualdade material, que é qualificada pelo social. Neste contexto, há o abandono do dogma do Estado mínimo e a consolidação do Estado como provedor e prestador de serviços públicos, com vias de atenuar a desigualdade social. Em qualquer estudo sobre serviços públicos que se vá empreender, esta lógica jamais pode se perder de vista.

Com o Estado Social a Constituição passa a ocupar o lugar de norma jurídica fundante da sociedade, superior a todo ordenamento. Nasce ainda no esteio deste ideal, a justiça constitucional, responsável pela guarida do texto constitucional e da vontade do povo. Estas transformações somente foram possíveis, por meio de uma

gradativa revolução de direitos, a conquista pela sociedade nas três dimensões de direitos fundamentais.

A revolução de direitos, nas dimensões de direitos fundamentais, somente fora possível por meio do princípio da vedação ao retrocesso social. A ideia de que sempre que a sociedade conquista determinado direito perante o Estado, seja de oposição ou de prestação, este direito não pode mais ser suprimido. O princípio da vedação ao retrocesso social vincula a atuação de todos os poderes do Estado e advoga que atenta contra o próprio texto constitucional, qualquer iniciativa tendente a fazer retroagir direitos já implementados, seja pela via legislativa, seja pelas ações do Executivo, ou ainda, pelo Poder Judiciário.

E estas transformações somente foram possíveis através da própria Constituição, que para que possa ser denominada como tal, deve necessariamente conter direitos fundamentais e assegurar a separação entre os poderes do Estado. A leitura de que os mandamentos constitucionais são a vontade expressa do povo, e que precisam ser cumpridos por todos os agentes do Estado.

No Brasil a democracia constitucional demorou a vigorar. Foi somente em 1988 que a Constituição foi alçada a categoria de norma jurídica superior, com força vinculante – antes dela houveram outras tentativas democráticas pela construção de um autêntico Estado de bem-estar social, como em 1934 e 1946, ambas postas a termo após curto tempo em vigor, por meio de golpes de Estado.

A Constituição de 1988 é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, que emerge como princípio constitucional estruturante de todo ordenamento jurídico. Tem como objetivo valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa, mas também assegurar a todos a existência digna e a justiça social, numa clara qualificação do interesse individual pela preocupação com o social.

Neste sentido, assegura o direito de propriedade, mas condiciona o seu exercício ao cumprimento da função social. Estabelece a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, mas em contrapartida reconhece como princípios a necessidade de proteção do consumidor e do meio ambiente, bem como, consigna o compromisso pela redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. É dizer que o desempenho de qualquer atividade econômica resta subordinado aos interesses sociais colocados como contrapartidas para o seu exercício.

Mas não somente isto, o texto constitucional é dotado de uma vigorosa declaração de direitos de prestação: saúde, educação, moradia, trabalho, esporte, cultura, dentre outros. A Constituição de 1988 obriga o resgate da dívida social brasileira com seu povo, por meio da formulação e implementação de políticas públicas aptas a atingir, gradualmente, os objetivos declarados no texto.

Diante deste cenário de positivação de direitos fundamentais sociais, é inegável que a Constituição de 1988 impõe a observância do princípio da vedação ao retrocesso social. É dizer que o mandamento constitucional se dá por uma implementação contínua e progressiva dos direitos fundamentais sociais, que vincula tanto o legislador, quanto os demais órgãos do Estado, e que veda qualquer iniciativa tendente a suprimir por completo estas garantias.

Diferentemente da experiência dos países do hemisfério norte, a democracia brasileira não experimentou de forma gradativa a evolução das três dimensões direitos fundamentais. Do contrário, a previsão em sede constitucional dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão se deu por meio de uma abrupta positivação, após um longo período ditatorial, num único momento de sua história: a Constituição de 1988.

É certo que os direitos fundamentais ora previstos demandam investimentos públicos. Tanto a implementação, quanto a manutenção de direitos, impõem um custo aos cofres do Estado, seja para assegurar a liberdade, seja para promover a igualdade material entre os cidadãos. Independente da técnica legislativa ou hermenêutica que se pretenda utilizar, os recursos financeiros a suportar políticas públicas não brotam do nada: os direitos não nascem em árvores.

No caso do Brasil, tanto a implementação, quanto a manutenção destes direitos, encontra óbice, ainda, no próprio contexto periférico em que se encontra a democracia brasileira, onde o capitalismo se estabeleceu tardiamente. Os problemas são diversos: restrições orçamentárias, elevado déficit público, atraso industrial fruto da ineficiência, a ausência de investimentos estatais, dentre outros.

Reconhecendo este cenário, que impôs a Constituição de 1988 o planejamento imperativo, em que coloca a gestão do orçamento como mecanismo de orientação de toda a atividade do Estado. Nesta perspectiva, não pode haver despesa estatal que não esteja legalmente autorizada, ao passo que é vedado ao Estado a busca por recursos que não estejam conexos com suas necessidades financeiras.

Na Constituição de 1988 se consolida a ideia de se ter na gestão orçamentária e no próprio orçamento um instrumento capaz de fazer fruir os direitos fundamentais, proporcionando aos indivíduos o acesso ao bem-estar. O processo de gestão orçamentária compreende as funções de planejamento, execução, controle e avaliação, sempre em caráter cíclico e permanente, de modo a racionalizar a aplicação de recursos por parte do Estado.

Como não há recurso financeiro do Estado para fazer fruir todos os direitos, mediante investimento público, é necessário que se façam escolhas. E essas escolhas são sempre trágicas, quando o prestígio de um direito levará ao sacrifício ou restrição de outros direitos. O processo orçamentário funciona então como um funil que estabelece, dentre uma infinidade de opções, quais direitos fundamentais serão implementados ou mantidos pelo Estado.

A escolha sobre qual direito garantir e qual deixar de lado será sempre do povo, garantida na forma do processo democrático. Os cidadãos elegem seus representantes para o Executivo, com base no plano de governo que julga o mais adequado. O representante eleito, elabora proposta orçamentária, que em tese, deve guardar conexão com seu plano de governo, priorizando as políticas públicas de acordo com o que prometeu em campanha. Submetida a lei orçamentária ao Parlamento, este tem a função de aprovar a proposta, fazendo ainda as emendas que julgar relevantes, devolvendo o texto para a sanção.

A tríade do sistema orçamentário brasileiro, materializada no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual representa verdadeira expressão de processo democrático, quando tem resultado no embate das diferentes opiniões, interesses e desejos de toda a sociedade. A ela se soma a ferramenta do Orçamento Participativo, que possibilita o controle direto pelo cidadão, das ações financeiras e de investimento do Estado, além de possibilitar a ele a oportunidade de participar do processo decisório.

A peça orçamentária se caracteriza como resultado do embate democrático, o que confere legitimidade a todo o processo. Se as escolhas de investimento estatal são do povo, o processo orçamentário precisa ser compreendido como sua mais fiel manifestação democrática. Encarar o orçamento público com seriedade é o primeiro passo que deve ser empreendido quando na análise e no controle das políticas públicas desempenhadas pelo Estado.

O orçamento, por sua vez, é o somente o primeiro passo na concretização de políticas públicas. São inúmeros os fatores que podem obstar a sua concretização, como a existência de leis específicas, disciplinando o modo de implemento de determinada política pública, questões de natureza fiscal, como a não realização da receita planejada para o período, e, em última análise, a discricionariedade do administrador público em implementar determinada política pública, realizando ou não a despesa planejada.

As escolhas realizadas pelo povo, tanto na definição das áreas prioritárias de investimento, quanto na forma de efetivamente implementar a política pública, precisam atender aos critérios de prioridade estabelecidos em sede constitucional. A Constituição de 1988 concede primazia à realização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, aptos a promover a todos uma vida com dignidade. Desta forma, saúde, educação, moradia, trabalho, esporte, cultura, dentre outros, tem preferência na fila de realizações das políticas públicas.

Implementada determinada política pública, a assegurar a fruição de um direito fundamental, não é possível mais haver o retrocesso naquela matéria. Sempre que observada a falha de planejamento ou execução de uma política pública, com base na escala de prioridades definida na Constituição de 1988, o Poder Judiciário pode, legitimamente, ser provocado a determinar reintegrar a ordem violada. O núcleo essencial do direito fundamental é constitucionalmente protegido.

O controle judicial das políticas públicas deve se dar, por sua vez, nas balizas da isonomia e da separação de poderes de um lado, e da vedação ao retrocesso social de outro. A decisão judicial que interfere numa política pública deve privilegiar a igualdade material entre os indivíduos, não assegurando a um, o que a outro é negado em condições de igualdade, deve assegurar também a separação de poderes, quando o Judiciário não planeja nem executa políticas públicas.

É necessário ainda, que o julgador considere as consequências práticas da decisão judicial, especialmente em relação ao orçamento e a escala de prioridades das políticas públicas. Não é suficiente a criação da norma no caso concreto, é necessário descrever as razões que o levaram a sua criação, bem como, especificar o modo menos gravoso de sua execução, respeitando, até onde seja possível, as escolhas alocativas realizadas pela sociedade, na definição de prioridades de fruição dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

AMARAL, Marcelo Quevedo Do. A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.706-724. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4620/3497>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/87373>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

ARISTÓTELES, De Anima. **Política**. Tradução, introdução e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____.; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76863>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BALDO, Rafael Antonio. Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.689-705. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4616/3502>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: **Os pensadores**: Jeremy Bentham, John Stuart Mill. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BEVERIDGE, William. **Social insurance and allied services**. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

BEZNOS, Clovis. A LINDB. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel; revisão técnica da tradução José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo, Ícone, 2011.

BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, n. 3. (2015). Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

Bolsonaro diz que livros didáticos têm “muita coisa escrita”. **Exame**, São Paulo, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-diz-que-livros-didaticos-tem-muita-coisa-escrita/>>. Acesso 04 de jan. 2020.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; AGRA, Walber de Moura. **A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n.2, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=78856&p=62> Acesso: 30 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2008.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. Direitos sociais como fundamentais: um difícil diálogo no Brasil. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 429-455, jul-dez. 2017. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/7962/3673>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional - Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-5-DF**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193/>>. Acesso 05 de dez. 2017.

_____. **EMI nº 00083/2016 MF MPDG**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2016/83.htm> Acesso em: 28 nov. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. _____, (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W.W. Norton, 1978.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

_____. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANZIAN, Fernando. Diferença de rendimentos entre pobres e ricos é recorde, aponta IBGE. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 out. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/diferenca-de-rendimentos-entre-pobres-e-ricos-e-recorde.shtml>>. Acesso 04 de dez. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Sergio Antônio Fabris Editor. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre. 1999.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das Políticas Públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-18, jan-jun. 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/5132/3542>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Doutrinas essenciais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 54, jan. (2006). Disponível em: <https://www.academia.edu/12141687/A_efic%C3%A1cia_dos_direitos_fundamentais_sociais>. Acesso: 30 dez. 2019.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O “novo” constitucionalismo em tempos de austeridade fiscal e o papel das cortes constitucionais no Brasil e em Portugal. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 32-75, jul-dez. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/8635/5627>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

COLÔMBIA. Sentencia C-931/04. **Corte Constitucional República de Colômbia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-931-04.htm/>>. Acesso 04 de dez. 2017.

COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: Carlos Guilherme Mota (org.). **Brasil em Perspectiva**, 11. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1980.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUNCIL OF EUROPE. **La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica**. Comissioner For Human Rights. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806da858>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

CRISTÓVAM, Jorge Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. **Estado, Política Econômica e Cultura Desenvolvimentista: o caso do Banco de Desenvolvimento do Paraná S.A.** 2005. 381 f., il. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

DAL BOSCO, Maria Goretti; DALLA VALLE, Paulo Roberto. Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2006, Manaus - AM. Anais do XIV Conpedi, 2006. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. In: **Coletânea em comemoração aos quinze anos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU)**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2020.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019, p. 151. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068/799>>. Acesso 04 de dez. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos de direito constitucional**. Volume 1. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e Direitos Sociais: uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, p. 27-50, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557/271>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/309/280>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____; DENCZUK, Tatiana. A quem aproveita, afinal, a judicialização de políticas públicas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 22, n.1, p. 13-38, jan./fev. 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [E-book].

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

_____. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coords.). **Temas fundamentais de direito**. São Paulo: RT, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 12. ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2003.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. Reinterpretação dos Direitos Fundamentais realizada pelo Supremo Tribunal Federal: equívocos e desacertos. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 149-174, jul-dez. 2016. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/6379/3347>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

GOUVÊA, Marco Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Governo Temer tem reprovação de 71% e aprovação de 5%, diz Datafolha. **Valor Econômico**, São Paulo, 03 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5215859/governo-temer-tem-reprovacao-de-71-e-aprovacao-de-5-diz-datafolha>>. Acesso 04 de dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**,

Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. Ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HILLBRECHT, Ronald Otto. Metas de inflação e política fiscal. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/798/8168>> Acesso em: 28 mar. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck; tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEINS, Cass Robert. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012.

KRAMER, Larry. **The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**: sobre a condição dos operários (15/05/1891). Disponível em: <http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso 11 jan. 2020.

LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.766-780. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4885/3641>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

LIBERTATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; PIERRE, Victor Hugo Lessa; COSTA, Carlos Eugênio Silva da; ALMEIDA, Daniel Cabral de. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 50, p. 414-441, 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2557/1521>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO JR, José Teixeira. **Teoria e prática do orçamento municipal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Tradução de Luis de Moura e. Maria de Moura. Brasília: UnB, 1982.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte; tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo**. Volume 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos; Moinho do Verbo, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O limite dos limites. In: _____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, João Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A crise do Estado e a perspectiva de Luigi Ferrajoli sobre a crise da democracia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 59-82, jul./dez. 2013.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

MILL, John Stuart. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. Traduções de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. In: **Os pensadores**: Jeremy Bentham, John Stuart Mill. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, eficiência e controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As estruturas do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 59-85, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/609>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

NAUD, Leda Maria Cardoso. Estado de sítio – 1ª parte. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 5, pp. 134-180, mar. 1965ª.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. **Em Defesa do Tribunal Constitucional**: Resposta aos Críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NUNES, Selene Peres P.; NUNES, Ricardo da Costa. Relacionamento entre Tesouro Nacional e Banco Central: Aspectos da coordenação entre as políticas fiscal e monetária no Brasil. **IV Prêmio Tesouro Nacional**. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/ivpremio/divida/2afdpIVPTN/NUNES_Selene_NUNES_Ricardo.pdf> Acesso em: 05 dez. 2017.

OSTRY, Jonathan David; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. **Neoliberalism: Oversold?**. Finance & Development. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos Humanos, Constituição e Democracia na Nação e no Mundo. **Nomos**. Fortaleza, v. 20, p. 21-32, jan./dez., 2006.

PASSEROTTI, Denis Camargo. **O Orçamento como Instrumento de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Blucher, 2017.

PAULINO, Mauro; JANONI, Alessandro. Núcleo duro de apoio a Bolsonaro é de 12% da população, aponta Datafolha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/nucleo-duro-de-apoio-a-bolsonaro-e-de-12-da-populacao-aponta-datafolha.shtml>>. Acesso 04 de dez. 2019.

PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica razoável. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PILLAY, Ariranga Govindasamy. **Letter dated 16 May 2012 addressed by the Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to States parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_SUS_6395_E.doc> Acesso em: 28 nov. 2018.

PINTO, Élda Graziane. **Financiamento de Direitos Fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União pós-Plano Real. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **O Estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIRES, Valdemir. **Orçamento participativo**. Barueri: Manole, 2001.

REZENDE, Maria José. **A Ditadura Militar No Brasil**: Repressão e Pretensão de Legitimidade. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 2001.

RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antonio Furtado de. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, p. 51-71, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/505/267>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

RODRIGUES, Leo. Vacina que resguarda bebês contra 5 doenças está em falta em vários postos. **Saúde Abril**, São Paulo, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/familia/vacina-que-resguarda-bebes-contras-5-doencas-esta-em-falta-em-varios-postos/>>. Acesso 04 de dez. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. Tradução Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. São Paulo: Ática, 1989.

SAAD, Amauri Feres. **Do controle da Administração Pública**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAMPAIO, Cristiane. Teto dos gastos atinge direitos fundamentais, diz procuradora. **Brasil De Fato**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/10/09/teto-dos-gastos-atinge-direitos-fundamentais-diz-procuradora/>>. Acesso 04 de dez. 2017.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. Crítica do protagonismo do Poder Judiciário. O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sóciojurídicas**, Santo Ângelo, v. 17, n. 29, p. 197-230, nov. 2017. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2375/1076>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido en el derecho. Madrid/Bogotá: Trotá/Ilsa, 2009.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle (org.). **Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Brasília: América Jurídica, 2002, p. 225.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de Um Constitucionalismo Dirigente Possível. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, Salvador, v. 15, p. 1-38, set./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel>>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 21.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e vedação ao retrocesso social**. 2009. 214 f., il. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p.211. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. **Os princípios orçamentários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11898/6_000040649.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SILVEIRA, Delfim Mendes. **Orçamento e planificação**. Porto Alegre: Sulina, 1960.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 76, p. 43-56, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SKIDMORE, Thomas Elliot. **Brasil: de Castelo a Tancredo: 1964 - 1985**. Tradução de Mário Salviano Silva. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

SMITH, Adam. Investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações. Tradução Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira. In: **Os pensadores**: Adam Smith, David Ricardo. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (orgs.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Coyoacán: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. Disponível em: <<https://www.te.gob.mx/publicaciones/contenidos/405>>. Acesso em 03 jan. 2020.

TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. **Revista de Direito**

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14080>>. Acesso em: 07 set. 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

UN. Report on austerity measures and economic and social rights. **United Nations**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82_en.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

URQUHART CADEMARTORI, Luiz Henrique; SOLERA GAGLIARDI, Luiza Roberta. A relação convergente entre direitos fundamentais e a organização setorial da atividade administrativa. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 176-188, abr. 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2328>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do Orçamento Participativo. In: COELHO, Vera Schattan Ruas Pereira; NOBRE, Marcos (Orgs.). **Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34 Letras, 2004.

WALDRON, Jeremy. The Core Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. Vol. 115, n.6, pp. 1346-1406, apr., 2006.

WAMPLER, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: “boas práticas” devem ser promovidas?. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, p. 65-95, 22 out. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641268>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custo ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAVASCKY, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 219-131, 2003. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73075/41260>>. Acesso em: 20 jan. 2020.