



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

Mestrado em Direito

**SEPARAÇÃO DE PODERES E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA
POLÍTICA: CONTROLE JURISDICIONAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO**

ALESSANDRA ALMADA DE HOLLANDA

RIO DE JANEIRO

2014

ALESSANDRA ALMADA DE HOLLANDA

SEPARAÇÃO DE PODERES E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA
POLÍTICA: CONTROLE JURISDICIONAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

RIO DE JANEIRO
2014

ALESSANDRA ALMADA DE HOLLANDA

Esta dissertação foi julgada adequada para à obtenção do grau Mestre em Direito e Políticas públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2014.

Professor Dr. Celso de Albuquerque Silva

Professor orientador

Universidade federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. Manoel Messias Peixinho

Professor convidado

Pontífca Universidade Católica – PUC/RJ

Professor Dr. Fernando Quintana

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Coraly Almada Alves e Franz de Hollanda, e ao meu irmão, Victor Almada de Hollanda, por sempre me apoiarem incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a saudosa *Professora Dra. Miriam Fontenelle*, por seus esforços infindáveis para que este Curso de Mestrado se realizar, bem como *Cristiane Buosi*, minha amiga e colega de turma, que sempre acreditou na minha perseverança. Ambas estão em nossa memória e deixam saudades.

Aos *professores e colegas*, que hoje considero meus amigos, por toda ajuda e compreensão que me permitiram chegar até aqui. À minha *família*, por me apoiarem incondicionalmente.

Ao meu Professor Orientador, *Dr. Celso de Albuquerque Silva*, por aceitar o desafio de me orientar, dividindo muito do seu conhecimento acadêmico, através de suas ricas colaborações, além disso, sempre me dizendo que “dissertação boa é dissertação concluída”, conselho do qual segui e, por este motivo, consegui concluir minha dissertação.

Ao *Professor Dr. Manoel Messias Peixinho*, por ter aceitado convite em participar da minha banca examinadora para obtenção do grau de Mestre.

Ao *Professor Dr. Fernando Quintana*, por suas indicações metodológicas e bibliográficas na defesa da qualificação do projeto de dissertação, que muitas delas foram utilizadas neste trabalho.

E a todos os outros, que de alguma forma contribuíram para que esta dissertação fosse concluída.

“Nem tudo é verdadeiro; mas em todo lugar e a todo momento existe uma verdade a ser vista e a ser dita, uma verdade talvez, adormecida, mas que, no entanto está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada, a nós, cabe achar boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ele está presente aqui e em todo lugar.”

(FOUCAULT, 1982)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as questões atinentes ao orçamento público e judicialização das políticas públicas. Na primeira parte se discorre sobre a separação de poderes na visão clássica de Locke, Montesquieu e dos Federalistas. A segunda parte aborda o processo histórico de constitucionalização dos direitos sociais, com ênfase na Constituição de Weimar de 1919 e um modelo de separação de poderes no qual se reconhece o novo papel do Judiciário na sociedade contemporânea de defensor dos direitos fundamentais da pessoa humana. A terceira parte trata do conceito, função, natureza e controle do orçamento público, especialmente do papel que ele exerce como um instrumento para o fortalecimento de uma democracia participativa. Na quarta parte do trabalho sob o influxo da força normativa dos direitos sociais, da obrigatoriedade do orçamento atender ao mínimo existencial e da função judicial de garantidor desses direitos, se analisa as possibilidades, os limites e as formas de intervenção do judiciário na implementação das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais Fundamentais; Mínimo Existencial; Reserva do Possível; Judicialização da política.

SEPARATION OF POWERS AND JUDICIAL INTERVENTION IN POLITICS:
CONSTITUTIONAL CONTROL AND PUBLIC BUDGET

ABSTRACT

This paper aims to examine the issues relating to the public budget and judicialization of public policy. The first part discourses about the separation of powers in the classical view of Locke, Montesquieu and the Federalists. The second part addresses the social rights constitutionalization historical process, with emphasis on the 1919 Weimar Constitution and a separation of powers model which recognizes the new role of the judiciary in contemporary society as a defensor of social rights of the human person. The third part deals with the concept, function, nature and control of public budget, especially the role it plays as an instrument for strengthening a participatory democracy. In the fourth part of the work, under the influence of social rights's normative force, the budget's obligation to meet the existential minimum, and the judicial function as guarantor of those rights, are analyzed the possibilities, limits and forms of judicial intervention in public policy implementation.

KEYWORDS: Fundamental Social Rights; Existential Minimum, The Possible Reserves; Judicialization of Policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS MODELOS DA DIVISÃO DE PODERES	17
1.1 A necessidade da separação do Poder Legislativo do Executivo	20
1.2 A modernização da Teoria da Separação dos Poderes	25
1.3 A coordenação dos Poderes	28
1.4 Considerações finais	33
2 A SEPARAÇÃO DE PODERES DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	37
2.1 Os direitos sociais e a Constituição de Weimar de 1919.....	41
2.2 Os direitos sociais: conceito de direitos fundamentais sociais	44
2.2.1 Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial	48
2.2.2 Direitos fundamentais sociais e a reserva do possível	50
2.2.3 Direitos fundamentais sociais básicos, reserva do possível e o mínimo existencial: uma ponderação de interesses.....	53
2.3 Revisão do princípio da Separação dos Poderes e o Poder Judiciário no modelo do neoconstitucionalismo.....	60
3 ORÇAMENTO PÚBLICO: FUNÇÃO, CONTROLE ORÇAMENTÁRIO E INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL	65
3.1 O orçamento público.....	67
3.1.1 Conceito.....	67
3.1.2 Função do orçamento público.....	69
3.1.3 Natureza do orçamento público.	71
3.2 Controle da execução orçamentária.....	73
3.3 O Orçamento público como Instrumento de Democracia Participativa.....	76
3.3.1 A democracia substantiva: algumas colocações na visão de Amartya Sen	76
3.4 Considerações finais	85
4 O PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	87
4.1 Políticas públicas: a Tipologia de Lowi e o círculo de políticas públicas	90
4.1.1 Alguns apontamentos sobre a Tipologia de Lowi.....	91
4.1.2 O círculo de políticas públicas: a identificação do problema, a agenda, a implementação e a avaliação.	94
4.1.2.1 identificação do problema.....	95
4.1.2.2 formação da agenda	95

4.1.2.3	implementação da política pública	96
4.1.2.4	avaliação da política pública.....	98
4.2	O Controle da execução orçamentária pelo Judiciário na implementação dos direitos sociais fundamentais	101
4.2.1	Âmbitos e objetos de controle.....	104
4.2.1.1	o controle concentrado e abstrato das escolhas sobre políticas públicas aos direitos fundamentais sociais na composição do orçamento.....	105
4.2.1.2	o controle concreto sobre a implementação das políticas públicas previstas no orçamento relativas aos direitos fundamentais.....	112
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A questão da judicialização das políticas públicas relativas ao oferecimento de prestações estatais necessárias ao asseguramento dos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os sociais, torna-se cada vez mais recorrente nos dias atuais. Isto porque coloca na ordem do dia aporias relacionadas ao princípio da separação de poderes e as críticas sofridas pelo Poder Judiciário como usurpador das funções dos demais poderes.

A compreensão da função judicial primária consistente na aplicação da lei aos litígios que surgem no seio da coletividade com o fito de assegurar a cada um o direito que lhe é devido, não prescinde de uma análise dos diversos paradigmas filosóficos de conhecimento, interpretação e aplicação do direito.

Em um rápido bosquejo histórico - porque não é assunto diretamente abordado nesta dissertação - podem ser identificados três modelos de interpretação do direito.

O primeiro, pré-moderno, corresponde ao pensamento jusnaturalista que é um modelo ligado à ideia da existência de uma ordem natural das coisas. Esse modelo extrai o comportamento adequado e a ação justa e correta através da contemplação da ordem divina do mundo e da compreensão da estrutura do cosmos, caracterizando-se pelo fato de não ser um modelo indiferente a valores, de modo que só reconhece como direito válido aquele que é reputado concomitantemente justo. Nesse modelo, como é o juiz quem reconhece a justiça da norma, a consequência natural é a possibilidade de uma criação de norma pelo seu intérprete.

O segundo modelo vai surgir com a revolução científica moderna. É o tempo do racionalismo, do predomínio da razão sobre a emoção ou superstição que, por vezes, se equivalem. Diversamente do mundo antigo, o mundo moderno vai assistir à emergência de um conhecimento em geral e no direito em particular, radicalmente indiferente à questão de valores. Não compete ao intérprete da lei avaliar a justiça de seu conteúdo. A lei vale pela sua forma e origem, ou seja, vale pelo fato de ter sido posta por quem tinha competência para fazê-lo: o Poder

Legislativo. É o positivismo jurídico, modelo no qual se encarta a escola da exegese, que via no juiz apenas um órgão estatal que seria a boca pela qual a lei falaria, sem qualquer possibilidade de criação normativa de fundo judicial. No pensamento moderno, diversamente do pré-moderno, o juiz não cria, apenas aplica a lei.

O terceiro modelo é criação da pós-modernidade, sendo denominado por alguns de pós-positivismo e, por outros, de neoconstitucionalismo. Esse modelo representa um momento de autocritica e autorreflexão do direito em razão da aguda violação dos ideais humanistas promovida pelos regimes totalitários do facismo e, com especial ênfase, do nazismo.

Esse modelo ainda está em fase de construção e procura assegurar as vantagens da segurança normativa promovida pela regulação humana através de leis gerais, abstratas e imparciais com as demandas de justiça provindas da sociedade. Por essa razão ainda não se conseguiu fixar um sentido unívoco para esse paradigma de interpretação jurídica, mas já é possível constatar que ele tem como núcleo duro o reconhecimento da centralidade da constituição no ordenamento jurídico; a garantia constitucional dos direitos fundamentais da pessoa humana; a blindagem desses direitos por robustos sistemas de sindicabilidade judicial, o que necessária e naturalmente tem implicado em um maior protagonismo judicial, esmaecendo um pouco a divisão existente no período moderno com relação à titularidade na criação do direito pois, de um lado, reconhece a validade das regras, mesmo quando em certos limites seja considerada injusta, mas também confere ao poder judiciário uma margem para adentrar no mérito da atividade legislativa, reconhecendo-lhe algum poder normativo.

Nesse novo modelo, o princípio da separação dos poderes tem uma nova conotação, em que os Poderes devem ser harmônicos entre si, não existindo mais divisão de poderes mas, sim, coordenação entre os poderes. Pela Constituição da República de 1988, cada Poder tem definida sua função típica, mas também funções atípicas para cada um deles. O que é comum entre todos, é que de uma maneira ou de outra, todos devem defender, bem como promover os direitos fundamentais, principalmente, os direitos sociais básicos, conhecidos como mínimo existencial.

O mínimo existencial é o núcleo imutável do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que serve como base para estabelecer o mínimo que o indivíduo deve receber como prestações de certos serviços públicos para a manutenção de sua vida com dignidade. Isso começou a vigorar com rigor após a Segunda Guerra Mundial, diante as atrocidades sofridas pelo ser humano durante o período desta guerra. Apesar da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, ter sido uma grande percussora ao prever expressamente um catálogo sistematizado de direitos sociais a serem prestados pelo Estado, essa primeira inserção dos direitos sociais em uma Carta Magna foi interrompida pela Segunda Guerra Mundial, mas resgatada pelas constituições contemporâneas do pós-guerra, bem como a Constituição Alemã de Bonn.

Diversos países, a exemplo do Brasil, passaram por uma grande redemocratização, deixando de ser um Estado Liberal e passando a ser um Estado Social. A atuação estatal positiva passa a ser obrigatória, diante dos interesses sociais.

Mas para que estes direitos fundamentais, embora constitucionalmente prestados, fossem realmente implementados pelo Estado, o papel do Judiciário passa a ser fundamental, como último bastião na defesa dos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais básicos, para que os demais Poderes os promovam e efetivamente os implementem. A partir daí, o Judiciário, às vezes encarado como um vilão, para os mais conservadores, tem sido muito criticado por sua postura interventista nos Poderes Legislativo e Executivo porque, segundo o pensamento clássico, as decisões de natureza política, tomadas no âmbito do espaço deliberativo, não podem ser objeto de intervenção judicial. Os representantes do povo foram devidamente eleitos para tomarem esta decisão.

Como se viu, este pensamento clássico está ultrapassado já que a constituição determina a formulação das políticas públicas, com o intuito de fomentar e implementar os direitos sociais básicos e caso não sejam formuladas ou tenham sido formuladas, mas não implementadas, o Judiciário deve intervir, para que, assim, esses direitos sejam devidamente efetivados.

Entretanto, seria ingenuidade não contar que esses direitos para serem implementados tem um custo e este custo deve estar presente no orçamento

público, dentro do equilíbrio de receitas e despesas públicas. O orçamento público é a forma que o Estado tem de se planejar com relação aos gastos públicos, que também é uma forma de controle clara sobre a atuação e alocação dos recursos públicos. O Judiciário não está impedido de intervir no orçamento público, mesmo que não tenha formulado a política objeto de avaliação judicial, mas a sua atuação tem limites que devem ser respeitados, conforme será analisado no decorrer desta dissertação.

O presente trabalho está desenvolvido em quatro capítulos nos quais serão abordadas as seguintes questões:

No capítulo I se analisará a função jurisdicional dentro do paradigma moderno liberal de separação de poderes, no intento de demonstrar a validade de um ato praticado por um dos Poderes, bem como a possibilidade de concluir pela ruína da atuação de algum deles. Para uma melhor compreensão do princípio de separação de poderes de vertente liberal foi realizada uma análise contextualizada dos principais teóricos políticos que se debruçaram sobre o assunto, quais sejam, Locke e Montesquieu, e os ensaios federalistas.

Quando Locke escreve o “Segundo Tratado sobre o Governo”, com o fim de teorizar a sua ideia sobre o contrato social, baseado na liberdade individual e na propriedade, traz também uma concepção de um modelo de Separação dos Poderes, colocando em evidência o Poder Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário nem mesmo é reconhecido como organicamente autônomo já que inserido dentro do que Locke designava como Executivo em sentido amplo.

A formulação de separação de poderes de origem Francesa é uma decorrência direta da genialidade da fórmula teórica criada por Montesquieu que, partindo de um modelo de monarquia moderada, forjou um modelo de separação de poderes cuja característica residia no acolhimento na estrutura do Estado dos efetivos poderes sociais componentes do grupo social. Na França eles eram representados pelo Monarca que assumiria o Executivo, pela nobreza e pela burguesia, estes dois últimos poderes sociais encartados no Poder Legislativo, sendo o primeiro na câmara alta e, o segundo, na câmara dos representantes do povo. O Judiciário nessa realidade de poderes sociais se apresenta, então, como um poder político fraco, de sorte que o modelo montesquiano de separação de

poderes, a exemplo do que já ocorria com o modelo lockeano, reconhece a supremacia do legislador.

O modelo de separação de poderes americano, expresso nos artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em “O Federalista”, embora com o apoio em Montesquieu, retira a fraqueza política do Poder Judiciário quando, na sua organização política, passou a reconhecer no Judiciário um ator estatal dotado de relevância política, com competência para controlar, ainda que sob os limites do constitucionalismo liberal clássico, as ações dos Poderes Executivo e Legislativo que violassem os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, os direitos de liberdade civis e políticos. Nesse modelo, o Legislativo não é mais absoluto. Ele está limitado - e constringido juridicamente - a respeitar os direitos da minoria, essencialmente os direitos fundamentais de primeira geração, políticos e civis, podendo reconhecer a invalidade das leis que os violassem em razão do reconhecimento da força normativa superior do texto constitucional.

De comum entre esses modelos é que eles, no máximo, respondem as demandas originárias do constitucionalismo liberal, mas se mostram todos insuficientes quando se defrontam com questões relativas ao constitucionalismo social, que parte da premissa de que os direitos de segunda geração - direitos a prestações positivas por parte do Estado - como saúde, educação, seguridade social, etc... - também são juridicamente protegidos e devidos à todos.

O Capítulo II centra sua análise na constitucionalização dos Direitos Sociais. A supressão dos ideais humanistas promovida pelos regimes totalitários possibilitou que até meados do século XX os direitos sociais fossem vistos apenas como elementos norteadores dos poderes públicos, para auxiliar a atuação do Estado. Nesse contexto, os direitos sociais não passavam de meras normas programáticas, que só se tornariam realidade após a necessária intervenção do legislador ordinário. Ao lado dessa visão meramente política, mas não jurídica dos direitos sociais, vigorava a teoria liberal da separação dos poderes e colocava o Poder Judiciário na posição da “boca da lei”, impedindo, assim, ações judiciais fundamentadas em direitos sociais e a sua imposição, pelo Judiciário, aos demais poderes do Executivo e Legislativo, considerados os únicos responsáveis pela defesa, promoção e proteção desses direitos.

O constitucionalismo social pós-45 vai mudar radicalmente essa visão, representando uma revolução copernicana na afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esta transformação ocorre pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, que deixa de ser um mero esboço orientativo que deveria ser simplesmente respeitado pelo legislador e passa a ser um programa positivo de valores a ser necessariamente atuado pelo legislador. Nesse modelo constitucional os direitos sociais passam a ser valorados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que lhes confere o caráter de direito fundamental, viabilizando prestações positivas de serviços públicos, que deverão ser prestados pelo Estado, ao qual se impõe o dever e o escopo de garantir a liberdade do indivíduo e a democracia.

Neste sentido, surgem os conceitos do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que possuem o intuito de abarcar, por intermédio da prestação de serviços oferecidos pelo Estado, o maior número de direitos fundamentais, de acordo com a limitação financeira do Estado. O Judiciário tem um papel fundamental nesta seara, já que tem a função de garantir que os poderes públicos executem os direitos sociais determinados pela Constituição (CRFB/88) e, também, as políticas públicas que promovam estes direitos previstos nas despesas estatais, ou seja, previstas no orçamento público. A separação de Poderes no paradigma do neoconstitucionalismo reconhece e afirma um maior ativismo judicial na análise do mérito das ações legislativas e/ou executivas referenciadas aos direitos fundamentais sociais componentes do mínimo existencial.

No capítulo III, o objeto de análise é o orçamento público. A inversão das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, contidos na constituição, passam a ter sua implementação relacionada às políticas públicas adotadas pelo Estado. Com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente no Brasil, o poder público passa a ter um papel mais intervencionista e também, assistencialista, para promover saúde, educação, moradia, direitos trabalhistas, etc.. Evidente que a promoção destes direitos têm custos, em que a dotação orçamentária terá que arrecadar mais receitas, para compensar as despesas. Por este motivo, a Constituição de 1988, regula a forma que o Estado deverá gerir o erário público, a

fim de atender essas prestações de serviços públicos. Ainda trabalha-se a hipótese do exercício da democracia direta, como exercício da cidadania material, em que se concretiza no orçamento participativo.

Finalmente no capítulo IV será analisada de forma detida a temática relativa à judicialização das políticas públicas e a intervenção do Judiciário no orçamento público. É a partir deste ponto que iniciam-se as divergências sobre a atuação do Judiciário ao interferir nas políticas públicas, já que existem princípios que limitam a própria atuação do Legislativo ao elaborar legislação sobre o orçamento público como, por exemplo, a Legalidade financeira e a separação dos poderes, deixando claro que o responsável pelo planejamento orçamentário deverá ser o Poder Legislativo. Nada obstante, tem que existir uma solução viável a comprometer o Executivo e o Legislativo a realizar políticas públicas, com o fim de atender, pelo menos, ao mínimo existencial. Na omissão dos demais poderes democraticamente eleitos, a Constituição, e sua força normativa, conferem ao Judiciário legitimidade para assegurar uma solução alternativa para que garanta a prestação desses serviços essenciais, mas sua atuação tem que ser com o cuidado da prestação jurisdicional respeitar os limites orçamentários e, também, que sua atuação alcance o maior número possível de indivíduos, sempre visando uma perspectiva coletiva, assim como os demais poderes tentam alcançar.

A judicialização das políticas públicas tem seu lado positivo, já que a prestação de serviços essenciais deve ocorrer, mesmo sem previsão orçamentária, pois tratam de direitos fundamentais e o Judiciário não tem como recusar a execução da sua prestação. Por outro lado, como um Janus bifronte, esse ativismo judicial tem sua faceta negativa também, pois representa uma crise na legitimidade democrática, eis que cada vez mais demandas que antes poderiam se exaurir no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, legitimamente investidos para tal, acabam exaurindo-se no âmbito do Poder Judiciário.

1 OS MODELOS DA DIVISÃO DE PODERES

A Separação dos Poderes é utilizada como fonte de debate para o estudo do Direito, bem como em outras áreas como, por exemplo, a Ciência Política, no intento simples de demonstrar a validade de um ato praticado por um dos Poderes, bem como a possibilidade de concluir pela ruína da atuação de algum deles¹. Para uma melhor compreensão da evolução da teorização da separação de poderes, é necessário realizarmos uma viagem no tempo, a fim de compreender a origem da Teoria da Separação dos Poderes, bem como seu contexto histórico, já que esta teoria, a cada época, teve seu modelo alterado para que se adequasse ao momento histórico pelo qual passava.

Quando Locke escreve o “Segundo Tratado sobre o Governo”, com o fim de teorizar a sua ideia sobre o contrato social, baseado na liberdade individual e na propriedade, traz também uma concepção de um modelo de Separação dos Poderes, colocando em evidência o Poder Legislativo e Executivo, pois, seriam estes poderes dotados da função de julgar, com base nas leis, as ofensas realizadas entre os homens e isto é o que diferenciaria o Estado Civil do Estado de Natureza².

A concepção de Locke está vinculada a proteção da propriedade e da liberdade que era gozada, de forma absoluta, anteriormente ao contrato social. Ou seja, a liberdade no estado de natureza. A teoria da separação de poderes lockeana, visa assegurar o exercício da liberdade de modo que fosse exercida da mesma forma após a nova estrutura social estabelecida, embora com a perda de seu caráter absoluto, pois, tributária do exercício com respeito às leis. No Estado civil, a lei passa a ser o parâmetro para que a proteção da propriedade fosse de

¹ Atualmente, no Brasil, discute-se muito sobre o fenômeno da judicialização da política, pela forte usurpação de atuação no cenário político pelo Poder Judiciário. Mas para breve esclarecimento, Luís Roberto Barroso nos elucida que a judicialização está ligada a questões sociais e públicas, de ampla repercussão, decididas pelo Poder Judiciário ao invés do Congresso Nacional e o Poder Executivo.

BARROSO, Luís Roberto. “Revista Eletrônica OAB Editora, nº 05, janeiro/fevereiro, 2009”. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Acessado em: 03/07/2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

² LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Editora Vozes: Clube do livro liberal, pp. 58. Acessado em: 05/05/2012. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf

todo assegurada, já que no estado de natureza esta propriedade poderia sofrer eminente perigo, de forma constante, pois, todos eram soberanos e iguais juridicamente, podendo assim, utilizar-se da auto conservação por todos os meios a permitir assegurar a sua propriedade.

A seu termo, Montesquieu começa a criar um novo modelo de Separação dos Poderes. Em virtude da época em que viveu, o pano de fundo que o fez criar o seu modelo de divisão de poderes foi a tentativa de demonstrar a falência das monarquias despóticas, que assumiam todos os poderes na função do monarca (príncipe), ilustrando, expressamente, como este poder absoluto prejudicava o exercício da liberdade pelo cidadão. Eis suas palavras:

“Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”³

Outro ponto a ressaltar da teoria de Montesquieu é a fraqueza política do Poder Judiciário porque, para Montesquieu, os Poderes que poderiam exercer a fiscalização de um sobre o outro seriam o Legislativo e o Executivo, sendo o Judiciário apenas um órgão com atribuição para julgar os conflitos e os crimes que envolvessem os cidadãos sem que estivesse legitimado a intervir quando em um dos polos do litígio estivesse o Estado.

Essa formulação específica de separação de poderes da experiência francesa é uma decorrência direta da genialidade da fórmula teórica criada por Montesquieu que, partindo de um modelo de monarquia moderada, forjou um modelo de separação de poderes cuja característica residia no acolhimento na estrutura do Estado dos efetivos poderes sociais componentes do grupo social. Na França, eles eram representados pelo Monarca, que assumiria o Executivo, pela nobreza e pela burguesia, estes dois últimos poderes sociais encartados no Poder Legislativo, sendo o primeiro na câmara alta e o segundo na câmara dos representantes do povo. O Judiciário, nessa realidade de poderes sociais, se apresenta, então, como um poder político fraco.

³ Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. 1.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, pp. 166.

Essa característica do modelo de Montesquieu é muito importante, pois, aqui é que os norte-americanos, nos artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em “O Federalista”, embora com o apoio em Montesquieu, propuseram de modo inovador um novo modelo de separação de poderes que retira a fraqueza política do Poder Judiciário quando, na sua organização política, passou a reconhecer no Judiciário um ator estatal dotado de relevância política, com competência para controlar, ainda que sob os limites do constitucionalismo liberal clássico, as ações dos Poderes Executivo e Legislativo que violassem os direitos fundamentais de primeira geral, quais sejam, os direitos de liberdade civis e políticos.

É notório que o novo modelo de separação de poderes instituído pelos federalistas tem todo um viés em Montesquieu, embora muitas vezes contrariassem as conclusões a que chegou a experiência francesa, para que o novo modelo se adequasse ao sistema de poderes sociais que compunham a sociedade norte-americana.

A ausência de um onipresente soberano absoluto na experiência americana deslocou o foco de preocupação dos formuladores do esquema de separação de poderes do novo país do poder executivo para o poder legislativo. Preocupados com os possíveis excessos da maioria que, representada pelo Poder Legislativo, poderia oprimir os direitos da minoria, os federalistas criaram um sistema de separação de poderes com o nítido intuito de travar o Estado como forma de evitar abusos do Legislativo. Nesse esquema, primeiro se cria uma nova figura política representada pela Presidência, democraticamente eleita, de modo a poder competir com o legislativo também democraticamente eleito; depois se divide o legislativo entre câmara e senado para incluir no modelo político os poderes sociais do povo e da aristocracia burguesa sempre dentro do princípio político de dividir para reinar e, por último, concede-se ao Judiciário um forte componente de força política, como última barreira de proteção das minorias frente aos excessos da maioria, no controle da legislação.

Nasce o sistema político de separação de poderes de freios e contrapesos (*checks and balances*) que, diferentemente da experiência francesa da qual se abeberou, permitiu certo nível de interferência entre os poderes, com o fim de equilibrar o exercício do poder estatal, instituindo-se um modelo muito mais de

coordenação do que verdadeira separação de poderes. Como exemplo dessa coordenação e controle recíprocos cita-se o controle legislativo realizado pelo Presidente, o representante da União, por intermédio do veto dos projetos de lei e o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Outro ponto – que será analisado mais a fundo, posteriormente – foi o fato de admitir que o magistrado⁴ fosse detentor de independência e inamovibilidade⁵ do seu cargo, como forma de fortificar o Poder Judiciário, já que foi interpretado como o mais fraco dos poderes e que deveria ter meios para se defender, como expresso nos textos federalistas : “(...)1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos outros com boa esperança do resultado (...)”⁶ e “(...) pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais (...)”⁷. Com isto, o juiz seria considerado como instituição indispensável à organização do Estado.

Diante disto, será analisado como a teoria da separação dos Poderes sofreu modificações e adequações, desde Locke até Hamilton, Madison e Jay, nos artigos de “O Federalista”, que tinha como propósito, em 1788, a ratificação da Constituição Americana.

1.1 A necessidade da separação do Poder Legislativo do Executivo

Locke foi considerado um liberal, pois era grande defensor dos direitos individuais, como a liberdade e a propriedade e defensor da intervenção mínima do Estado no âmbito da social.

O contrato social descrito em o “Segundo Tratado sobre o Governo” dizia que este contrato foi criado para evitar, como ocorria no estado de natureza, que um homem perdesse a propriedade para o outro, tendo em vista que no estado de

⁴ Na época de Montesquieu, o termo “magistrado” era utilizado para os representantes não só do Judiciário, mas também para os demais representantes dos Poderes legislativo e Executivo.

⁵ HAMILTON, Alexander (1757 – 1804). O Federalista: Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 459.

⁶ *Op. cit.* p. 458.

⁷ *Idem.* p. 458.

natureza todos exerciam o poder em pé de igualdade e todos eram súditos e soberanos ao mesmo tempo. Em suas palavras:

“Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.”⁸

Uma vez que alguém tivesse seu patrimônio esbulhado, este poderia declarar guerra ao esbulhador e assim, o estado de guerra era constante, além da punição se tornar desproporcional ao possível delito cometido. Era necessária a criação de um Estado civil, como meio de proteção da liberdade e da propriedade, para gerir os indivíduos através das leis, não para restringir a liberdade, mas sim ampliá-la, assegurando-lhe os direitos inerentes a sua propriedade.

A propriedade aqui não deve ser entendida apenas como bem material, mas num termo que também abrange a força de trabalho, porque através dela é que cada indivíduo arrecadaria suas riquezas. Desta forma, o indivíduo era proprietário da sua força de trabalho e quanto mais trabalhasse, mais acumularia riquezas. Em outras palavras, Locke admitia a falta de equilíbrio de riquezas entre os indivíduos, em que os mais pobres eram merecedores de pertencer à pobreza, tendo em vista não estar utilizando ao máximo a sua força de trabalho.

O Estado civil idealizado por Locke obedeceria a uma estrutura, com o fim de evitar o despotismo, no que se afasta do contratualismo de Thomas Hobbes⁹,

⁸ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Editora Vozes: Clube do livro liberal, pp. 36. http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf

⁹ “Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.”

que sempre temia por sua vida, com base na sua criação de um estado de natureza hipotético, estado este idealizado por ele como um permanente estado de guerra, em que todos pagavam com sua própria vida, em virtude da ganância e disputa exacerbada dos homens em face de seus semelhantes, que ao realizar o contrato social, os indivíduos cediam a sua liberdade para o soberano, em troca da segurança¹⁰ e proteção da vida.

Essa estrutura idealizada por Locke tinha por objetivo organizar a sociedade, delegando ao Estado o poder de criar e executar as leis, daí surge para ele o Poder Legislativo e Executivo¹¹, mas também os coloca como titulares do poder de punir as ofensas realizadas entre os indivíduos pertencentes à sociedade. Entretanto, esta estrutura estatal só poderia ser considerada, caso os indivíduos dessem seu consentimento e assim, uma monarquia absoluta não seria considerado um Estado civil, já que sua posição era de imposição aos indivíduos, não havendo que se falar em consentimento¹².

Então, para manter esta sociedade civil organizada pela estrutura supramencionada, que pode ser adotada em qualquer forma de governo¹³, com

MALMESBURY, Thomas Hobbes De. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Livro digital. Cap. XVIII, p. 61. Acessado em: 05/05/2012. Disponível em: <http://horabsurda.org/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/leviatao.PDF>

¹⁰ Na capa do livro *Leviatã*, observa-se que o rei incorporava para si tanto o poder político, como o poder do clero, pois, ele era a figura religiosa do Estado – religião conhecida na Inglaterra como Anglicanismo.

¹¹ No capítulo VII, Locke coloca os Poderes Legislativo e Executivo como julgadores das ofensas cometidas entre os indivíduos, com o fim de tirar do indivíduo o poder de punição, com o fim de evitar o estado de guerra: “Descobrimos aqui a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade civil, que é julgar, através de leis estabelecidas, a que ponto as ofensas devem ser punidas quando cometidas na comunidade social, e também determinar por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias do fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando toda a força de todos os membros sempre que for necessário.”

*Op.cit.*p.58.

¹² Mais uma contradição à Hobbes, porque ele, como defensor da monarquia absoluta, colocava os indivíduos em sob um contrato de submissão, em que todos os súditos estariam submissos ao soberano e as suas leis, em que não poderiam jamais se rebelar contra ele, em que seria punido o que assim o fizesse. Para Hobbes isso se justificava pelo seu temor à guerra civil, pois, o que era colocado em jogo era a vida do homem e para ele, a vida era o bem mais precioso.

¹³ Para Locke, adota-se a democracia quando se nomeia a cada período de tempo pessoas para a elaboração das leis; vislumbra-se a oligarquia quando passa a faculdade de elaboração de leis para apenas alguns homens escolhidos e a seus herdeiros e sucessores, contudo, também poderíamos nos deparar com a monarquia hereditária (objeto de crítica por ele, em que contraria Sr. Filmer quando compara ao poder do pai) ou eletiva.

Op.cit. p. 70.

exceção da monarquia absoluta, como visto anteriormente, Locke estabelece três condições, que eram inexistentes no estado de natureza: i) a elaboração de leis claras e aceitas pelos indivíduos, em que a lei para ser aplicada, deverá ser de conhecimento de todos, pois, esta é a condição para o indivíduo possa se sujeitar a nova ordem; ii) a existência de um juiz imparcial e conhecido, para que possa dirimir os litígios, isto porque, o homem, para se beneficiar ou se vingar, não será imparcial e prejudicará o julgamento, que tem por fim sempre a preservação da propriedade, além de poder ser negligente em seu julgamento; e iii) que a sentença justa emanada deste julgamento possa ter apoio para ser executada¹⁴.

Como vem sendo repetidamente exposto, a preservação da propriedade, bem como a liberdade dos homens, são o motivo da existência de um Estado Civil e a sua atuação estava condicionada as leis pré-estabelecidas. Na teoria Lockeana, o Poder Legislativo é, em última instância, soberano. Ele o considera como o poder supremo e sagrado, nada mais do que justo pois, a elaboração das leis ficam a seu encargo e nessas leis é que está prevista a organização social, colocado assim em suas palavras:

“O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Pois sem isso faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade, acima do qual ninguém tem o poder de fazer leis; exceto por meio do seu próprio consentimento e pela autoridade que dele emana. Por isso, toda a obediência que pode ser exigida de alguém, mesmo em virtude dos vínculos mais solenes, termina afinal neste poder supremo e é dirigida por aquelas leis que ele adota; jamais um membro da sociedade, pelo efeito de um juramento que o ligaria a qualquer poder estrangeiro ou a qualquer poder subordinado na ordem interna, pode ser dispensado de sua obediência ao legislativo e agir por sua própria conta; da mesma forma, também não é obrigado a qualquer obediência contrária às leis adotadas, ou que ultrapasse seus termos; seria ridículo imaginar que um poder que não é o poder supremo na sociedade, possa se impor a quem quer que seja.”¹⁵

¹⁴ *Op.cit.* p. 69

¹⁵ *Op.cit.* p. 71.

Os homens delegam ao Poder Legislativo poder para elaborar leis através de seus representantes, todavia, esse poder é limitado, ou seja, não pode se tornar maior do que os cidadãos que lhe outorgaram o poder, tendo em vista seu objetivo de fazer valer os direitos dos súditos e nada mais. Não pode trazer para si o poder de governar, por intermédio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas elaborar leis que sejam efetivadas pelos magistrados: “O legislativo, ou autoridade suprema, não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas.”¹⁶.

Ainda, vale ressaltar mais alguns pontos importantes, em que para o Legislativo está vedado retirar a propriedade do cidadão (o objetivo principal da sua existência é a preservação da propriedade, o que o impede de cometer tal ato), bem como instituir novos impostos sem seu consentimento, o que pode parecer estabelecer o óbvio, mas em uma monarquia absoluta, como todos os poderes estão inseridos em uma única pessoa, estas limitações tornam-se inexistentes.

Todavia, caso o Poder Legislativo extrapolasse os limites a ele impostos e, por exemplo, criasse decretos arbitrários, Locke não prevê nenhuma solução para que o Executivo e especialmente o Judiciário pudesse se insurgir contra este fato. Ou seja, a teoria de Locke não oferece proteção contra o abuso do Legislativo.

A solução do modelo Lockeano para evitar o abuso do legislativo era fundamentalmente intrainstitucional. Para Locke, o Poder Legislativo não teria seus representantes de forma permanente. Os integrantes desse Poder seriam trazidos de volta ao seio da sociedade, para que não pudessem se isolar do tecido social a que pertenciam e tornar o exercício do poder de legislar, arbitrário. Como reforço contra o arbítrio, para Locke, o Executivo tinha a incumbência de fiscalizar as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, mas também fiscalizar o Poder Legislativo como, por exemplo, a frequência de reuniões do Legislativo poderia ser regulada constitucionalmente e se não realizassem o número mínimo, estaria apto o Executivo intervir, a fim de obrigar ao Legislativo a realizá-las, mas nunca limitar o conteúdo dessas reuniões. Do mesmo modo, se o Executivo quisesse impossibilitar pelas ausência ou excesso de reuniões a atividade

¹⁶ *Op.cit.* p. 72.

legiferante, o Legislativo poderá impedir tal arbitrariedade. Em suma, o Legislativo era sempre superior aos demais poderes.

Então, o modelo primário, se assim pode ser chamado, de separação dos poderes desenhado por Locke, tinha a finalidade de fiscalização entre os poderes, sempre no intuito de evitar a tirania pela usurpação do poder, principalmente, pelo Poder legislativo. Não obstante, na prática, como visto, se abuso e usurpação houvesse pelo Poder Legislativo, o povo não possuía proteção específica para afastar essa atuação ilegítima desse poder estatal.

1.2 A modernização da Teoria da Separação dos Poderes

Charles de Montesquieu, conhecido como Barão de Montesquieu era um aristocrata pertencente a uma família nobre e teve sua formação escolar baseada no iluminismo¹⁷. Em sua passagem pela Inglaterra, de 1729 a 1731, teve contato com a monarquia constitucional inglesa e a partir daí, no livro “O Espírito das Leis” (Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV), modernizou a teoria da Separação dos Poderes, inicialmente estruturada por Locke (v. *item* 1).

Montesquieu estabeleceu o seguinte modelo de Separação de Poderes: o poder legislativo responsável pela edição das leis; o poder executivo daqueles que dependem dos direitos das gentes – que abreviou para “poder executivo do Estado” – e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil – que abreviou para o “o poder de julgar”. Ou seja, estabeleceu como conhecemos hoje, o Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. Determinou suas funções, justamente por seu temor ao poder despótico, sempre almejando um poder moderado, assim, como ocorria na monarquia moderada operante na Inglaterra.

Sobre o tema expressa MAUS:

¹⁷ O Iluminismo foi um movimento filosófico, criado por intelectuais de elite do século XVIII na Europa, que tinham por objetivo a reforma social, promovendo o intercâmbio intelectual e era contra as arbitrariedades cometidas pelo clero e pelo Estado. Principais filósofos: Baruch Spinoza, John Locke, Pierre Bayle, Isaac Newton, Denis Diderot, Voltaire, Montesquieu.

“O modelo de separação dos poderes mais influentes da história até hoje foi desenvolvido por Montesquieu no contexto de uma teoria que, em todas as suas premissas e conclusões, se encontra em oposição diametral ao contratualismo de fundamentação democrática dos séculos XVII e XVIII. O título ‘Da Constituição da Inglaterra’ do famoso capítulo no livro de Montesquieu, ‘Do espírito das leis’, no qual são tratados os princípios fundamentais da separação dos poderes, já remete assim a um programa teórico que fundamenta a oposição aos teóricos do iluminismo. O ponto de partida de Montesquieu, a constituição inglesa, de existência real, corresponde à premissa de que não se tem que primeiro inventar princípios asseguradores da liberdade, mas que estes não de ser descobertos em uma realidade já existente.”¹⁸

Para Montesquieu, a monarquia moderada era um modelo de governo ideal, tendo em vista a existência dos poderes intermediários, como dos senhores feudais, como forma de limitação do poder real. Para ele, além da monarquia absoluta, também a república não se apresentavam como ~~um~~ bons sistemas políticos, porque acreditava que nesses Estados existiam menos liberdades do que nas monarquias, tendo em vista o uso da violência para a manutenção do governo¹⁹. Como explica MAUS:

“(…) No que tange ao próprio país, a França, não apenas a engenhosa combinação de todos os pressupostos sociológicos, mas também o imenso engajamento do autor evidencia que Montesquieu opta, aqui, de forma bem resoluto, por uma ‘monarquia moderada’. Esta moderação – em geral uma categoria central da teoria política de Montesquieu – ganha um destaque normativo no contexto do modelo da separação de poderes: como se sabe, ela deve impedir tanto a degeneração despótica da monarquia quanto a soberania do povo. Parece ser, sobretudo, esta última intenção que, nos séculos pós-revolucionários, torna tão atraente a versão muito específica de Montesquieu da separação dos poderes”²⁰

Realmente, a monarquia constitucional adotada pela Inglaterra era uma estrutura muito moderna para a época, sendo concebida da seguinte forma: O Rei (Poder Real) era separado dos Ministros (Poder Executivo), que, por sua vez era separado do sistema bicameral – Câmara Alta (constituída pelos nobres) e

¹⁸MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórica e democrática* in Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (coordenadores). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. 1 ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 20

¹⁹ MAUS, *Op. cit.* pp. 25

²⁰ MAUS. *Op. cit.* pp. 25.

Câmara dos Comuns (constituída por representantes do povo) – que representava o Poder Legislativo. Este sistema Bicameral foi uma forma criada para a elaboração de leis mais justas, que não beneficiassem somente aos nobres ou somente ao restante do povo, em virtude do direito ao veto.

Assim, Montesquieu rejeitava por completo a monarquia absolutista, por se tratar de um governo déspota, bem como a república, que considerava ainda pior que a monarquia absoluta, quando afirma: “Imaginai qual poderá ser a situação de um cidadão nestas repúblicas. O mesmo corpo da magistratura tem, como executor da lei, todo o poder que, como legislador, ele atribui a si próprio.”²¹ e “Tudo ali consiste em um único poder; e embora não exista pompa exterior que denuncie um príncipe despótico, percebemo-lo a cada momento.”²², o que o fez admirar ainda mais a monarquia constitucional estabelecida na Inglaterra.

O seu objetivo, ao usar como base Locke e a monarquia inglesa, era buscar o que pudesse trazer estabilidade a monarquia, a substituir o efeito moderador resultante da nobreza²³.

Na obra de Montesquieu, “O Espírito das leis”, verifica-se que o Judiciário não é uma peça de grande importância, mesmo participando da divisão de poderes. É participante no cenário da separação dos poderes como mero aplicador da lei no caso concreto, o que demonstra a sua enorme fragilidade e a sua impossibilidade de fiscalizar os demais poderes. Isto porque, a teorização da separação de poderes realizada por ele, contraditória, na verdade, por prever uma cooperação entre os poderes, tinha por real finalidade acolher os poderes sociais efetivos, os quais eram:

1º) Executivo: a monarquia;

2º) Legislativo: Senado = nobreza; Câmara dos representantes = burguesia.

Para o Judiciário não resta nenhuma ocupação de poder social efetivo, em que o coloca de lado na sua importância perante os demais poderes, definindo o juiz como um poder politicamente fraco. Novamente valiosa a lição de MAUS:

²¹ Refere-se às Repúblicas da Itália: “Nas repúblicas da Itália, onde esses três poderes estão reunidos, há menos liberdade que nas monarquias”.

Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *Op.cit.* p. 166.

²² *Ibidem.* p.166.

²³ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da Política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”. 13ªed. 1ºv. São Paulo: Ática, 2000. Pp. 119.

“O conhecido princípio fundamental do sistema montesquiano da separação dos poderes transcorre exatamente na direção contrária desse sistema vertical de controle, pois ele não separa realmente (segmentariamente) os poderes, mas a soberania: no que os poderes separados unicamente dentro certos limites. O legislativo e o executivo estão também obrigados através de um direito de veto unilateral a uma cooperação moderada; dentro do legislativo, Câmara dos Comuns e a Câmara dos Pares (ocupada pela nobreza) inibem-se pelo direito do veto recíproco. A liberdade dos súditos, tema importante de Montesquieu, é assegurada em uma monarquia moderada por este equilíbrio horizontal dos poderes. É precisamente esta institucionalização horizontal de ‘checks and balances’ [verificações e balanços] que hoje é considerada o sistema da divisão dos poderes pura e simplesmente.

(...) De forma muito moderna, Montesquieu define a posição do Judiciário de acordo com seu modo de funcionamento, reconhece a dependência deste modo de funcionamento do método da jurisdição e dirige a estas exigências que colocam fundamentalmente em dúvida a práxis das sociedades medievais em deixar, sobretudo a cargo dos tribunais, a criação e a evolução (apógrafas) do direito”.²⁴

Apesar de ser um pouco mais abrangente que Locke, ambos tratavam com maior importância às funções de poder que ofereciam maior perigo ao surgimento de um poder tirano vislumbrado na monarquia absolutista, ou seja, as funções de elaboração das leis e a execução das leis em harmonia, sem que um poder tente inviabilizar a execução da função do outro, nem que um poder único assumira todas as funções em si, em que o Poder Legislativo, representante da vontade do povo, tenha a função de criar as leis e o Poder Executivo execute estas leis de modo eficiente, em prol do interesse do povo.

1.3 A coordenação dos Poderes

Na imprensa de Nova Iorque, em 1788, foram publicados diversos artigos, com o objetivo de demonstrar a necessidade de se ratificar uma nova Constituição para os Estados Unidos, a fim de substituir os Artigos da Confederação promulgados após a proclamação da independência. Os artigos

²⁴ MAUS. *Op. cit.* pp. 29.

foram obra dos autores Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1859). Os artigos levavam a assinatura de *Publius*²⁵.

Apesar de Hamilton ter escrito a maioria dos artigos, Madison escreveu os mais famosos, o artigo 10 que fala sobre a separação dos poderes e o artigo 51, que se refere a necessidade de um poder central forte.

Para se entender melhor os argumentos apresentados, os autores colocavam que na confederação os Estados membros tinham poderes soberanos, mas a União, como poder central, tinha seus poderes fracos e muito limitados. A federação, segundo os autores, objetivava conceder a União um poder central forte, porém, manteria a soberania dos Estados membros. As respectivas legislações, civis e criminais, estariam mantidas como próprias dos Estados membros, mas a tributação e a frente no espaço internacional estaria nas mãos da União.

Em meio às diversas críticas à confederação, apreciava-se o colapso da classe de estado, a confederação, pois, acreditava-se que estava no limiar da anarquia, tendo em vista que sem um poder central forte, os estados membros poderiam se rebelar contra a União e por tal motivo, era necessário que houvesse uma Constituição comum a todos para o fortalecimento do poder central.

Desta forma, esta falta de subordinação dos estados membros poderia causar uma guerra civil, no momento em que a União quisesse impor a sua vontade, embora estivesse de acordo com as leis constitucionais, desencadearia, com grande possibilidade, a literal insubordinação dos membros, com conseqüente revolta e vingança, o que poderia gerar uma guerra de proporções a restar dissolvida a União²⁶.

Então, lançou-se o conceito moderno sobre uma Constituição formal, que traria em seu corpo a União como um poder central forte e em conjunto, a separação dos poderes²⁷ (o que não era previsto pelos Artigos da Confederação),

²⁵ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da Política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista". 13ªed. 1ºv. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 245.

²⁶ HAMILTON, Alexander (1757 – 1804). *O Federalista*: Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 90 a 173.

²⁷ "la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político."
LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría da la Constitución*. Trad: Alfredo Gallego Analbitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 384.

cujo trabalho foi um grande marco, pois, o modelo criado pelos norte-americanos é o adotado na contemporaneidade, inclusive no Brasil²⁸.

Na defesa da Constituição proposta assim argumentaram os federalistas:

“Repreende-se a Constituição proposta à infração do princípio político que exige a separação e distinção dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essa preocupação, tão essencial à liberdade (dizem), foi inteiramente desprezada na organização do Governo federal, onde os diferentes poderes se acham distribuídos e confundidos com tal exclusão de toda a ideia de ordem e simetria, que muitas das suas partes essenciais ficam expostas a serem esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas outras.”²⁹

O objeto de análise é a separação dos poderes, que passa a ter uma nova conotação, tendo em vista a nova postura alcançada pelo Poder Judiciário, que anteriormente, tinha um papel nulo perante aos demais poderes, porque sua atuação era limitada a aplicação da lei representada pelo já famoso aforisma de ser apenas “a boca pela qual fala a lei”. Este panorama foi alterado quando, no artigo 10 escrito por Madison, propôs-se a separação dos poderes e agregou poder equivalente ao Judiciário, isto porque, não há hierarquia entre os poderes, mas a distribuição do poder para cada setor. Fazendo uma releitura da monarquia inglesa no que diz respeito à separação de poderes, os Federalistas afirmaram que não havia a verdadeira separação de poderes. Nas palavras de HAMILTON:

“O mais ligeiro exame da Constituição inglesa nos deixará convencidos de que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não se acham nela inteiramente distintos e separados. A magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo.”³⁰

Nessa linha, faz sua análise também da teoria de Montesquieu, quando a relaciona a monarquia inglesa por servir de base para o seu modelo de separação de poderes:

²⁸ No corpo da Constituição Brasileira de 1988, trouxe expressamente, em seu artigo 2º, a Separação dos Poderes:

“Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” – CRFB/88.

²⁹ HAMILTON, Alexander. Op. cit. p. 298.

³⁰ Op. cit. p. 299.

“(…) visto que estes foram o norte de Montesquieu para estabelecer o princípio de que se trata, podemos concluir que, quando ele estabeleceu “que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ai mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo”, não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros; o que quis dizer, segundo se colige de suas expressões (...), foi que, dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos.”³¹

Visto isso, Madison, a partir do modelo criado por Montesquieu, adequa a separação dos poderes a nova Constituição proposta, sendo um modelo mais funcional, desprendida da teoria do “governo misto”³² que era apresentada pela Inglaterra. Mais uma vez, o objetivo era afastar a tirania do poder concentrado nas mãos de um só, bem como a autonomia dos diversos ramos dos poderes terem armas suficientes para se defenderem uns dos outros, no caso de tentativa de usurpação do poder. Daí nasce o sistema de freios e contrapesos – **checks and balances** – em que um poder freia o outro poder, para manter o equilíbrio perfeito entre eles.

Num sistema de governo adotado, sempre haverá um poder que é mais ameaçador do que o outro, como, por exemplo, a monarquia, em que o Executivo é o poder ameaçador à liberdade, bem como na república o Legislativo, que como Locke bem o ressaltou, por ser ele o criador das leis que regem o comportamento dos demais poderes e, além disso, é a origem dos poderes.³³ Algumas medidas deveriam ser tomadas para frear o Legislativo e o meio encontrado, no modelo de separação dos poderes dos federalistas foi o fortalecimento do Judiciário.

A neutralidade que o Poder Judiciário tinha anteriormente, reforçada por Montesquieu, passa a deixar de existir. Por se tratar do ramo mais fraco dos poderes, mereceu cuidados especiais, para que sua autonomia fosse garantida.

³¹ *Op. cit.* p. 299/300.

³² “Para a literatura política do século XVII, a Inglaterra era tomada como um caso comprobatório das qualidades do ‘governo misto’. Segundo esta teoria, quando as funções do governo são distribuídas por diferentes grupos sociais – realeza, nobreza e povo -, o exercício do poder deixa de ser prerrogativa exclusiva de qualquer um dos grupos, forçando-os à colaboração, com o que a convivência civil é aprimorada e a liberdade preservada.”

WEFFORT, Francisco C. *op. cit.* p. 250.

³³ WEFFORT, Francisco C. *op. cit.* p. 251.

Ao contrário da divisão social de poderes existente na França, quando Montesquieu teorizou a separação dos poderes, na América, por não existir a monarquia, a divisão social do poder era composta pela burguesia (minoridade) e o povo (maioria), que ocupavam o Poder Legislativo (o senado e a câmara dos deputados, respectivamente), e que era considerada a verdadeira ameaça e que precisava de limitação, pois, o Executivo era eleito (em razão de não ser uma monarquia) e não oferecia uma ameaça política direta.

A fim de evitar a ditadura da maioria, tendo em vista que o povo era a maioria e participava da divisão social do poder, é concedido ao Judiciário, ao trazer a burguesia para sua composição, um poder político, cuja função passa a ser reprimir a ditadura da maioria e proteger os direitos da minoria.

Hamilton, apesar de não adentrar no assunto nem tampouco os demais autores, atribui a Corte Suprema o caráter da interpretação final da Constituição³⁴, ou seja, o guardião da Constituição³⁵. Mais tarde, nas prerrogativas da Corte Suprema, foi inserida a função de intérprete final da Constituição Americana.

Além disso, a inamovibilidade dos juizes e que seus vencimentos não fossem pagos pelo Legislativo foram de máxima importância para desvincular os magistrados de prolatar decisões parciais, haja vista que dependendo do caso concreto, a sua decisão poderia ser viciada em razão do temor da perda do seu cargo. Esta independência concedida aos juizes fortificou mais ainda o Judiciário, pois, nas causas que envolvessem leis constitucionais e o poder público, o juiz estaria livre para julgar e assim, o Judiciário poderia intervir nos outros poderes no mesmo patamar de força que os demais.³⁶

Diante disto, os norte-americanos passaram a ser admirados pelo resto do mundo e serviram como modelo para a criação de outros tribunais com função de controlar a constitucionalidade das leis e ainda que preservando suas peculiaridades no sistema da *Common Law*, herdado do direito inglês³⁷,

³⁴ *Op.cit.* p. 252.

³⁵ Elevou a Constituição a tal importância, que criou um tribunal para protegê-la, que também foi a forma de retirar a neutralidade do Poder Judiciário.

³⁶ HAMILTON, Alexander. *Op. cit.* p. 457 a 466.

³⁷ O Sistema da Civil Law, originário do Direito romano, não adota os precedentes como fonte formal do Direito, sendo esta uma característica da *Common Law*, sistema adotado pela tradição anglo-americana, pois a utilização do direito não escrito ou não codificado, que é comum no sistema anglo-saxão, em que a decisão judicial é utilizada para a solução de um caso concreto poderá formar um precedente judicial, o qual tal decisão poderá ser usada como solução a outro

influenciou de forma decisiva modelos pertencentes ao sistema da *Civil Law*, como é o caso do Brasil.

1.4 Considerações finais

Este capítulo teve o intuito de apresentar, como base na análise da teorização realizada por Locke, Montesquieu e os “Federalistas”, como o princípio da separação dos poderes foi se desenhando, de acordo com os arranjos políticos de cada época. A posição dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com relação ao seu poder político diante desta teoria, que se diferenciou para os autores objeto de análise.

Entretanto, o que não se diferenciou com o passar dos anos, foi o fato do temor sobre a tirania, ou seja, que o poder ficasse absoluto nas mãos de um só, muito comum nas monarquias absolutas, assim como defendido por Hobbes quando estabeleceu a sua teoria sobre o contrato social, levando-nos ao contrato de submissão³⁸, em que a segurança social seria efetiva se o monarca detivesse todo o poder, sem ser questionado ou sequer seria permitido que o indivíduo se rebelasse contra os atos arbitrários do soberano. Fica clara a ausência da liberdade, valor supremo defendido ferrenhamente por Locke, Montesquieu e Hamilton, Jay e Madison.

Para Locke, em sua teoria sobre o contrato social previa o contrário do proposto por Hobbes, em que o ponto alvo era a liberdade do indivíduo (uma liberdade regulada por lei, para maior proteção da liberdade), já que ele era um liberal clássico, tendo em vista que enquanto os súditos se encontrassem sobre um monarca déspota, ainda estariam em estado de natureza (seria na verdade

caso concreto com conteúdo semelhante ao precedente. O controle de constitucionalidade difuso é importante para a formação desses precedentes. O Direito inglês foi o percussor do sistema da *Common Law*, que pretendia dar maior praticidade ao direito processual, haja vista que tinha como dinamizar as relações processuais. Assim, historicamente, os Estados Unidos foi colonizado pela Inglaterra, bem como foi povoado pelos ingleses, sendo certo afirmar que isso foi o que facilitou a inserção da *Common Law* no Direito Americano com grande êxito.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função (a ilegitimidade consitucional do efeito vinculante)*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38.

³⁸ MALMESBURY, Thomas Hobbes De. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. *Op. cit.* Cap. XVIII, p. 61.

um estado de transição, para depois se falar em criação de um Estado civil, bem como o consentimento para a criação de um contrato social de associação). A liberdade que detinham naquele estado de natureza primário seria preservada no estabelecimento do Estado. Esta figura estatal serviria para organizar a sociedade, no intento de ampliar a liberdade que os indivíduos tinham, já que os traria a segurança por intermédio das leis.

As leis tinham o papel de organizar a sociedade e punir aqueles que tentassem usurpar a propriedade de outrem. A propriedade era um objeto de grande valia para Locke, pois, era para isso que o ser humano vivia. Ele não se referia somente aos bens materiais, mas também na força de seu trabalho. Quanto mais riquezas o homem angariava, com mais orgulho era visto perante sua família e a sociedade, por ser oriundo do esforço de seu trabalho e, sem qualquer disfarce, o desequilíbrio social era inteiramente aceito. Assim, a atuação era limitada a defesa da propriedade e liberdade do homem.

Locke esboçou os primeiros traços da teoria da separação dos poderes, mas só em relação ao Executivo e o Legislativo. O Poder Legislativo era, por ele, considerado o poder supremo mais sagrado, mas também limitado. Esse poder não poderia ser mais abrangente do que o havia sido outorgado pelos homens, como por exemplo, a constrição de bens dos indivíduos em nome do Estado ou mesmo a instituição de novos impostos arbitrariamente. A elaboração de leis se limitava a apenas a proteção da propriedade, o que exigia a mínima intervenção do Estado na sociedade. O Poder Executivo não tinha apenas a função do executor das leis, mas também de fiscalizar o Poder Legislativo para o cumprimento mínimo de seus atos. Havia uma fiscalização mútua entre esses poderes, com o intuito de evitar que um deles usurpasse todo o poder para si e surgisse um poder tirano.

Já a teoria tripartite do poder (separação de poderes), criada por Montesquieu, foi uma inovação porque separou claramente os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário, de acordo com a divisão social de poderes, envolvendo o monarca, a nobreza e a burguesia.

Mais uma vez, tratou-se de tentar conter a monarquia absoluta, reprimindo a concentração do poder na mão do soberano e impedir que o soberano administrasse o Estado de forma intuitiva, sem qualquer limite ou mesmo

responsabilização por seus atos. Montesquieu teve seu modelo de separação de poderes construído sobre o alicerce da monarquia constitucional inglesa, mas estabeleceu um modelo de monarquia moderada.

Ao contrário dos demais poderes, o Poder Judiciário, que Montesquieu mencionava como um poder neutro, sem poder político, limitava-se apenas em aplicar a lei ao caso concreto entre particulares. Não era capaz de expressar sua intervenção nos demais poderes, pois, a neutralidade concebida por esse autor ao Judiciário o colocou frágil perante os outros.

Esta neutralidade foi interrompida pelos artigos escritos por Hamilton, Madison e Jay, em “O Federalista”, quando deu uma nova roupagem a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu. Essa nova roupagem se deu pelo fato da teoria montesquiana, apesar de ter servido como base para os federalistas, principalmente Madison, não se adequar perfeitamente a realidade política que os federalistas queriam criar.

Diferentemente da experiência francesa, a realidade social americana não conheceu a figura do monarca e da nobreza, ou seja, não conheceu a divisão social por castas. Como inúmeras vezes afirmado, nos artigos federalistas, na América não havia nobres e plebeus mas, sim, unicamente patrícios. Nada obstante, era clara aos pais fundadores da nação americana, representativos de uma minoria econômica, social e intelectual, a necessidade de se assegurar uma separação de poderes que promovesse uma efetiva proteção aos direitos da minoria, quando ameaçados por uma maioria tirânica. Nesse contexto é que surge um Judiciário forte, mas forte apenas para proteger os direitos da minoria e não assegurar as pretensões da maioria.

Por isso, em um aspecto, pode-se ver uma evolução nos diferentes modelos de separação de poderes Lockeano, Montesquiano e Federalista. No primeiro, o Poder Legislativo era absoluto, na medida em que, embora teoricamente limitado a defender o interesse da coletividade, se abuso houvesse não haveria qualquer forma de controle por parte do judiciário. O segundo, de Montesquieu, é quase uma reprodução do Lockeano, com um Poder Judiciário extremamente acanhado e vinculado aos termos da lei mas, apesar de ser reconhecida a proeminência do Executivo e Legislativo, o judiciário é pela primeira vez visto como um poder independente e possuía alguma margem de

atuação nas causas entre particulares. Por último, o modelo de separação de poderes federalista, amplia a força política Judiciário. Nesse modelo, o Legislativo não é mais absoluto. Ele está limitado - e constringido juridicamente - a respeitar os direitos da minoria, essencialmente os direitos fundamentais de primeira geração, políticos e civis, podendo reconhecer a invalidade das leis que os violassem em razão do reconhecimento da força normativa superior do texto constitucional.

De comum entre esses modelos é que eles, no máximo, respondem as demandas originárias do constitucionalismo liberal, mas se mostram todos insuficientes quando se defrontam com questões relativas ao constitucionalismo social, que parte da premissa de que os direitos de segunda geração - direitos a prestações positivas por parte do Estado - como saúde, educação, seguridade social, etc... também são juridicamente protegidos e devidos à todos.

Não se trata mais apenas de garantir a eficácia daquele estatuto negativo do cidadão frente ao Estado representado pelos direitos de liberdade, anulando-se ações legislativas ou executivas que os violem, mas de assegurar o oferecimento de prestação sociais previstas no texto constitucional, como resposta as demandas democráticas da sociedade, diante da omissão dos poderes eleitos, papel para o qual o modelo de separação de poderes federalista não preparou o Judiciário. Esta questão aponta diretamente para a função do Poder Judiciário em um Estado Social e Democrático de Direito e como se deve entender a separação de poderes nesse novo paradigma de constitucionalismo, o que se fará no capítulo a seguir.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Em retrospectiva das transformações sofridas pelo mundo, principalmente depois de passar por duas grandes guerras, em especial, a Segunda Guerra Mundial, a visão sobre direitos sociais foi alterada pelo reconhecimento de seu caráter fundamental. Apesar da Constituição de Weimar de 1919 ter inserido em seu conteúdo direitos sociais³⁹, estes foram suprimidos em função da Segunda Guerra Mundial e suas conseqüentes barbáries.

A supressão dos ideais humanistas promovida pelos regimes totalitários possibilitou que até meados do século XX os direitos sociais fossem vistos apenas como elementos norteadores dos poderes públicos, para auxiliar a atuação do Estado. Nesse contexto, os direitos sociais não passavam de meras normas programáticas, que só se tornariam realidade após a necessária intervenção do legislador ordinário. Ao lado dessa visão meramente política, mas não jurídica, dos direitos sociais, vigorava a teoria liberal da separação dos poderes e colocava o Poder Judiciário na posição da “boca da lei”, impedindo, assim, ações judiciais fundamentadas em direitos sociais e a sua imposição, pelo Judiciário, aos demais poderes do Executivo e Legislativo, considerados os únicos responsáveis pela defesa, promoção e proteção desses direitos.

³⁹ A constituição Mexicana de 1917 foi, cronologicamente, a primeira constituição a prever um direito social, ficando conhecida como a primeira Carta Magna a Constitucionalizar o Direito do Trabalho. Esta Constituição foi sistematizada em 136 artigos, que, por conseguinte, se dividia em títulos e capítulos da seguinte forma: “O Título I da Constituição Mexicana de 1917 era formado por quatro Capítulos, quais sejam: Das Garantias Individuais (Cap. I), Dos Mexicanos (Cap. II), Dos Estrangeiros (Cap. III) e Dos Cidadãos Mexicanos (Cap. IV). O Título II possuía apenas dois Capítulos: Da Soberania Nacional e da Forma de Governo (Cap. I) e Das Partes Integrantes da Federação e do Território Nacional (Cap. II). O Título III organizava-se em quatro Capítulos: Da Divisão dos Poderes (Cap. I), Do Poder Legislativo (Cap. II) – este último capítulo dividia-se em quatro Seções: Da eleição e da instalação do Congresso; Da iniciativa e da formação das leis; Da competência do Congresso e Da Comissão Permanente –, Do Poder Executivo (Cap. III) e Do Poder Judicial (Cap. IV). O Título IV tratava, unicamente, Das Responsabilidades dos Funcionários Públicos, o Título V, Dos Estados e da Federação, o Título VI (composto exclusivamente pelo célebre artigo 123), Do Trabalho e da Previdência Social. O Título VII tratava Das Disposições Gerais, O Título VIII, Das Reformas da Constituição e, finalmente, o Título IX cuidava Da Inviolabilidade da Constituição.

PINHEIRO. Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Acessado em: 08/01/2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Pp. 110.

A proteção dos direitos fundamentais, fincada nas garantias a serem necessariamente asseguradas pelos Estados nacionais, sofreu duro golpe com a ascensão do nacional socialismo e o Estado totalitário em que se desenvolveu. Sobre o Estado totalitário e no que ele se distinguiu dos Estados autoritários, Hannah Arendt⁴⁰ assim escreveu: “o Estado totalitário representou a banalização do mal, prática do mal pelo mal. Nos Estados autoritários o mal sempre existiu, mas eram direcionados apenas para aqueles setores sociais que ameaçavam o *establishment* estatal. Nos Estados totalitários, o mal passou a ser direcionado a setores sociais que não ameaçavam minimamente o aparato e a ideologia burocrático-estatal, como os judeus, homossexuais, deficientes, etc. No totalitarismo, o mal se converteu em barbárie”.

Após 1945, a Europa devastada pela Segunda Guerra e diante das diversas atrocidades cometidas em seu período contra a pessoa humana, começa a surgir uma visão renovada acerca dos assim chamados direitos de segunda geração e do significado e *status* da constituição. Uma das grandes mudanças ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, superando-se a visão do século anterior de que a Constituição era um documento essencialmente político, significando apenas um convite à atuação dos Poderes Públicos, sem vinculá-los normativamente.⁴¹

É o reconhecimento da força normativa da Constituição. Esta deixa de ser um texto que servia como um esboço orientativo que deveria ser simplesmente respeitado pelo legislador e passa a ser um programa positivo de valores a ser necessariamente atuado pelo legislador.⁴² Nesse modelo constitucional os direitos sociais passam a ser valorados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que lhes confere o caráter de direito fundamental, viabilizando prestações

⁴⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988. Pp. 134.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.55.

⁴² MAIA, Antonio Cavalcanti, *As Transformações dos sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.5

positivas de serviços públicos, que deverão ser prestados pelo Estado, ao qual se impõe o dever e o escopo de garantir a liberdade do indivíduo e a democracia⁴³.

A barbárie do totalitarismo representou a completa ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, e ainda dentro da dimensão da historicidade que é marca dos direitos fundamentais da pessoa humana, é que surge a concepção contemporânea dos direitos humanos, calcada na idéia de internacionalização desses direitos e que veio a ser introduzida pela Declaração universal, de 1948, e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Nas palavras de Thomas Buerghental:

“O moderno direito internacional dos direitos humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.”⁴⁴

Embora os direitos sociais sirvam como vetor da máquina social e sua existência e de transformar o Estado em executor obrigatório desses direitos, ou seja, em Estado Social, ao invés de continuar a ser apenas defensor dos direitos individuais, para a execução de políticas que viabilizem a execução da sua prestação, tem-se que avaliar e mensurar o seu custo e compatibilizar com a escassez dos cofres públicos. Deve-se, de um lado, reconhecer que é impossível, na realidade, a aplicação dos direitos sociais em sua capacidade máxima e, de

⁴³ Luciane de Souza, em seu artigo publicado no CONPEDI, também relaciona que os direitos sociais são pressupostos para assegurar a democracia e a liberdade: “É impossível negar que a implementação efetiva de direitos sociais básicos, todos eles garantidos implícita ou explicitamente por nosso texto constitucional, mas atualmente inexistente, constitui pressuposto fundamental para a existência da democracia e da liberdade, de modo que o tema em questão é um dos mais relevantes para a construção de uma sociedade em que todos tenham iguais oportunidades de desenvolver o seu potencial.” SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Acessado em: 15/07/2012. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf.

⁴⁴ Thomas Buerghental In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea*. In: _____ (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 117.

outro, que é dever do Estado o seu oferecimento, pelo menos, de forma satisfatória.

Segundo a concepção de Bonavides, o Estado Social se assenta sobre a premissa de uma sociedade mais participativa, em que os direitos fundamentais devem ser protegidos:

“É Estado social onde o Estado avulta menos e a sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado, onde as diligências do poder e do cidadão se convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.”⁴⁵

Neste sentido, surgem os conceitos do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que possuem o intuito de abarcar, por intermédio da prestação de serviços oferecidos pelo Estado, o maior número de direitos fundamentais, de acordo com a limitação financeira do Estado. O Judiciário tem um papel fundamental nesta seara, já que tem a função de garantir que os poderes públicos executem os direitos sociais determinados pela Constituição (CRFB/88) e, também, as políticas públicas que promovam estes direitos previstos nas despesas estatais, ou seja, previstas no orçamento público⁴⁶.

Este capítulo tem por objetivo enquadrar a teoria da separação de poderes com os direitos fundamentais sociais, tendo por base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando o Poder Judiciário, pelo seu novo papel, como um

⁴⁵ *Op. cit.* p. 33.

⁴⁶ Este é o novo papel do Poder Judiciário na esfera política, considerando a sua atuação quando substitui os Poderes Legislativo e Executivo, para garantir a defesas dos direitos fundamentais sociais. Deve-se destacar os meios que o Judiciário vem ampliando o acesso à Justiça, para que os direitos sociais sejam atendidos, o que pode ser considerado com intervenção nas decisões políticas. Contudo, esta atuação pode ser considerada como usurpação de poder, em que pese a teoria da separação de poderes clássica, tendo em vista se tratar de função fora de sua competência. O Poder legislativo cria políticas públicas com base no planejamento orçamentário, que é o limite financeiro para a produção dessas políticas pelo poder público. Entretanto, há direitos sociais que devem ser prestados, independentes de estarem incluídos ou não no orçamento, porque a Constituição do Brasil de 1988 assim o determina, então, surge o problema: Reserva do Possível x Mínimo Existencial. É possível conceder o mínimo existencial à sociedade, sem que desrespeite a reserva do possível. Todavia, a crítica sofrida pelo judiciário é em relação à micro justiça, em que suas decisões são realizadas de forma aleatória, privilegiando apenas um indivíduo em cada decisão, sem privilegiar aqueles que já esperam, em uma “fila”, ou seja, a coletividade, para que o mesmo serviço público seja prestado de forma ampla e isonômica.

poder político, ao lado do Executivo e Legislativo, de defensor desses direitos fundamentais.

2.1 Os direitos sociais e a Constituição de Weimar de 1919

Como foi citado anteriormente, cabe realizar algumas ponderações acerca da Constituição de Weimar, que foi o foco dos estudiosos sobre o tema direitos sociais, já que foram inseridos diversos direitos sociais em seu texto. A Constituição Mexicana, de 1917⁴⁷, também trouxe em seu rol um direito social muito importante na época, que foi o direito ao trabalho, mas foi a Constituição Alemã que mais se notabilizou sobre o tema.

Uma Alemanha derrotada após a Primeira Guerra Mundial e sofrendo com os anseios dos proletariados, que surgiram com a crescente industrialização e que exigiam um país que assegurasse seus direitos, já que a Alemanha enfrentava grande depressão, é o contexto histórico em que nasce a Constituição de Weimar. Com o intuito de atender a essas aspirações sociais, que já estavam fora de controle pelo Estado (a reforma constitucional de 1918 não surtiu o efeito esperado), estando a esquerda cada vez mais fortalecida, resta, em 11 de agosto de 1919, promulgado o texto constitucional da Constituição de Weimar⁴⁸.

A Constituição de Weimar era composta de 165 artigos e dividida em dois livros: o Livro I, que se referia à “Estrutura e Fins da República” e o Livro II, que se referia aos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão”. O que importa para este tópico é o Livro II, pois, é nele que estão elencados os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais “O Livro II do texto constitucional de Weimar possuía

⁴⁷ A Constituição Mexicana não teve tanta repercussão assim como a Constituição de Weimar, apesar de ter sido a primeira constituição a se referir expressamente a um direito social. Oliveira assim coloca, de acordo com suas palavras: “Efetivamente, seria faltar à verdade afirmar uma repercussão que inexistiu. Em termos genéricos, a Europa desconheceu a legislação mexicana. As atenções do mundo jurídico se voltaram para a Constituição alemã de Weimar, a cuja promulgação seguiu-se vigorosa literatura. Nesse particular, a avançada posição mexicana viu-se prejudicada pela escassez de estudos doutrinários a seu respeito”. V. OLIVEIRA, Ary Brandão de. A constitucionalização do direito do trabalho. *Revista do TRT/8ª Região*, Belém, v. 24, n. 46, 1991. P. 67.

⁴⁸ “O projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica adepto do comunitarismo, até então alijado do centro acadêmico alemão, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber, que era considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda.” V. PINHEIRO. Maria Cláudia Bucchianeri. *Op.cit.* pp.115.

os seguintes capítulos: Capítulo I (A pessoa individual); Capítulo II (A vida social); Capítulo III (Religião e agrupamentos religiosos); Capítulo IV (Educação e escola) e Capítulo V (A vida econômica).”⁴⁹.

Maria Bucchianeri⁵⁰ traz um quadro comparativo referente às Constituições Mexicana e de Weimar, sobre os direitos fundamentais de primeira geração/dimensão. Veja a abaixo:

<i>Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.</i>	<i>Constituição Mexicana de 1917</i>	<i>Constituição de Weimar de 1919</i>
Direito à igualdade	Art. 4º	Art. 109
Liberdade de circulação no território nacional e para fora dele	Art. 11	Arts. 111 e 112
Direitos das minorias	-	Art. 113
Inviolabilidade de domicílio	Art. 16	Art. 115
Irretroatividade da lei penal	Art.14	Art. 116
Sigilo de correspondências	Art. 16 § 2º	Art. 117 (incluídos os sigilos aos dados telegráficos e telefônicos)
Liberdade de manifestação do pensamento	Art. 6º	Art. 118
Vedação à censura	Art. 7º	Art. 118, § 2º (exceto na proteção à juventude e no combate à pornografia)
Proteção ao matrimônio e à família (garantias institucionais)	-	Art. 119
Igualdade jurídica entre cônjuges	-	Art. 119
Igualdade jurídica entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio	-	Art. 121
Liberdade de reunião e associação	Art. 9º	Arts. 123 e 124
Direito de petição ao Poder Público	Art. 8º	Art. 126
Igualdade de acesso aos cargos públicos	-	Art. 128

⁴⁹ *Op. cit.* pp. 115.

⁵⁰ Figura ilustrativa retirada da obra da autora. *Op. cit.* pp. 117/118.

<i>Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.</i>	<i>Constituição Mexicana de 1917</i>	<i>Constituição de Weimar de 1919</i>
Direitos adquiridos	-	Art. 129, "caput" e § 3º (relativamente a pretensões pecuniárias relativas a servidores públicos e soldados de carreira)
Liberdade de consciência e crença religiosa	Art. 24	Art. 135
Separação Estado/Igreja	Art. 130	Art. 137
Proibição à escravidão	Art. 2º	-
Princípio do juiz natural e proibição de juízo de exceção	Art. 13	-
Devido processo	Art. 14 § 1º	-
Vedação ao exercício arbitrário das próprias razões	Art. 17	-
Acesso gratuito ao Poder Judiciário	Art. 17 § 1º	-
Vedação de prisão por dívida	Art. 17, § 3º	-
Princípio do "non bis in idem" em matéria criminal	Art. 23	-

Em relação aos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, que confere direitos individuais ao que a Constituição Alemã chamava de cidadão (no próximo capítulo, descreve-se a cidadania, para se entender melhor a democracia material), as duas constituições trazem consigo ideais do liberalismo, sendo que a Constituição Mexicana em maior amplitude do que a alemã.

Já com relação aos direitos de segunda geração, os direitos sociais, apesar de a Constituição mexicana prever outros direitos sociais, como a saúde e educação, seu foco principal voltou-se para as questões relacionadas ao direito trabalhista. Evidentemente, que a partir deste olhar, verifica-se que ambas as constituições passam a priorizar os direitos sociais de forma diferente (o período de grande industrialização provocou este anseio social da classe proletária, jornada de trabalho abusivas e precariedade no local de trabalho foram a eclosão para estas reivindicações na América). A Constituição Alemã não focava em um direito social, mas sistematizou todos os direitos sociais, um a um, concedendo aos indivíduos direitos sociais básicos para uma existência digna, coisa que a sociedade alemã não tinha há tempos.

"Entre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar –, devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em

tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § 2o); função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1o); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1o) e direito à participação, mediante conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).”⁵¹

Esta foi a primeira expressão dos direitos sociais inseridos sistematicamente em uma Lei Fundamental, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que ganha forma e valor após a Segunda Guerra Mundial, em virtude de todo o caos causado por esta guerra e toda a barbárie gerada pelos regimes totalitários que deflagraram o conflito bélico planetário.

2.2 Os direitos sociais: conceito de direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado. Para Gilmar Mendes⁵², os direitos fundamentais, segundo sua classificação, são classificados em três: Direitos de defesa, direitos à prestação e direitos de participação⁵³.

⁵¹ *Op. cit.* pp. 117.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. Pp. 332.

⁵³ Para outros doutrinadores, dentre eles, Scarlet, classificam os direitos fundamentais apenas em direitos a prestação e defesa, mas não um consenso sobre a classificação dos direitos fundamentais. V. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 179-207.

O direito de defesa tem alicerce na ideia do dever de abstenção do Estado, do dever de não interferir nos bens protegidos juridicamente, como, por exemplo, a propriedade. O Estado não pode intervir nos direitos conhecidos como direitos de primeira geração, ou seja, os direitos individuais, em que a maioria se encontra no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tais direitos representam um verdadeiro estatuto negativo do Estado em defesa da sociedade.

Nas palavras de Gilmar Mendes:

“Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam a pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.”⁵⁴

Para Almeida e Acioli os direitos de defesa são conceituados da seguinte forma: “Os direitos de defesa não excluem a atuação do Estado, mas organizam e limitam a sua intervenção, de modo que, não interferem nas liberdades pessoais.”⁵⁵

Para Alexy, entende-se por direito a proteção o seguinte:

“Por ‘direitos a proteção’ devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção devem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.”⁵⁶

Vale lembrar, que o direito de defesa assegura a liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas para a manutenção desta liberdade e sua existência

⁵⁴ MENDES. *Op. Cit.* pp. 332.

⁵⁵ ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.** Acessado em: 01/12/2013 e disponível em: <http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/130>. Pp. 12

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pp. 450.

efetiva, o direito a prestação pressupõe uma participação efetiva dos Poderes Públicos na sociedade civil, consistente na adoção de medidas que impeçam sua violação também pelos particulares, dever do qual decorrem exatamente os deveres/direitos a proteção.⁵⁷

Já em relação ao direito de prestação, que aqui é o que mais importa, tendo em vista que os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais se encaixam nesta classificação. Refere-se a uma prestação positiva do Estado perante a sociedade, ao contrário dos direitos de defesa se limitam a oferecer proteção ao indivíduo contra uma ação do Estado reconhecida como imprópria. O direito a prestação visa dar a sociedade, por intermédio da atuação do Estado, solução para as suas necessidades, como o dever do estado em prestar saúde e educação, que também são direitos sociais e o Estado tem o dever de prestá-los por determinação Constitucional⁵⁸⁵⁹.

O direito a prestação, segundo Gilmar Mendes, se divide em duas possibilidades: direitos a prestação jurídica e direitos a prestações materiais.

Direitos a prestação jurídica⁶⁰ compreende o fato de o Estado ter o dever de criar normas que asseguram a liberdade dos indivíduos. Gilmar assim exemplifica. Eis suas palavras:

“Há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. O objeto do direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como

⁵⁷ Mendes. *Op. cit.* pp. 334.

⁵⁸ Art. 196 da CRFB/88: “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.”
Art. 205 da CRFB/88: “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.”

⁵⁹ Alexy conceitua direitos a defesa e proteção. Veja: “Direitos a proteção e direitos de defesa foram contrapostos porque os primeiros são direitos a ações positivas, e os segundos, a ações negativas. (...)Nessa afirmação é correto que o direito a proteção diz respeito a uma defesa. Mas com isso esgotam-se os pontos comuns entre o direito de defesa e o direito a proteção. O primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham.” (V. Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pp 456).

⁶⁰ Alexy, sem especificar como direito a prestação jurídica e de uma maneira genérica, assim o coloca: “(...)Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas.” (V. Robert Alexy. *Op cit.* pp. 450).

direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento.

Assim, a Constituição, por vezes, estabelece, diretamente, a obrigação de o estado editar normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), bem assim práticas de racismo (art. 5º, XLII), de tortura e de terrorismo (art. 5º, XLIII).

(...) O direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que deem vidas aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.”⁶¹

Entretanto, mais uma vez, vale lembrar, que a criação de normas pelo Estado é uma decisão política, dotada de discricionariedade concedida ao Poder Legislativo e, embora a criação dessas normas sejam dever do Estado, isto não quer dizer que a edição dessas normas não reconheça a natural liberdade de conformação do legislador na concretização dos direitos fundamentais, cujo conteúdo, por plurissignificativo, deve somente respeitar as exigências da razoabilidade.

Já em relação aos direitos a prestações materiais são os rotulados como prestação em sentido estrito. Neste ponto é que são considerados os direitos sociais pois, é aqui, que se permite que a sociedade exija do Estado que suas necessidades sejam solucionadas. Permite o efetivo gozo da liberdade, com o objetivo de alcançar o maior número de indivíduos.⁶²

Os direitos sociais, na Constituição da República de 1988, estão previstos no artigo 6º e vinculam o Estado à sua prestação, ou seja, o Estado não pode se esquivar em prestá-los, já se trata de uma determinação constitucional⁶³. Neste rol encontram-se o direito à saúde (posteriormente, será dada uma atenção especial a este direito social, já que é objeto de diversas demandas judiciais, que

⁶¹ MENDES. *Op. cit.* pp. 335.

⁶² As políticas públicas se originam aqui, já que o planejamento governamental devem atender as necessidades sociais (os governos sempre tem que agir em prol do interesse público), já que o estado tem o dever de prestar serviços que atendam esses interesses e através das políticas públicas, esses serviços são implementados.

⁶³ Existem direitos sociais que não vinculam somente os Poderes Públicos, mas também ao particular, a exemplo do art. 7º da CRFB/88, que se refere ao direito ao trabalho, em que as normas ali previstas exigem uma contraprestação do empregador, regulamentado pelo Estado. Outro direito social que também vincula a família é a educação, que além do Estado estar vinculado a fornecer o serviço de educação pública, os responsáveis legais do menor têm o dever de zelar por sua educação.

implicam no resultado de decisões judiciais individuais, que intervêm diretamente no orçamento público e criam políticas públicas sem previsão orçamentária), à educação, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência. Os direitos a proteção material são dotados de alta carga normativa, “(...) Não necessitam da interposição do legislador para lograr aplicação sobre as relações jurídicas.”⁶⁴.

Entretanto, para que haja a implementação de bens ou serviços, com origem pública, para a promoção desses direitos sociais, que são essenciais para sanar as necessidades públicas, há um custo e esse custo, financeiramente falando, acaba por limitar a implementação das políticas com intuito de promover esses direitos. Por isso que o objetivo de abarcar o maior número de indivíduos contemplados pelos serviços públicos, mas, de acordo com o orçamento público disponível, é que será privilegiada a viabilização de um serviço público, vinculado a um direito fundamental social, de acordo com a *reserva do possível*.

Desde logo, surge um embate entre as necessidades mínimas para um indivíduo existir com dignidade e o que os cofres públicos possam custear com o erário público, ou seja, o mínimo existencial x reserva do possível.

2.2.1 Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial

O direito ao mínimo existencial está correlacionado com o reconhecimento de que a todo o indivíduo deve-se conferir os meios para viver com o mínimo para uma existência plena, com o impedimento de retrocesso, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Para o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o seu núcleo pode ser considerado o mínimo vital/existencial, o que para Ana Paula Barcelos⁶⁵ realiza-se através da segurança, educação, saúde, assistência aos desamparados e o

⁶⁴ MENDES. *Op. cit.* pp. 337.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 288, 289.

acesso á justiça, entretanto, podemos considerar também incluir o salário mínimo, relacionando-o com o que ele possa patrocinar.

Luciana de Souza tece alguns esclarecimentos sobre o conceito do mínimo existencial, em que “Trata-se de conceito emprestado, como tantos outros, da dogmática constitucional alemã, basicamente em razão da não positivação de direitos sociais, econômicos e fundamentais pelo texto constitucional de Bonn. (...)”⁶⁶ e Andreas Krell revela detalhadamente a origem do conceito do mínimo existencial. Eis suas palavras:

“a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’. (2002:61).”⁶⁷

Os direitos sociais básicos podem encontrar empecilhos no planejamento orçamentário, que é critério estabelecido para o Poder Legislativo utilizar as receitas angariadas pelo poder público, em razão da reserva do possível. Diante da amplitude das necessidades públicas e da escassez de recursos, muitas vezes o Estado precisa fazer escolhas dramáticas, ao definir que necessidades serão atendidas naquele específico período orçamentário. Embora se reconheça grande discricionariedade aos poderes eleitos na escolha, é certo que o Estado está obrigado, pelo menos, a assegurar a fruição daqueles direitos que compõem o mínimo existencial⁶⁸ para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

O caso do direito fundamental à saúde é sempre o mais controverso porque há um planejamento orçamentário para aquele ano fiscal, em que estão

⁶⁶ SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Acessado em: 15/07/2012. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf. Pp. 3998.

⁶⁷ KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. *apud* SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Acessado em: 15/07/2012. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf. Pp. 3998.

⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

incluídas todas as políticas públicas para o seu fomento, nunca inferior ao mínimo percentual exigido constitucionalmente, em contraponto a ações judiciais individuais requerendo compra de medicamentos fora da listagem prevista pelo Poder Público ou mesmo internações e cirurgia para pessoas fora da fila agendada pelo Sistema Único de Saúde, criado, exatamente, para tentar atender e organizar as demandas que exijam assistência à saúde⁶⁹.

2.2.2 Os direitos fundamentais sociais e a reserva do possível

Para entender melhor a reserva do possível, extraem-se dois conceitos deste princípio: um que se refere à reserva do possível fática e, outro que se refere à reserva do possível jurídica. O primeiro relaciona-se com os cofres públicos diretamente, em que há ausência de recursos financeiros por parte do Estado e, o segundo, com a impossibilidade de alteração da legislação orçamentária. Contudo, evidentemente, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como justificativa para a falta da prestação de serviço público (direitos sociais básicos) determinado pela constituição.

Assim, Luciana de Souza esclarece “A ausência de recursos financeiros não se pode extrair pura e simplesmente da ausência de previsão de recursos orçamentários (...)”⁷⁰, o que, em tese, daria margem a interpretações de que o serviço não é prestado face a ausência de recursos. Ainda, Luciana de Souza, afirma o seguinte:

“Ademais, se a repercussão em matéria orçamentária, tal como ocorre com a reserva do possível, fosse limite intransponível para as decisões judiciais, é evidente que toda a legislação e arrecadação tributárias seriam insuscetíveis de controle de

⁶⁹ “Isto porque cresce exponencialmente em nosso país o número de decisões judiciais que obrigam, coercitivamente, o estado a fornecer os mais diversos medicamentos e prestações de saúde solicitadas em juízo pelos mais diversos cidadãos, com base, em cada qual, nas suas necessidades individuais, atestadas pelo parecer de seu médico assistente. Necessidades essas que, por diversas vezes, se chocam com as determinações da política pública da saúde, formalizada para atender as necessidades terapêuticas de toda a sociedade brasileira, de acordo com dados e prioridades cabíveis para a escolha da melhor oferta terapêutica.” V. Maria Célia Delduque e outros. **Judicialização das políticas de saúde no Brasil**. In Org. Alves, Sandra Mara Campos e outros. *Direito Sanitário em perspectiva*. 1 ed. v. 2. Brasília: FIOCRUZ, 2013. Pp. 181).

⁷⁰ Souza, Luciana Moessa. *Op. cit.* pp. 3999.

constitucionalidade e de legalidade, pois, toda vez que o Judiciário decide que uma lei tributária que institui ou aumenta tributo é inconstitucional ou que um ato arrecadatário da administração tributária é ilegal, restam diminuídas as fontes de receitas orçamentárias. A nosso ver, a reserva do possível pode e deve ser considerada nos precisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão inicialmente formulou o conceito: “**aquilo que se deve razoavelmente esperar do Estado**”, o que, evidentemente, varia no tempo e no espaço, mas funciona como um limite – que pode e deve existir – das expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial.”⁷¹

Como já mencionado em oportunidade anterior, os direitos sociais tem um custo, além do custo social, um alto custo financeiro e para isto é que serve o planejamento orçamentário (que será detalhado no próximo capítulo), para que a previsão orçamentária consiga abarcar o máximo dos direitos sociais básicos, bem como a formulação de políticas públicas, que além de fomentar a prestação desses serviços públicos, que engloba em sua formulação maior eficiência com o menor custo possível (economicidade).

Desta forma, quando um direito social básico não é prestado pelo Estado, entra em cena o Judiciário, mas não para substituir a decisão política⁷² e, sim, com o propósito de fomentar o controle social a alocação de recursos públicos. Ana Paula Barcelos, nas palavras de Luciana Souza, também entende que o Judiciário pode fomentar o controle social tanto do orçamento quanto da efetividade das políticas públicas.

“ANA PAULA DE BARCELLOS defende, como veremos, a possibilidade de interferência do Judiciário na alocação de recursos orçamentários, bem como no atingimento das metas definidas pelo próprio poder político e, ainda, no controle da eficiência mínima (economicidade) de políticas públicas (10 ?). Salienta ela, contudo, que os controles judiciais devem assumir formas que não substituam as deliberações dos órgãos políticos, bem assim que fomentem o controle social (e não o substituam), fornecendo informações relevantes para solução do problema. Para a jurista carioca, *‘não é possível que as esperanças todas*

⁷¹ *Ibidem*. Pp. 4001/4002.

⁷² O Judiciário não deve substituir a decisão política através de uma decisão judicial, já que esta está protegida pela discricionariedade concedida ao Legislativo e Executivo, entretanto, esta discricionariedade sofre limites ao que se refere aos direitos sociais básicos, em que eles devem ser prestados sempre, sendo discricionário ao poder Público a forma que serão implementados.

*sejam transferidas ao Judiciário. Deve-se criar condições para um efetivo controle político-social.*⁷³

Verifica-se, assim, que, em sendo a reserva do possível uma excusa normativamente aceita para que a omissão do Estado com relação aquelas necessidades públicas que **não seriam razoáveis fossem exigidas do Estado**, resta evidente que ela não se aplica quando se esta a tratar de omissão estatal na prestação dos direitos fundamentais sociais componentes do mínimo existencial, cuja prestação por parte do Estado **é razoavelmente esperado pela coletividade**, como evidencia a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrita:

“E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E

⁷³ Souza, Luciana Moessa. *Op. cit.* pp. 4002.

DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”⁷⁴

2.2.3 Direitos fundamentais sociais básicos, reserva do possível e o mínimo existencial: uma ponderação de interesses

Para dirimir esse conflito aparente entre princípios, mínimo existencial x reserva do possível, em que estão em confronto com os direitos sociais fundamentais, calcados no princípio da dignidade humana, e orçamento público, recorre-se a técnica da ponderação de interesses, para que o julgador conceda a decisão mais justa possível.

A aplicação da proporcionalidade (ponderação de interesses), como técnica de ponderação, passa a ser possível por intermédio do neoconstitucionalismo⁷⁵, ou seja, o direito constitucional menos positivista, em que a regra passa a dividir o cenário do Direito com os princípios.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Ag. Reg. no Recurso extraordinário n.º 581352, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. *Lex*: Jurisprudência do STF.

⁷⁵ “Com isso, as novas Constituições, distanciando-se aos poucos dos modelos clássicos, passaram a ostentar características ímpares, levando a literatura, que sobre elas se desenvolveu, a designar o movimento, ao cabo dessas mutações constitucionais, pela expressão *neoconstitucionalismo*. Com ela se indica, como uma de suas mais marcantes tipicidades, a força

Para tanto, diferentemente do o que ocorre com as regras, que na existência de conflito entre elas utiliza-se o método de resolução do “tudo ou nada”, que para Dworkin é deixar de aplicar uma regra em detrimento da outra, não se preza pelo afastamento, mas a retira do ordenamento jurídico. Já os princípios não estão no campo da validade, assim como as regras, mas no campo do peso⁷⁶, não podendo, ao existir conflito entre princípios, aplicar um em detrimento de outro, mas afastar um deles para privilegiar o outro mais adequado à solução do conflito. Entretanto, neste caso, o princípio desprivilegiado permanece no ordenamento jurídico, já que não há a declaração de sua invalidade.

Assim, estamos tratando da ponderação de interesses, método também muito utilizado pela jurisprudência brasileira para a solução de conflitos, em que esta harmonização⁷⁷ entre os princípios é realizada, sempre no intuito de resguardar o núcleo do princípio, tendo em vista que este não pode ser atingido e por isso, o princípio não pode ser retirado do ordenamento jurídico. Este núcleo é definido de acordo com a interpretação no caso concreto, já que é impossível estabelecer uma regra geral para definir o núcleo do princípio, que pode ser reduzido ou expandido, mas jamais extinto.

Para tanto, seguindo o modelo de Alexy⁷⁸ para a técnica de sopesamento ou ponderação, estudam-se os princípios como mandamentos de otimização e a máxima da proporcionalidade, como a técnica propriamente dita, por intermédio de seus critérios sucessivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ponderação de interesses traduz a ideia de que se deve privilegiar um Princípio Constitucional em um caso concreto, sem afastar totalmente a aplicação de outro princípio. Realizar a ponderação, quando necessário, é preservar os princípios fundantes do Estado democrático de Direito, assim como relata Binbenojm:

vinculante dos princípios”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

⁷⁶ Os princípios pertencem ao campo do peso, ou seja, o princípio que tem mais peso é que será aproveitado, no entanto, o outro ainda continua no sistema.

⁷⁷ A ideia da proporcionalidade advém da definição de harmonização.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2011. Pp. 587 e ss.

“... mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Daí se dizer que o Estado Democrático de Direito é um Estado de Ponderação.”⁷⁹

Então, para realizar a ponderação sem prejudicar a permanência do princípio no ordenamento jurídico, a questão é trabalhar o núcleo do princípio, tendo em vista este núcleo ser intocável e assim, impossibilita o seu afastamento por completo. Vejamos o que Daniel Sarmiento comenta sobre o assunto:

“Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o limite dos limites, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”.⁸⁰

O que importa aqui é a preservação do núcleo do princípio, quando este sofre colisão com outro princípio. A questão a ser levantada é como será feita a identificação deste núcleo⁸¹. Todavia, isto pode se mostrar uma tarefa árdua, tendo em vista tratar-se de uma interpretação para se definir o núcleo do princípio, que ficará a critério do intérprete da norma diante do caso concreto. Insta salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais, mas ainda permanece o problema de saber o limite deste princípio.

Para não criar maiores questionamentos, e mesmo com origens históricas diferentes⁸², é louvável entender que a proporcionalidade e a razoabilidade são

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pp. 33.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Pp. 229.

⁸¹ **Exemplo:** o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que seu núcleo pode ser considerado o mínimo vital/existencial (Ana Paula Barcelos), como a segurança, educação, saúde, entretanto, podemos considerar também incluir o salário mínimo, relacionando-o com o que ele pode patrocinar.

⁸² No direito costumeiro, a aplicação de precedentes se dá em conjunto com normas jurídicas, em que o juiz irá mediar o sistema jurídico aplicando a equidade. Desta forma, aplica-se ou não o precedente no caso concreto e em caso de ausência de precedentes julgará de acordo com suas próprias convicções principiológicas, ou seja, isto é a aplicação da razoabilidade no caso concreto. Este fato é inerente da *Common Law*. Na proporcionalidade, o juiz aplica o direito positivado,

sinônimas, pois, os critérios utilizados para realizar a ponderação ou sopesamento são os mesmos, em que o resultado prático também são convergentes. Vale lembrar, que a jurisprudência mais atual do Supremo Tribunal Federal⁸³ também aplica a proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas.

O princípio da proporcionalidade, segundo Robert Alexy, trata-se de uma Regra de Segundo Grau⁸⁴, já que não faz o menor sentido ser princípio, porque

sendo passível, sua decisão, de revisão. Então, o que o juiz faz no caso concreto é verificar se a legislação é proporcional e se atende o seu objetivo. Para tanto, cabe realizar um breve relato sobre sua origem, o que pode trazer a tona algumas diferenças sutis, já que o método de aplicação de ambas segue a mesma fórmula. A razoabilidade teve sua origem no direito inglês, contudo, melhor desenvolvido no direito americano, em que se deriva do devido processo legal substantivo (O Poder constituinte Originário traduziu a expressão americana *due process of law*, no art. 5º LIV da CRFB/88, para devido processo legal se referindo ao CPP e CPC. Contudo, Nelson Nery Junior esclareceu que constitucionalmente o devido processo legal estava relacionado ao processo justo a disponibilizar as partes. Ou seja, é o devido processo de justiça substancial, em que para isso ocorrer nos Estados Unidos utiliza-se a razoabilidade e na Alemanha, a proporcionalidade. Depois desta posição de Nelson Nery Junior, o STF passou aplicar proporcionalidade/razoabilidade, como sinônimos): “A essência do *substantive due process of law* reside, assim, na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que revele opressiva, arbitrária ou destituída de necessário coeficiente de razoabilidade” (SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa: princípios e métodos*. 1.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001. pp. 80.). Em outras palavras, as decisões do Poder Público devem atender a critérios do justo, alicerçando-os no ordenamento jurídico da *Common Law*. “O princípio da razoabilidade na limitação da liberdade individual foi magistralmente sintetizado na fórmula de Romagnosi: **o mínimo de sacrifício com o máximo de resultados.**” (SILVA, Celso de Albuquerque. *Op.cit.* pp. 78) Já a proporcionalidade vem do Direito Alemão, introduzido na atual Constituição Federal, a Constituição de Bonn, concretizado no pós-guerra (2ª Guerra Mundial). Está ligado, no direito europeu, mais precisamente no direito francês, no desenvolvimento das teorias do desvio de finalidade e excesso de poder da sede administrativa. A ideia criada pelo Tribunal Alemão, ao aplicar este princípio, é de que o princípio da Reserva Legal tem que estar revestido da proporcionalidade, ou seja, o legislador proporcional para assim se trabalhar a ideia de justiça. Alemanha = Princípio da Proporcionalidade, seguido também pelo Brasil. Estados Unidos = Razoabilidade.

⁸³ “**HC 114452 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG. NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 16/10/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma. Ementa: (...) 2. A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior. (...)**”. Nota-se que na jurisprudência mencionada acima, o STF, apesar de citar “os critérios de razoabilidade”, não realiza os enfrentamento destes critérios, ou seja, adequação, necessidade/exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Habeas corpus. Ag. Reg. no Habeas Corpus n.º 114452, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de outubro de 2012. *Lex*: Jurisprudência do STF.

⁸⁴ Conclusão tirada da famosa nota de rodapé, nº 84, da tradução realizada pelo Virgílio, que indaga: “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não.

serve como uma técnica de ponderação do conflito. Também não é um mandamento de otimização, como é exigido pela teoria de Alexy para ser princípio. É, portanto, uma regra de segundo grau, significando dizer que é uma norma que rege outras normas, ou seja, a colisão de princípios. Para Ávila, está em outra categoria, se não é regra e não é princípio, então são postulados. Para Alexy e Ávila a proporcionalidade decorre dos princípios.

“(...) a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável”.⁸⁵

Desta forma, segundo o modelo de Alexy, a máxima da proporcionalidade é que determina qual princípio, em caso de colisão, será otimizado, diminuindo a aplicação do outro no jogo da ponderação.

“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.”⁸⁶

Primeiro, na ponderação, como foi dito anteriormente, não pode suprimir um princípio em detrimento de outro. Assim sendo, tem-se que privilegiar um princípio, sem retirar o outro do ordenamento jurídico, diferente do que acontece

O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, como regras. Cf., nesse sentido, Görg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen: Mohr, 1983, p. 11, que faz menção a um ‘enunciado jurídico passível de subsunção’.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2011. Pp. 117.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pp. 112.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

no conflito de regras, em que a teoria do “tudo ou nada” de Dworkin (Teoria Forte), quando houver colisão de regras, aplica-se uma regra e a outra é retirada do ordenamento jurídico (norma inválida).

Para se realizar a técnica da ponderação, deverá adotar os critérios de forma sucessiva, em que é necessário ser aprovado em cada critério, não podendo se adequar a um sem se adequar a outro, na seguinte ordem:

1) **Adequação:** Representa a capacidade ou aptidão em atingir os objetivos pretendidos, lastreados no interesse público (é o mecanismo que veda o arbítrio). A norma tem que estar adequada à solução daquele problema, atendendo ao seu fim, em que:

“Adequação relaciona-se com a aptidão, idoneidade da medida postulada quando cortejada com os fins a serem alcançados. Trata-se da relação lógica e necessariamente incidir entre capacidade dos meios utilizados para produzir o resultado a ser a final alcançado, estando tanto os fins quanto os meios em consonância com o ordenamento constitucional”.⁸⁷

Então, tanto os fins quanto os meios devem estar em consonância com o ordenamento constitucional.

2) **Necessidade ou Exigibilidade:** Cuida-se aqui de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados. É a utilidade ou proveito em se utilizar a medida menos gravosa para se alcançar o fim colimado, ou seja, “Em outro dizer, cuida-se de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados”⁸⁸.

Na Experiência Norte-Americana, o critério necessidade é submetido a três *standards*: *low standard*, *higher standard* e *strict scrutiny*.

“No controle moderado (*low standard*), o meio escolhido deve ser razoavelmente relacionado (*rationaly related*) com o fim colimado, que pode ser apenas um legítimo interesse público. O controle rigoroso (*higher stadards*) divide-se em *intermediated scrutiny*, o qual o meio empregado deve ser substancialmente relacionado

⁸⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op.cit.* pp. 88.

⁸⁸ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op.cit.* pp. 89.

(*substantially related*) com o fim colimado, representado por um importante objetivo governamental, e *strict scrutiny*, onde o meio adotado precisa estar estreitamente relacionado (*narrowly related*) com a consecução do fim perseguido, que, ademais, deve revestir-se de um marcante interesse público.”⁸⁹

Esses *standards* são critérios mais específicos para concluir, com mais certeza, de que aquele meio realmente era o menos oneroso.

3) **Proporcionalidade em Sentido Estrito:** É o juízo de valoração do custo/benefício no caso concreto. Aqui, a *Civil Law* aproxima-se da *Common Law*⁹⁰, em que não há parâmetro legislativo para sua análise, entretanto, essa análise valorativa deverá ser realizada pelo juiz, já que este não atua mais como mero aplicador da norma, sendo dotado também de discricionariedade da sua decisão. Conforme Celso Silva:

“O último dos requisitos apontados pela doutrina é a proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é que um juízo de valoração custo/benefício no caso concreto. Em tema de razoabilidade, sempre estarão em jogo dois bens/direitos constitucionalmente protegidos, sendo um deles comprimido pra possibilitar a satisfação do outro. A proporcionalidade em sentido estrito oferece a oportunidade para averiguação se ao ônus imposto ao direito sacrificado corresponde um benefício ao direito privilegiado compatível com *standards* mínimos de justiça”.

Portanto, o juiz tem que fundamentar a sua decisão, dizendo quais foram os motivos que o levaram a sua decisão final, pois, o bom senso não serve como justificativa. Assim, decisões em perspectiva individual, fora do planejamento orçamentário, como no caso da saúde, podem ser consideradas decisões desproporcionais, já que a maioria das decisões não é realizada a verdadeira

⁸⁹SILVA, Celso de Albuquerque. *Op.cit.* pp. 90.

⁹⁰ “Na atualidade, o direito ocidental é dividido em duas grandes famílias, dois grandes sistemas: (i) o da tradição romano-germânica, também referido como *civil law*, baseado, sobretudo, em normas escritas, no direito legislado; (ii) e o *common law* ou direito costumeiro, originário do direito inglês, que sofre menor influência do direito romano, e desenvolveu um sistema baseado nas decisões de juízes e tribunais, consistindo o direito vigente no conjunto de precedentes judiciais. Nas últimas décadas, verificou-se ascensão do papel da lei escrita nos países da *common law* e, do mesmo passo, a valorização da jurisprudência – isto é, dos precedentes judiciais – no mundo romano-germânico, inclusive no Brasil.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed. 3ª t. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009. nota, p. 43-44.

técnica da ponderação, apenas fala-se que é razoável tal decisão sem seguir critério algum⁹¹.

2.3 Revisão do princípio da Separação dos Poderes e o Poder Judiciário no modelo do neoconstitucionalismo

Em razão da visão clássica do princípio da separação dos poderes, como analisado no primeiro capítulo, permanece, até os dias atuais, a sensação que cada “Poder” é determinado por uma função típica e, quando realiza uma função atípica, estaria fora dos moldes de seu campo de atuação e usurpa a função alheia.

Todavia, esta sensação não passa de uma mera lembrança pertencente a um passado distante, já que as constituições contemporâneas, inclusive a Constituição da República de 1988, determinam a cada Poder, Legislativo, Executivo e Judiciário, suas funções típicas, bem como suas funções atípicas, que estão sendo executadas de forma recorrente entre os Poderes. Em relação ao princípio liberal da separação de poderes teve seu apogeu nos albores do constitucionalismo clássico, mas hoje já não responde satisfatoriamente as demandas coletivas de uma sociedade complexa, multifacetada e multivalorativa como a contemporânea. Nesse sentido Bonavides assim se expressa:

“Esse princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos da Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

⁹¹ “Especificamente em relação ao direito social à saúde, temos que o exercício desse direito está intrinsecamente ligado à elaboração de políticas de saúde e à prestação de serviços públicos de saúde, que, por sua vez, são permeados por questões de ordem política, social, econômica e técnico-científica. (...) A elaboração de uma política pública de saúde demanda uma série de conhecimentos e questões que ultrapassam, e muito, os limites do campo jurídico, tal como está hoje disciplinado em nossa sociedade. Todavia, faz-se necessário que essas políticas públicas sejam conhecidas e inseridas no sistema jurídico, para que o direito à saúde seja exercido e garantido na sua complexidade.” V. Maria Célia Delduque e outros. **Judicialização das políticas de saúde no Brasil**. In Org. Alves, Sandra Mara Campos e outros. *Direito Sanitário em perspectiva*. 1 ed. v. 2. Brasília: FIOCRUZ, 2013. Pp. 184/185.

Representou seu papel. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram a sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda possuem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.”⁹²

No Brasil, como exemplo, o Chefe do Poder Executivo legislando por intermédio das medidas provisórias e o Judiciário, através de suas decisões, criando políticas públicas não previstas no orçamento público, bem como o caso das súmulas vinculantes^{93 94}.

Nesse mesmo sentido, Peixinho elucida. Eis suas palavras:

⁹² BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007. Pp. 64.

⁹³ Cf. Peixinho (**O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, nos dias 20,21 e 22 de novembro de 2008. Brasília/DF. Acessado em: 08/11/2013. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Pp. 4034.) “No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, ou na expressão utilizada por François Rigaux, “a invasão do legislativo no judiciário”, há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.”.

⁹⁴ O Sistema da Civil Law, originário do Direito romano, não adota os precedentes como fonte formal do Direito, sendo esta uma característica da *Common Law* (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função (a ilegitimidade consitutcional do efeito vinculante)*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38.), sistema adotado pela tradição anglo-americana, pois a utilização do direito não escrito ou não codificado, que é comum no sistema anglo-saxão, em que a decisão judicial é utilizada para a solução de um caso concreto poderá formar um precedente judicial, o qual tal decisão poderá ser usada como solução a outro caso concreto com conteúdo semelhante ao precedente. O controle de constitucionalidade difuso é importante para a formação desses precedentes.

Atualmente, com a dinamização cada vez maior do Direito, muitos países que adotam a *Civil Law*, em que as regras de condutas codificadas prevalecem em seu sistema jurídico, o que era uma tendência passou a ser realidade com a criação dos Tribunais Constitucionais, e a *Common Law* começou a ocupar um espaço bem importante no Sistema da *Civil Law*, por intermédio das decisões judiciais emanadas por esses Tribunais Especiais, já que o escopo é ser guardião da Constituição e toda vez que são acionados para dar uma interpretação quanto à constitucionalidade de uma norma, seu julgado passa a ser utilizado como base para as decisões para o mesmo Tribunal ou para os Tribunais *a quo*.

“O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes.

Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo. Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração.”⁹⁵

O Poder Judiciário sofre fortes críticas quanto à famosa “judicialização da política”, entretanto, cabe ressaltar o seu papel como guardião da Constituição, que, quando provocado para dirimir questões atinentes à defesa de direitos fundamentais⁹⁶, o Judiciário tem que se pronunciar, a fim de evitar lesão ocasionada pelos poderes públicos a esses direitos⁹⁷. Esse controle judicial sobre as políticas públicas relativas a promoção dos direitos fundamentais é uma consequência natural do reconhecimento da força normativa da constituição no modelo do neoconstitucionalismo. Isso porque, embora exista uma pluralidade de sentidos atribuídos à expressão neoconstitucionalismo, é possível constatar que

⁹⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, nos dias 20,21 e 22 de novembro de 2008. Brasília/DF. Acessado em: 08/11/2013. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Pp. 4033.

⁹⁶ Sabe-se que o Judiciário é o defensor dos direitos fundamentais, quando os Poderes Legislativo e Executivo não atuam quando há a determinação constitucional (a exemplo, quando no orçamento público não há a dotação orçamentária mínima prevista para a saúde e a educação), mas a Constituição da República de 1988 não limita o que são, em seu conteúdo, esses direitos fundamentais.

⁹⁷ Em citação a Klaus Stern, Peixinho coloca a judicialização como fator de impossibilitar as lesões aos direitos fundamentais, assegurando a própria constituição. Veja: “Por último, pontua Klaus Stern que sem a judicialização da constituição é quase impossível o cometimento de violações à Constituição. Apesar de não existir cláusula geral que consagre a Justiça Constitucional, tendo em vista as amplas competências do Tribunal Constitucional Federal alemão, não há qualquer questão relevante que não possa ser apreciada pela Justiça Constitucional. O princípio da divisão e separação de poderes, *checks and balances of powers*, não só tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a constituição.” (V. Manoel Messias peinho. O

todos se interligam como maneiras de aproximação dos fenômenos jurídicos oriundos do constitucionalismo pós-45, caracterizado pela gestação de constituições com um extenso rol de direitos fundamentais, densamente permeadas por diretrizes axiológicas e blindadas por robustos sistemas de sindicabilidade e garantia judicial.⁹⁸

A constitucionalização dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa da constituição implicam em um maior - não necessariamente com primazia sobre o legislador ou administrador - ativismo judicial na concretização de políticas públicas asseguradas constitucionalmente. Na omissão dos demais poderes, de alguma forma, sua atuação terá que ocorrer para assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, aí incluídos, os direitos sociais.

Nada obstante, o Judiciário tem que se escorar em decisões de forma a atender a coletividade como um todo, já que a exemplo, os direitos sociais, como a saúde, interessam a coletividade que utiliza este serviço público e não a prestações individuais, que sairiam do orçamento para alcançar um número maior de indivíduos, para acampar apenas um ou alguns. Neste caso, a decisão política do Judiciário interfere gravemente nos demais poderes, o que cria o verdadeiro impasse sobre como aceitar este novo papel do Judiciário. Para Peixinho, é fundamental o equilíbrio e harmonia entre os poderes, e, principalmente, o Judiciário, que suas decisões sejam calcadas no princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade. Eis suas palavras:

“É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.”⁹⁹

Em conclusão, verifica-se que a divisão dos Poderes não é mais algo tão quadrado, quanto era visto na classificação Clássica. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não exercem somente funções típicas, mas funções

⁹⁸ CAMARGO, Margarida e TAVARES, Rodrigues, *As Várias Faces do Neconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 358.

⁹⁹ PEIXINHO. *Op. Cit.* pp. 4034.

atípicas também, entretanto, deve-se ter cuidado com a linha limítrofe do exercício desta função, para que impere o equilíbrio harmônico entre os Poderes.

3 O ORÇAMENTO PÚBLICO: FUNÇÃO, CONTROLE ORÇAMENTÁRIO E INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Historicamente, durante o império no Brasil, o orçamento público era meramente considerado como um documento contábil que continha a previsão das receitas e a autorização das despesas a serem realizadas pelo poder público, sem vincular o Estado e o controle de seus gastos ao interesse público. Entretanto, com o surgimento do “Estado Social”, após a Revolução Russa de 1917¹⁰⁰ e por intermédio das teorias marxistas sobre o socialismo¹⁰¹, o orçamento público torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: planejamento, execução e controle.

A inversão das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, contidos na constituição, passam a ter sua implementação relacionada às políticas públicas adotadas pelo Estado. Nesse sentido, Guedes esclarece:

“A condição de instrumento de restrição de valores das contas governamentais acabou por atribuir também ao Orçamento Público, com o decorrer do tempo, outra condição, a de meio efetivo de controle das ações pretendidas pelo governantes. Isso se deu devido ao fato de que os valores associados a itens de gasto e de receita permitiam vislumbrar o que se pretendia realizar dadas as bases do financiamento estatal. Foi então essa condição, enquanto instrumento de controle mais abrangente, que permitiu, nas últimas décadas, acrescer ao Orçamento a finalidade de instrumento de integração das diversas políticas públicas, dentro de um processo coordenado de planejamento.”¹⁰²

¹⁰⁰ “A Revolução Russa de 1917 é o Estado social, não unicamente pelos influxos que já exercitou sobre o ocidente, mas que doravante há de produzir também em matéria de transformação institucional nos países do Leste, debaixo da *perestroika* de Gobachev, que acabou por decompor o sistema stalinista de autocracia imperial sobre as nacionalidades sequiosas de autodeterminação; um desfecho imprevisto que abalou o mundo, mas que não compromete em nada o futuro do socialismo democrático perfeitamente exequível na moldura do Estado social.” BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007. pp 209.

¹⁰¹ *Ibidem*. pp 184/185.

¹⁰² GUEDES, Álvaro Martins. Controle Financeiro e Orçamentário Público e a Descentralização Administrativa no Brasil. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília. V. 31. N. 85. Jul/Set 2000. Pp. 13.

Assim, com o surgimento da noção do “Estado Social”, surgem também os chamados “direitos sociais” ou “direitos de segunda geração”. Estes últimos, vale dizer, com um conteúdo diferente dos direitos oriundos do Estado Liberal. O Estado assume responsabilidades que anteriormente não detinha, levando em conta que a sua intervenção era mínima, para implementar serviços que qualifica como público. Há, portanto, uma transformação na visão sobre o Estado que, quando Liberal, era visto como violador de direitos e, quando Estado Social, é visto como principal viabilizador dos direitos e garantias individuais¹⁰³.

Essa transformação política e social também se reflete na política orçamentária. Em resumo, o Estado Liberal¹⁰⁴ previa uma intervenção mínima do Poder Público na sociedade, servindo apenas como elaborador e executor das leis, ou seja, um protetor dos direitos individuais. Com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente no Brasil, o poder público passa a ter um papel mais intervencionista e, também, assistencialista, para promover saúde, educação, moradia, direitos trabalhistas, etc.¹⁰⁵¹⁰⁶. Evidente que a promoção destes direitos têm custos, em que a dotação orçamentária terá que arrecadar mais receitas, para compensar as despesas. Por este motivo, a Constituição de 1988 regula a forma que o Estado deverá gerir o erário público, a fim de atender essas prestações de serviços públicos.

Entretanto, esses direitos sociais básicos podem encontrar empecilhos no planejamento e execução orçamentária, tendo em vista o orçamento ser

¹⁰³ Isto, no Brasil, é confirmado pela Constituição de 1988.

¹⁰⁴ “O Orçamento Público é um instrumento que teve a sua origem histórica derivada da necessidade de impor um limite à arrecadação de impostos. Posteriormente, o ideário liberal, presente na primeira revolução industrial na Inglaterra, formulou um princípio de equilíbrio entre as receitas e as despesas públicas. Esse princípio, que propunha a busca permanente de um controle de restrição financeira dos governos, passou a ser o principal fundamento à existência de orçamentos públicos, aprovados, desde então, na forma de lei.”

GUEDES, Álvaro Martins. Controle Financeiro e Orçamentário Público e a Descentralização Administrativa no Brasil. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília. V. 31. N. 85. Jul/Set 2000. Pp. 13.

¹⁰⁵ A inclusão na Constituição Federal de 1988 dos direitos fundamentais de segunda geração (saúde, educação, previdência e assistência social) e da mudança da visão do Estado, que passa a fazer parte ativamente da vida do cidadão, através do implemento de políticas públicas que deem efetividade a tais direitos, o que só pode ser feito através do orçamento, ou seja, do planejamento e previsão de receitas e despesas.

¹⁰⁶ “Com o acréscimo dessa última finalidade, completou-se um ciclo histórico, interpretado como ‘revolução orçamentária’, em que se pretendeu atribuir ao Orçamento Público um ilimitado poder disciplinador da ação do estado. As implicações percebidas pelos teóricos do Orçamento Público, de tão profundas, permitiriam à época que alguns autores entendessem ser até prescindível a necessidade de o poder legislativo participar de muitas das decisões do poder executivo (...)”.

GUEDES. *Op. cit.* pp.13.

elaborado de forma inadequada a atendê-los e o Poder Legislativo, que é o responsável por controlar o orçamento, pode se mostrar um personagem insuficiente para realizar este controle. O erário público tem que abarcar pelo menos o mínimo existencial¹⁰⁷ para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade. Nesse contexto avulta em importância a presença do Judiciário, que também deve ser considerado como um fiscalizador do orçamento, para que assim sejam efetivados os direitos fundamentais.

Por este motivo, também se faz necessário utilizar orçamento como instrumento de participação da sociedade, tendo em vista que, sendo a sociedade a maior interessada que o orçamento inclua o maior número de direitos sociais possíveis, participar da elaboração do orçamento é fundamental para que esses direitos sejam efetivamente incluídos no orçamento. O exercício da democracia direta é o verdadeiro exercício da cidadania material.

Em virtude das proposições iniciais, este capítulo tem a finalidade de analisar o orçamento, sua função e controle da execução orçamentária, bem como analisar o orçamento como instrumento de participação social.

3.1 O Orçamento Público

3.1.1 Conceito

Em termos mais amplos, Aliomar Baleeiro expõe o conceito de orçamento da seguinte forma:

“o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei”¹⁰⁸

¹⁰⁷ _____, **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁰⁸ Baleeiro, Aliomar, *“Uma Introdução à Ciência das Finanças”*, Forense, 16 ed., 2004, p. 411

Assim, em uma forma mais fácil de compreender o conceito de orçamento, pode-se dizer que é o planejamento de receitas e despesas ao qual o Estado está vinculado. De forma mais sintética, Harada o conceitua como “uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado”.¹⁰⁹

Enfim, em uma leitura do artigo 165 da Constituição, pode-se extrair o conceito do orçamento, entendendo que é uma lei de efeitos concretos, que visa administrar a arrecadação de receita, bem como a realização de despesas. Faz parte do planejamento financeiro do Estado (sendo de ressaltar que o planejamento orçamentário abrange ainda a lei de diretrizes orçamentária e o plano plurianual), para que regulamente sua atuação, ou seja, o seu limite de atuação, determinado por um lapso temporal de um ano.

Na peça orçamentária consta, então, a previsão da receita a ser arrecadada e que será utilizada para alcançar os objetivos do Estado mas, também, para determinar que despesas o Estado deverá atender em consonância com seu planejamento orçamentário. As receitas estarão comprometidas para as realizações de despesas criadas para cumprir as finalidades do Estado, entretanto, a receita também será o limite que o estado poderá se comprometer a realizar os “serviços públicos”. Não se trata de uma peça meramente contábil, mas deve-se ter em mente a importância do orçamento público como instrumento de implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e como mecanismo fundamental para o planejamento estatal na prestação dos serviços públicos de relevância social, vez que em virtude do princípio da legalidade orçamentária o Estado só poderá gastar o montante autorizado na peça orçamentária ou em créditos adicionais ao orçamento.

Neste sentido, Celso de Albuquerque Silva se posiciona da mesma forma. Eis suas palavras:

“Em nossa Carta Básica encontram-se os valores, os princípios e as regras que devem de um lado orientar e de outro, conformar, a atuação do Estado. A Constituição brasileira já em seu preâmbulo afirma instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem estar e a justiça, dentre outros,

¹⁰⁹ HARADA, Kiyoshi, “*Direito Financeiro e Tributário*”. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.75.

como valores supremos de uma sociedade fraterna. Logo a seguir, afirma em seu artigo 3º constituir objetivos fundamentais de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, a superação das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos. Assim, um dos valores mais essenciais do Estado Democrático de Direito delineado através da Carta de 1988 é o da *justiça social*, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo fraternal. A realização desses ideais é proposta assumida por toda a sociedade e imposta ao Estado. Ora, um dos instrumentos mais poderosos para a produção da justiça social é o orçamento público.”¹¹⁰¹¹¹

Entretanto, esses direitos sociais básicos podem encontrar empecilhos no planejamento orçamentário, que é critério estabelecido para o Poder Legislativo utilizar as receitas angariadas pelo poder público. O Erário público tem que abarcar pelo menos o mínimo existencial¹¹² para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

3.1.2 Função do orçamento público

Como já foi comentado em oportunidade anterior, o orçamento está inserido no planejamento de ação governamental para suprir as necessidades públicas, ou seja, os direitos sociais¹¹³ (o orçamento público pode ser considerado como um instrumento de democracia participativa, quando a sociedade é convidada a participar – através de legislação – e pode colaborar com este

¹¹⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. Legitimidade Da Execução Orçamentária: direitos sociais e controle pelo poder judiciário. ANPR online. V. 8. pp. 8 e ss, 2009. Pp. 13.

¹¹¹ Acerca do tema, confirmam-se as colocações de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvarth, para quem o orçamento em sua moderna visão, deixa de ser uma mera peça contábil, de conteúdo financeiro, para passar a ser o instrumento de ação do Estado, constituindo-se em um documento dinâmico de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos, (Manual de Direito Financeiro, 2ª edição, RT, p.75. In: SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.* pp. 14, n. 12).

¹¹² _____, **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹¹³ “Se determinado conteúdo foi incluído no sistema de direitos fundamentais, passa a ser invocado para se interpretar os demais preceitos que compõem a Constituição. Mas o conteúdo que estes últimos veiculam e eventualmente pressionado por uma força tendente à sua inclusão, pela via da afirmação de sua fundamentalidade material, no rol daqueles direitos.”

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1, pp. 715.

planejamento, tendo em vista ser o maior interessado nas políticas públicas adotadas pelos governos). Esta função está prevista na constituição orçamentária, cuja extração do conteúdo deve ser sistematicamente realizada nos artigos 70 a 75 e 165 a 169, todos da CRFB/88, em que o administrador público está obrigado a realizar o planejamento e o programa de metas com enfoque à reduzir as desigualdades sociais, garantir a proteção à dignidade da pessoa humana, em função do objetivo do Estado de promover o bem estar social, acatado pela Constituição de 1988.

Para a elaboração do planejamento estatal, que é determinante para o Poder Público nos termos do artigo 174 da constituição, o Estado exerce uma intensa atividade financeira na arrecadação dos recursos necessários ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, administrativa no oferecimento concreto de utilidades via processo do serviço público e política, referente à escolha das necessidades públicas que serão atendidas no respectivo período orçamentário.

Esse o ensinamento de SILVA, ao analisar as funções exercidas pelo orçamento público. Eis suas palavras:

“Com espeque nesses postulados constitucionais, o Estado exerce intensa atividade financeira, através da arrecadação de receitas e realização de despesas, o que se espelha anualmente no **orçamento**. Este documento tem, portanto, **função política**, de exercício de opção entre os diversos tipos de gastos a fazer e/ou necessidades a satisfazer; uma **função econômica**, de compatibilizar a arrecadação com os gastos, com vistas ao desempenho adequado das funções do Estado, na medida em que uma das características modernas do orçamento é sua dependência da economia e **função reguladora**, que se traduz na utilização do orçamento de forma a que o Estado controle e regule as atividades dos agentes econômicos.”¹¹⁴

Ainda Celso de Albuquerque Silva, diz que o ciclo clássico do orçamento é composto por quatro fases para a alocação de recursos: “(...) elaboração da proposta orçamentária; aprovação do orçamento na instância legislativa; execução do orçamento pelas unidades administrativas e controle dessa

¹¹⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.* pp. 14.

execução, para introduzir, antes, o planejamento e programação e, depois, o item avaliação.”¹¹⁵

Assim, o orçamento-programa tem a função precípua de planejamento das ações governamentais para, desta forma, atingir o seu objetivo principal, que é o desenvolvimento social e econômico (que poderá ser melhor explicado posteriormente, tendo em vista as colocações que serão realizadas com base em Almartya Sen). Este é o instrumento para alcançar as metas e programas estabelecidos para tais desenvolvimentos.¹¹⁶

3.1.3 Natureza do orçamento público.

Como visto no tópico 3.1 acima, o conceito clássico de orçamento aponta para um ato que prevê arrecadação de receitas e autoriza (não necessariamente obriga) a realização da despesa pública. A seu turno, o artigo 165, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que *lei de iniciativa do Poder Executivo estabelecerá o orçamento anual*. Lei não é conselho ou sugestão. Lei refere-se a uma afirmação deontológica, ou seja, obrigatório. Nisso reside a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do orçamento.

Segundo Luiz Emygdio, essas divergências podem ser reunidas em quatro grupos distintos. Para a primeira corrente, capitaneada por Hoennel, o orçamento é sempre uma lei, porque emanada de um órgão eminentemente legiferante que é o Poder Legislativo; a segunda corrente, da qual o maior representante é Laband, não reconhece a natureza material de lei ao orçamento, pois classifica a lei não pela sua origem orgânica, mas pelo seu conteúdo, reconhecendo ao orçamento a natureza de ato administrativo; a terceira corrente, liderada por Léon Duguit, busca ser um meio termo entre as teorias de Hoennel e Laband. Segundo seu criador, o orçamento seria lei na parte em que autoriza a cobrança e arrecadação das receitas públicas e ato administrativo na parte relativa à despesa por conter

¹¹⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.* pp. 15.

¹¹⁶ “(...) opera a síntese entre o Estado fiscal Liberal e o Estado de Bem Estar Social, tendo em vista que o próprio Estado de Direito se transforma em Estado Democrático e Social de Direito”. Torres, Ricardo Lobo, *“Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário”*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.10.

meras autorizações concedidas pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, para que este as efetue; a quarta é última corrente, na qual se destaca Gaston Jèze, defende a tese de que o orçamento não é lei em nenhuma de suas partes, mas simples ato-condição, pois é necessário o orçamento (a condição autorizativa) para realizar a despesa pública e também arrecadar os tributos já previstos em leis anteriores¹¹⁷.

No Brasil tem prevalecido a teoria de que o orçamento, em termos materiais, representa um mero ato administrativo ou ato-condição. Em outras palavras, por não ser lei, o orçamento apenas autoriza, mas não vincula, não obriga, não impõe ao Poder Executivo a realização de despesa pública autorizada. O orçamento é autorizativo e não impositivo, estando na margem de discricionariedade administrativa a efetivação ou não da despesa prevista.

Ainda que, em termos gerais, se possa aceitar essa teoria, máxime porque existe a possibilidade de a previsão das receitas orçamentárias não virem a se confirmar reduzindo o lastro financeiro efetivo quando comparado com o previsto, ao menos quando se tratar de direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial, essa posição precisa ser revista, para reconhecer-se a natureza jurídica de lei formal e material ao orçamento quanto as referidas rubricas orçamentárias¹¹⁸.

Ressalta-se que, em virtude do orçamento como programa de metas para alcançar as necessidades sociais, torna-se evidente que as políticas públicas estabelecidas no planejamento orçamentário vinculam a Administração Pública, estando, também, em consonância com os princípios democráticos extraídos da interpretação do texto constitucional como, por exemplo, a proteção à dignidade da pessoa humana, não podendo ser reconhecido como mero ato autorizativo que poderá orientar, mas não obrigar a atuação do Estado. A força normativa da Constituição e a fundamentalidade dos direitos sociais ali assegurados não se compatibilizam com esse vetusto entendimento.

¹¹⁷ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 20ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 71-73.

¹¹⁸ Sinale-se que o STF pode se encaminhar no sentido de reconhecer uma vinculação mínima as leis orçamentárias se prevalecer o voto do relator da ADI 4663 Min. FUX. "Frisou que as normas orçamentárias ostentariam a denominada força vinculante mínima, a ensejar a imposição de um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada motivação administrativa que justificasse o descumprimento com amparo na razoabilidade, fossem essas normas emanadas da proposta do Poder Executivo, fossem fruto de emenda apresentada pelo Legislativo" (Informativo STF 660).

O orçamento público, como já foi mencionado anteriormente, é um canal democrático para o exercício da cidadania, pois, quando protege o princípio da dignidade da pessoa humana, assegura um princípio de caráter fundamental, necessário para existir a democracia. Não será esmiuçado neste momento, porém, vale lembrar, que o orçamento, durante a sua elaboração, poderá ser utilizado em prol da cidadania substantiva, em que o cidadão poderá exercer, de forma direta, a participação na elaboração do orçamento. Também, o controle da execução do orçamento torna-se peça importante para a implementação dessas políticas públicas e efetividade dos direitos sociais fundamentais, como será analisado no próximo tópico.

3.2 Controle da execução orçamentária

Mais uma vez, em consonância com o Estado Democrático de Direito, o Poder Constituinte inseriu no texto constitucional de 1988 um modelo sistêmico de controle da execução orçamentária, o controle interno e externo.

O controle interno é realizado pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública controlada, ou seja, é criado um mecanismo interno de controle pelo próprio que está executando o orçamento.

Já em relação ao controle externo, que merece mais destaque, pois, este controle é exercido por órgão estranho à Administração Pública que está executando o orçamento. Segundo o arts. 71, *caput* e 74, § 2º, da CRFB/88, os fiscalizadores do orçamento podem ser o Tribunal de Contas (o fiscalizador mais atuante neste tipo de controle) e o Poder Legislativo. Não esquecer, que apesar não constar na seção da Constituição da fiscalização do orçamento, pelo Poder Judiciário, em virtude do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, por se tratar de um controle de legalidade e há ameaça de lesão a direitos fundamentais do cidadão é, para além de plenamente possível, muitas vezes absolutamente necessária.

Executar o orçamento é primordial para a implementação das políticas públicas ali contidas no planejamento orçamentário. Entretanto, é necessário que haja um controle, tanto interno quanto externo, pois trata-se do erário público e da efetivação dos direitos sociais. Então, para justificar este controle da execução

orçamentária, a doutrina apresenta duas razões: as razões política e financeira. Neste sentido, Celso de Albuquerque Silva justifica a necessidade do controle pelas razões política e financeira, nos seguintes termos:

“Nesse diapasão, o controle da execução do orçamento se afigura indispensável por razões política e financeira. Sob o viés *financeiro*, para evitar os desperdícios e as dilapidações do patrimônio público, o controle deve abranger os aspectos da legalidade e economicidade. Legalidade significa ter o ato assento em lei.

(...) A seu turno, sob o matiz político o controle deve abranger o aspecto da legitimidade para que se verifique a efetiva aplicação da decisão do Congresso em matéria orçamentária, impedindo, assim, que o Poder Executivo não perceba as receitas autorizadas pelo orçamento e/ou não atenda as necessidades públicas pela inexecução orçamentária, deixando de realizar as despesas autorizadas na peça orçamentária. A análise da legitimidade implica em uma avaliação acerca da questão se o processo de despesa pública está, efetivamente, contribuindo para alcançar os fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito. Para verificação da higidez da execução orçamentária não basta mais que a despesa seja legal e eficiente. É preciso, ainda, que caminhe para a realização dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil.”¹¹⁹

Ainda nessa mesma linha de raciocínio “às finanças públicas cumpre perseguir o princípio do custo-benefício. Logo a despesa deve adequar-se à receita, de modo que os tributos pagos pela população tenham um destino útil.”¹²⁰

A moralidade da execução orçamentária se perfaz no controle da legitimidade, apontando, desta forma, para a abertura da política. Tributário deste pensamento, Ricardo Lobo Torres expõe. Eis suas palavras:

“(...) a democracia e a moderação do papel do Estado atual acarretam a necessidade de decisões políticas, da implementação de políticas e aperfeiçoamento da política do bem estar, seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do controle de sua execução, que não pode deixar de ser político, finalístico, valorativo e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros”.¹²¹

¹¹⁹ SILVA. *Op. cit.* pp. 17.

¹²⁰ Bulos, Uadi Lammêgo, “*Constituição Federal Anotada*”, São Paulo: Saraiva, 2005. pp.888

¹²¹ Torres, Ricardo Lobo, “*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*”, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp.509.

Agora, deve-se analisar o outro lado da moeda, em que mesmo outorgado pela Constituição de 1988, o exercício do controle orçamentário, desde sua elaboração até a sua execução, ao Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, é notório a ausência de efetividade da fiscalização deste controle orçamentário.

Quando direcionado aspectos que se referem à legalidade e economicidade (aspectos formais), no âmbito do controle financeiro, o que resta demonstrado é a má aplicação dos recursos públicos, a ilicitude (com abrangência na esfera penal) e ilegalidade, muitas vezes com a aprovação do próprio Tribunal de Contas, tendo em vista a falha neste tipo de controle.

Diante disso, vale lembrar a importância da atuação do Judiciário como fiscalizador deste controle (embora seja um controle repressivo ou talvez um tanto tardio), para suprir a atuação do Poder Legislativo, que se encontra falha para concluir esta tarefa com eficácia, já que os recursos públicos devem ser destinados ao interesse social e não para intuítos escusos.

Apesar deste não ser o objeto de análise deste artigo, vale ressaltar a necessidade da judicialização da política, para reduzir os danos causados pela aplicação equivocada dos recursos públicos. Neste sentido, eis as palavras de SILVA:

“Nesse sentido, a judicialização da política pública – não a política partidária nem a pura atividade política ou discricionária – mas a política fiscal, financeira e econômica, passa a ser uma vertente para o controle da legitimidade da execução orçamentária e, por via de consequência, para a efetivação dos direitos sociais fundamentais.”¹²²

Ao expor a necessidade do controle da execução do orçamento pelo Judiciário e considerando a crise da democracia representativa, deve-se acrescentar a sociedade civil como “o coringa” para tornar o orçamento equilibrado e para atender ao interesse social. Contudo, para isto ocorrer, precisa-se utilizar o orçamento como instrumento de participação, que será desenvolvido no item a seguir.

¹²² SILVA. *Op. cit.* pp. 18.

3.3 O orçamento público como instrumento de democracia participativa

3.3.1 A democracia substantiva: algumas colocações na visão de Amartya Sen

Amartya Sen, em seu livro *Desenvolvimento como Liberdade* (2000), relaciona questões que ele chama de “liberdades humanas”, com o desenvolvimento da economia, crescimento do mercado, avanço tecnológico e etc. Na verdade, retrata o convívio da evolução econômica com a possibilidade do exercício dos direitos civis e a disposição econômica e social dos indivíduos.

O pensamento de Amartya Sen vis a vis com o de Ellen Woods representa o embate entre o Capitalismo e o Socialismo Democrático já que, para Sen, o desenvolvimento não traz nenhum mal ou sequer serve como uma máscara para o exercício da cidadania, como Wood entende, mas ressalta aspectos importantes para que seja instituída a “verdadeira democracia” (democracia substantiva), ou seja, a oportunidade da inclusão no desenvolvimento econômico, por intermédio das liberdades civis. Eis as palavras de Amartya Sen:

“A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva –(...). O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica, incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.”¹²³

Contudo, vale lembrar que a pobreza extrema pode dificultar esse processo de democratização, já que o indivíduo, para saciar a sua fome, pode preferir suas liberdades públicas em virtude deste fator, o que, aliado a ausência de serviços públicos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana como, por exemplo,

¹²³ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Diniselli mendes. São paulo: Companhia das letras, 2000. Pp. 19.

saúde e educação, criar as condições favoráveis para o surgimento de regimes autoritários.

O crescimento do PIB (Produto Interno Bruto) não deve ser considerado, de forma isolada, como sinônimo de crescimento, mas é necessário considerar, concomitantemente, a liberdade substantiva (o exercício efetivo de participação política e educação básica, para viabilizar esta participação). Isto porque, a participação no mercado, através das transações e trocas, é um tipo de exercício da liberdade e o capitalismo termina por incentivar, por intermédio do mercado, o incremento da liberdade através da criação de empregos condicionados a contratos de trabalho, o que, ao fim e ao cabo consegue evitar a mão de obra escrava. Entretanto, é notório que o mercado não pode se expandir sem nenhuma forma de controle, ainda mais sem uma regulação estatal.

É importante frisar a necessidade de alguma intervenção do Estado no domínio econômico. Não se deve concordar com a intervenção mínima do Estado na economia, tendo em vista o impacto social causado pela livre iniciativa, sem qualquer restrição. Como exemplo desta colocação, Bercovici e Manssonetto relacionam a importância da reunião do direito financeiro ao direito econômico, no pós-guerra, que transformou em efetiva a participação do Estado no domínio econômico, que na antiga organização capitalista não era viável. Eis suas palavras:

“Concebido inicialmente como uma disciplina jurídica instrumental, o direito financeiro, ao longo do século XX, assumiu uma íntima conexão com o direito econômico, abandonando a pretensa neutralidade do período anterior. Nesta perspectiva, a evolução do direito financeiro refletiu o protagonismo do Estado na organização do capitalismo no segundo pós-guerra, denotando a integração progressiva entre a economia e as finanças e legitimando a participação ativa do Estado no domínio econômico.”¹²⁴

Pela análise do capítulo VI do livro do Amartya Sen, verifica-se que ele destaca a inclusão social através da discussão pública, no espaço público (a considerar a discussão sobre a elaboração do orçamento pelos governos com a

¹²⁴ BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. Boletim de ciências econômicas XLIX. Coimbra, 2006. Pp. 4.

sociedade civil). Em outras palavras, transformar a informação em pública para, assim, começar a se falar em democracia. A democracia formal não garante o exercício das liberdades, bem como dos direitos civis. A permissão para a participação não é suficiente para participar. A função do Estado é criar meios para que isso realmente aconteça. A democracia que deve ser adotada deve ser a democracia substantiva, através da discussão pública, de forma ampla, sem qualquer censura.

Para Woods, a democracia formal (ou cidadania formal) se origina no capitalismo, modelo econômico que, a seu ver, retira o conteúdo social da cidadania e, por consequência, impede a participação direta dos “cidadãos” na política, pois, o “povo” é representado por políticos eleitos, mecanismo representativo que afasta o cidadão da participação política. Neste sentido, eis suas palavras:

“A possibilidade de uma democracia esvaziada de conteúdo social – (...) - está, mais uma vez, relacionada às vastas diferenças entre as relações de propriedade da Antiguidade grega e do capitalismo moderno. Já sugeri que a estrutura social do capitalismo altera o significado de cidadania, assim a universalidade dos direitos políticos — (...) – deixa intactas as relações de propriedade e de poder de uma maneira até então desconhecida. (...) Esses desenvolvimentos avançaram bastante nos Estados Unidos durante o século XVIII, possibilitando a redefinição de democracia esvaziada de conteúdo social, a invenção da "democracia formal", a supressão dos critérios sociais na definição de democracia e na concepção de liberdade associada a ela.”¹²⁵

“Na "democracia representativa", o governo pelo povo continuou a ser o principal critério de democracia, ainda que o governo fosse filtrado pela representação controlada pela oligarquia, e *povo* foi esvaziado de conteúdo social.”¹²⁶

Para Amartya Sen, a questão está relacionada ao sacrifício, na tentativa de erradicar a pobreza extrema, das liberdades políticas e dos direitos civis, em prol das “necessidades econômicas”. Afirma que no discurso de governos autoritários é uma constante a afirmação repetida quase como um mantra de que “para acabar com a pobreza, precisamos abrir mão de nossas liberdades, que no caso de pobreza extrema, elas são inúteis”. Contudo, ele demonstra que este discurso

¹²⁵ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2003. Pp. 193.

¹²⁶ WOOD. *Op. Cit.* pp. 194.

é uma pura falácia, tendo em vista que a pobreza e as “necessidades econômicas” aumentam a urgência da liberdade política e dos direitos civis. Isto porque, há a clara necessidade de informar aos cidadãos, através de debates públicos e abertos, pois, o exercício da cidadania instrui e garante ao indivíduo o atendimento às suas reivindicações.¹²⁷

Assim, Sen coloca três argumentos para a devida proteção dos direitos políticos. Vejamos:

- “ (...) 1) sua importância *direta* para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
- 2) seu papel *instrumental* de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
- 3) seu papel *constutivo* na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão das ‘necessidades econômicas’ em um contexto social).”¹²⁸

Garantir a democracia substantiva, através de exigência da discussão pública e proteção dos direitos políticos (não somente no caráter formal), não inviabiliza o crescimento e desenvolvimento econômico nos países de Terceiro Mundo. A pobreza também não pode ser utilizada como argumento para o sacrifício desses direitos, já que ninguém provou até o momento, embora já tenham sido realizadas diversas pesquisas empíricas, que o cidadão queira abrir mão desses direitos para erradicar a pobreza. Além disso, referir-se a governos autoritários, em que essas liberdades são tolhidas, como, por exemplo, a pesquisa sobre o desenvolvimento econômico é inconclusivo, haja vista não existir resultados concretos se nos governos autoritários o desenvolvimento é maior que nas democracias. Para o autor, dizer que a Ásia não está preparada para receber o regime democrático é uma afirmativa totalmente falsa, pois, não existe a relação de que o ocidente é democrático e o oriente deve ter um regime autoritário, em virtude de acompanharem crenças e valores distintos. A democracia material é muito importante para a redução da “fome coletiva”, do

¹²⁷ As reivindicações, em massa, geram o poder de pressão dos grupos de interesses e, assim, com base nas revoluções ocorridas no passado, acarretar as mudanças requeridas pela sociedade.

¹²⁸ SEN. *Op. cit.* pp. 175.

analfabetismo, desnutrição, capacitação para a entrada ao mercado de trabalho e questões evidentemente ligadas ao fornecimento e fruição dos direitos fundamentais sociais, como saúde e educação, por exemplo, para ficarmos dentro do mínimo existencial.

Para se conseguir erradicar a “fome coletiva”, o Estado deve ser direcionado pelo povo, em que o exercício dos direitos políticos e civis viabilizam a atuação dos cidadãos, já que, de fato, permite que o povo faça suas reivindicações na direção de suas necessidades e, além disso, exige a atuação do Estado através das pressões exercidas por intermédio desses direitos. Sen dá um exemplo muito adequado sobre todas as afirmativas acima mencionadas. Eis suas palavras:

“Portanto, é interessante notar que, quando o governo indiano, sob a liderança de Indira Gandhi, tentou usar um argumento semelhante na Índia para justificar a ‘emergência’ que ela erroneamente declara em meados da década de 1970, convocou-se uma eleição que dividiu os eleitores precisamente nessa questão. Nessa eleição decisiva, disputada em boa medida com base na aceitabilidade da ‘emergência’, a supressão de direitos políticos e civis básicos foi firmemente rejeitada, e o eleitorado indiano – um dos mais pobres do mundo – mostrou-se tão ardoroso para protestar contra a negação de liberdades e direitos básicos quanto para queixar-se de pobreza econômica. No momento em que de certa forma houve um teste da proposição de que os pobres em geral não se importam com direitos civis e políticos, as evidências foram inteiramente contrárias a essas afirmações.”¹²⁹

Como colocado pelo autor, a “fome coletiva” não se materializa em países com liberdade de expressão e escolha democrática, em um país independente, com eleições regulares e com uma imprensa livre para informar aos cidadãos sobre a atuação do Estado e para que estes possam fazer a pressão sobre suas reivindicações. As misérias e privações são variadas e que umas podem apresentar uma solução mais rápida do que outras, e para tanto, as discussões públicas sobre possíveis soluções são muito importantes.¹³⁰ Então, “Os direitos

¹²⁹SEN. *Op. cit.* pp. 179.

¹³⁰“Os papéis instrumentais das liberdades políticas e dos direitos civis podem ser muito substanciais, mas a relação entre necessidades econômicas e liberdades políticas pode ser também um aspecto construtivo. O exercício de direitos políticos básicos torna mais provável não só que haja uma resposta política a necessidades econômicas, como também a própria

políticos, incluindo a liberdade de expressão e discussão, são não apenas centrais na indução de respostas sociais a necessidades econômicas, mas também centrais para a conceituação das próprias necessidades econômicas”.¹³¹

Como já havia citado em oportunidade anterior, não adianta se considerar um Estado Democrático, se na prática a democracia não é bem aplicada. Como ocorre no exemplo dado pelo autor, em que a Índia erradicou a fome coletiva, embora, outras questões, que são objetos de um aprofundamento maior de discussões e embates públicos, ainda não foram solucionadas, como a subnutrição, o alto índice de analfabetismo e a desigualdade entre sexos. Ele ressalta, ainda, que isso não é um assunto exclusivo dos países de Terceiro Mundo, mas nos Estados Unidos, que além de ser um país desenvolvido, também é uma potência mundial, claudica quanto à questões inerentes aos afro-americanos, que ainda sofrem privações de serviços básicos (educação e saúde) e aumentam a taxa de mortalidade em seu meio. Apesar de todo o desenvolvimento, civil, político e econômico, a “democracia americana” ainda não é capaz de evitar esta situação.

Encarar a democracia como um conjunto de oportunidades, assim sugerido pelo autor, requer uma análise prática da democracia, em que “é preciso ver a democracia como um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a prática da democracia e dos direitos políticos.”¹³². Como bem lembrado por ele, a apatia dos afro-americanos pelas eleições nos Estados Unidos, onde o quórum de votação entre eles é muito inferior às demais etnias, não trará nenhuma solução para baixar o nível de mortalidade. As liberdades, de forma geral, para serem consideradas positivas, dependerão da forma como serão exercidas.

Mas para que o exercício da liberdade substantiva seja sempre exigido, é muito importante o envolvimento ativo e atuante dos partidos políticos da oposição, já que eles é que tomam partido das reivindicações do povo, seja num sistema democrático ou não. Sen, mais uma vez, traz a Índia como exemplo do papel da democracia, que embora tenha a sua atuação limitada, trouxe certa

conceituação – incluindo a compreensão – de ‘necessidades econômicas’ possas requerer o exercício desses direitos.”

SEN. *Op. cit.* pp. 180.

¹³¹ SEN. *Op. cit.* 181/182.

¹³² SEN. *Op. cit.* pp. 182.

estabilidade e segurança, que antes era pouco possível almejar, quando se tornou independente em 1947. Apesar da diversidade cultural, a Índia vem sustentando, através do sistema democrático, uma unidade política, crucial para o desenvolvimento do país.

Diante de todas as situações apresentadas, conclui-se que não basta um Estado se tornar democrático, mesmo que fosse para fugir de um governo autoritário, pois, faz-se urgente o fortalecimento de suas bases, com a proteção e exercício das liberdades políticas e dos direitos civis, que, como ponto central, expõe a necessidade das discussões públicas.

No presente capítulo, essas discussões são direcionadas ao exercício da cidadania, utilizando o orçamento público como instrumento de participação para debater as reivindicações dos cidadãos e exigir do Estado, através das pressões realizadas pelo povo, uma intervenção, seja ela na economia ou num contexto social, para existir uma verdadeira democracia.

3.3.2 O orçamento público como instrumento de participação social na gestão pública

O orçamento público é o instrumento de planejamento para a execução das políticas públicas que visam dar efetividade aos direitos sociais. Quem mais, além da sociedade, é a maior interessada que neste planejamento estejam abarcados os principais direitos sociais básicos como educação, saúde, moradia e etc.?

Pode-se dizer - apesar do orçamento não poder contemplar em sua totalidade os direitos fundamentais sociais, pelo menos não com total amplitude (a despesa só pode ser realizada em função da arrecadação da receita) - que quando se efetivam os direitos sociais, há uma democracia naquele Estado, denominado, no Brasil, de Estado Democrático de Direito.

O orçamento é o instrumento-chave do Estado Social, o qual visa manter o bem estar social. Torna-se visivelmente conclusivo que em uma sociedade mais participativa na gestão política e financeira, esses direitos sociais, tão almejados, mais efetivos serão.

Segundo a concepção de Bonavides sobre o Estado Social, como sendo aquele em que a sociedade é mais participativa, em que os direitos fundamentais devem ser protegidos, conclui:

“É Estado social onde o Estado avulta menos e a sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado, onde as diligências do poder e do cidadão se convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização, direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.”¹³³

Luciane de Souza, em seu artigo publicado no CONPEDI, também relaciona que os direitos sociais são pressupostos para assegurar a democracia e a liberdade:

“É impossível negar que a implementação efetiva de direitos sociais básicos, todos eles garantidos implícita ou explicitamente por nosso texto constitucional, mas atualmente inexistente, constitui pressuposto fundamental para a existência da democracia e da liberdade, de modo que o tema em questão é um dos mais relevantes para a construção de uma sociedade em que todos tenham iguais oportunidades de desenvolver o seu potencial.”¹³⁴

Entretanto, esses direitos sociais básicos podem encontrar empecilhos no planejamento orçamentário, que é critério estabelecido pelo Poder Legislativo para o Estado utilizar as receitas angariadas pelo poder público. O erário público tem que abarcar pelo menos o mínimo existencial¹³⁵ para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade. Daí surge à colisão dos princípios fundamentais, que dão origem a esses direitos fundamentais, pois, põe-se em confronto o mínimo existencial com o princípio da reserva do possível, como visto no capítulo anterior.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 33.

¹³⁴ SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais.* Acessado em: 15/07/2012. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf.

¹³⁵ _____, *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Nada mais viável que a própria sociedade possa influenciar e, já que os serviços públicos são instituídos através das políticas públicas implementadas pela execução do orçamento, determinar o que seria o mínimo existencial em total consonância com o princípio da reserva do possível, já que isto seria realizado ainda na elaboração do orçamento, através de uma discussão pública, não sendo “despesas extras”¹³⁶, sem previsão orçamentária.

Existe um instrumento que torna viável esta participação da sociedade na elaboração orçamentária, o Orçamento Participativo (OP). O Orçamento Participativo surgiu no Brasil nos anos 80, na cidade de Porto Alegre¹³⁷ e um de seus maiores percursores foi a própria sociedade civil, representada pelas associações comunitárias, que queriam exercer a democracia direta, participando da discussão sobre o orçamento público, porque a democracia representativa não estava mais alcançando os objetivos que foram propostos. O sucesso do programa foi imitado em alguns países como a França, o que demonstra que a participação da sociedade civil, formando uma rede de políticas, porque o orçamento participativo inclui diversos atores (governo e sociedade), restaura o exercício da cidadania pela sociedade, que na democracia representativa fica esquecido.

¹³⁶ Diferente do que ocorre com o Poder Judiciário quando implementa políticas públicas, já que tem o cunho de proteger os direitos sociais fundamentais quando provocado, sem dotação orçamentária, pois, sequer participou do processo de constituição do orçamento.

¹³⁷ “As principais decisões políticas que deram vida ao orçamento participativo foram tomadas de forma simultânea ao longo dos dois primeiros anos da administração de Olívio Dutra. Desde a sua posse, a administração Olívio Dutra tentou aumentar os espaços de participação. No primeiro ano, a maior parte das secretarias introduziu alguma instância de participação nas áreas de saúde, educação e planejamento. Ao mesmo tempo, o governo Olívio Dutra com menos de trinta dias de gestão tomou uma decisão de importância crucial: a centralização na CRC - Coordenação de Relações com a Comunidade - de todas as reivindicações feitas pela comunidade à nova administração. A CRC, uma entidade que já existia mas que não desempenhava nenhum papel relevante no processo participativo na cidade, fornecendo apenas certificados de utilidade pública, tornou-se, assim, central no surgimento do OP. Desse modo, quatro passos em direção à constituição do orçamento participativo coincidiram no começo da administração Olívio Dutra: a preocupação do movimento comunitário com o controle do orçamento e sua decisão ao nível local; a ênfase dada pelo Partido dos Trabalhadores na participação em conselhos; e a iniciativa descentralizada de diversas secretarias, inclusive a secretaria do planejamento, de encorajar a participação popular e, pouco depois, a iniciativa de centralizar todas as formas de participação na CRC.”

AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil.** Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12479_Cached.pdf. Acessado em: 06/08/2013. Pp. 9.

3.4 Considerações finais

Como visto, o orçamento público tem diversas funções, não devendo ser considerado uma peça meramente contábil. Isto porque, o orçamento é elaborado de acordo com as necessidades sociais, incluindo a efetivação dos direitos sociais (pelo menos os básicos), vislumbrados por intermédio de políticas públicas.

Os serviços públicos, no orçamento, devem sempre ser priorizados, já que este é o meio de viabilizar a efetivação dos direitos sociais fundamentais. O planejamento deve ser realizado de acordo com a arrecadação de receitas, para assim, planejar o lançamento das despesas (um orçamento equilibrado). Dito isso, conclui-se que também é um instrumento que limita a atuação do Estado, já que as despesas devem estar em equilíbrio com a receita arrecadada, além de conter dotação suficiente para abarcar ao máximo os direitos sociais (considerado como primordial para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, extraído do texto constitucional).

Da mesma forma, o controle da execução orçamentária é muito importante, haja vista que fiscaliza a atuação da Administração Pública desde a elaboração até a execução do orçamento, estando a cargo do Poder Legislativo. Todavia, este controle não é exercido de forma eficaz, o que prejudica a aplicação dos recursos públicos na efetivação dos direitos sociais e para a proteção destes, o Judiciário passa a ser peça fundamental, já que também poderá exercer este controle de legalidade, por intermédio da fiscalização da execução do orçamento público. Isto ocorre em função do Estado Democrático de Direito, que possibilita a intervenção do Judiciário, com a judicialização da política, quando procura garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais.

Outro meio de controle do orçamento, o social, também deve ser considerado, já que a sociedade é a maior interessada para tanto. Insta ressaltar, como bem lembrado por Amartya Sen, que a educação (mas, também, outros serviços essenciais, como a saúde) e a erradicação da pobreza são pontos importantes para o exercício pleno da cidadania (dos direitos civis e políticos). Neste sentido, o direito a participar não deve ser o único instrumento posto à disposição do cidadão, mas incluir meios para efetivar esta participação (cidadania material, Elle Woods).

A democracia direta, exercida através da participação da sociedade, também é um meio eficaz para que a elaboração do orçamento atenda ao mínimo existencial, sem criar o embate mínimo existencial x princípio da reserva do possível, porque a participação social ocorrerá durante o planejamento, em que as despesas para efetivar os direitos sociais estarão em consonância com a arrecadação e alcança o objetivo principal do orçamento, abarcar o maior número de políticas públicas - já que a sociedade estará também controlando a elaboração do orçamento.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política no Brasil decorre de seu novo modelo constitucional e é, portanto, inevitável. A inclusão na Constituição Federal de 1988 dos direitos fundamentais de segunda geração (saúde, educação, previdência e assistência social) e da mudança da visão do Estado, que passa a fazer parte ativamente da vida do cidadão, através do implemento de políticas públicas que deem efetividade a tais direitos, são a justificação para a intervenção do Judiciário nas decisões políticas. Ocorre que a decisão política é tomada com base no orçamento público, ou seja, do planejamento e previsão de receitas e despesas¹³⁸.

Além disso, a redemocratização pela qual passou o país fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário. Ainda pode ser apontado o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como causa para essa expansão, tendo em vista que todas as causas de natureza sociais passaram a ser objeto de controle de constitucionalidade e isto não é mera coincidência, pois, a Constituição de 1988, por se tratar de uma constituição analítica e protetora dos direitos sociais, abarcou para si as questões inerentes a direitos sociais e sua devida prestação pelo Estado.

O que ocorre aqui, portanto, é o que se pode chamar de constitucionalização da política, ou melhor, de judicialização da política, que significa simplesmente tirar uma matéria da política e trazê-la para o campo do Direito, mais especificamente do Direito Constitucional. Barroso elucida que a judicialização está ligada a questões sociais e públicas, de ampla repercussão, decididas pelo Poder Judiciário ao invés do Congresso Nacional e o Poder Executivo¹³⁹.

A partir daí, é de se notar que nem sempre o orçamento, como vetor da atividade financeira estatal, consegue prever de maneira absoluta todas as despesas a serem supridas ou, ainda que as preveja, alberga dotação insuficiente

¹³⁸ Ver arts. 165 a 169 da CRFB/88.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. "Revista Eletrônica OAB Editora, nº 05, janeiro/fevereiro, 2009". Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.
<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

para supri-las. E, nesse momento, é que se faz necessária a atuação do Judiciário, com o único intuito de fazer valer os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados tendo, contudo, que respeitar determinados limites, já que a previsão orçamentária limita os gastos do poder público em razão do princípio da legalidade da despesa pública, também previsto constitucionalmente e, assim, por muitas vezes, torna-se impossível agregar uma nova política pública a despesas não previstas no orçamento anual.

Para tanto, a Carta Magna é expressa em determinar que a abertura de créditos somente será realizada mediante lei (com exceção dos créditos extraordinários), haja vista que a previsão orçamentária concretizada mediante lei é a expressão mais autêntica do Estado Democrático de Direito, pois, para realizar o planejamento orçamentário, os cidadãos expressam suas vontades por intermédio de seus representantes, constituídos no Poder Legislativo. Assim, quando o Judiciário atua ativamente nas políticas públicas do Estado há de fazê-lo em ocasiões excepcionais e apenas para garantir a efetividade do núcleo dos direitos fundamentais, pois, cabe esclarecer, que não possui legitimidade para “burlar” o processo legislativo, a fim de garantir o atendimento às necessidades sociais¹⁴⁰.

Diante de todo o mencionado, iniciam-se as divergências sobre a atuação do Judiciário ao interferir nas políticas públicas, já que existem princípios que limitam a apropria atuação do Legislativo ao elaborar legislação sobre o orçamento público, como por exemplo, a Legalidade financeira e a separação dos poderes, deixando claro que o responsável pelo planejamento orçamentário deverá ser o Poder Legislativo. Nada obstante, tem que existir uma solução viável a comprometer o Executivo e o Legislativo a realizar políticas públicas, com o fim de atender, pelo menos, ao mínimo existencial¹⁴¹. Na omissão dos demais

¹⁴⁰ O Poder Judiciário não é composto por indivíduos eleitos pelos cidadão, o que não lhe confere legitimidade democrática e o que o torna alvo de grandes críticas na sobre o tema da judicialização da política, diferentemente daqueles que tomam decisões de natureza políticas, pois, os componentes dos poderes Legislativo e Executivo são representantes do povo e com capacidade para tomar tais decisões.

¹⁴¹ Para LOBO TORRES, “O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, proximandose do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.” (pp. 32-33). TORRES,

poderes democraticamente eleitos, a Constituição, e sua força normativa, conferem ao Judiciário legitimidade para assegurar uma solução alternativa para que garanta a prestação desses serviços essenciais, mas sua atuação tem que ser com o cuidado da prestação jurisdicional respeitar os limites orçamentários e, também, que sua atuação alcance o maior número possível de indivíduos, sempre visando uma perspectiva coletiva, assim como os demais poderes tentam alcançar.

A judicialização das políticas públicas tem seu lado positivo, já que a prestação de serviços essenciais¹⁴² deve ocorrer, mesmo sem previsão orçamentária, pois, tratam de direitos fundamentais e o Judiciário não tem como recusar a execução da sua prestação. Por outro lado, como um Janus bifronte, esse ativismo judicial tem sua faceta negativa também, pois, representa uma crise na legitimidade democrática, eis que cada vez mais demandas que antes poderiam se exaurir no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente investidos para tal, acabam exaurindo-se no âmbito do Poder Judiciário.

Sobre o assunto, Barroso alude que o Judiciário realmente é quem interpreta as normas constitucionais ou legais em vigor, no caso de divergência entre elas, porém, isto não quer dizer que possua uma primazia absoluta, tendo em vista não ser toda e qualquer matéria passível de ser objeto de decisão judicial.¹⁴³ Contudo, esta não é a postura que o Judiciário vem adotando no Brasil. Por vezes se observa que sua atuação tem sido uma grande intervenção, em algumas hipóteses sem qualquer limite, nas atribuições e competências conferidas aos poderes Legislativo e Executivo, como, por exemplo, ocorre no caso da saúde, em que são concedidas tutelas de caráter individuais, sem previsão orçamentária, que prejudicam a coletividade que seria beneficiada para determinados programas, relacionados também a saúde e democraticamente previstos no orçamento.

Sobre a discussão da possibilidade ou não do Poder Judiciário intervir ou não nas políticas públicas que são elaboradas através da tomada de decisão do

R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. "Revista Eletrônica OAB Editora, nº 05, janeiro/fevereiro, 2009". Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Poder Público, ou seja, cuja natureza é essencialmente política, deve-se construir um entendimento sobre o que vem a ser uma política pública. Neste intuito, acolhe-se aqui o conceito, sintetizado por Celina Souza, sobre políticas públicas. Eis suas palavras:

“Pode-se, então, resumir política pública como campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados e mudanças no mundo real”.¹⁴⁴

O que será objeto de análise a seguir refere-se a um modelo de política pública adotada. Para fins metodológicos será utilizada a Tipologia de Lowi, que, entre outros modelos, fornece, a nosso entender, a melhor visualização de uma política pública. Em seguida iremos delinear as fases da elaboração de uma política pública através do círculo de políticas públicas, que compreende: Identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação da política pública; avaliação da política pública; extinção da política pública, embora o foco será dirigido apenas para as etapas consideradas mais importantes, quais sejam, a identificação do problema, a agenda, a implementação e a avaliação.

4.1 Políticas públicas: a Tipologia de Lowi e o círculo de políticas públicas

Antes de entrar no modelo de Lowi propriamente dito, vale destacar que não há uma definição “fechada” sobre políticas públicas, tendo em vista os autores trabalharem com abordagens distintas, ou seja, a abordagem estatística ou a abordagem multicêntrica, como será visto a seguir.

A abordagem estatista considera a política como pública quando proveniente do ator estatal, “Segundo essa concepção, o que determina se uma

¹⁴⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

política é ou não ‘pública’ é a personalidade jurídica do ator protagonista”¹⁴⁵. Essa abordagem é utilizada por Souza¹⁴⁶.

Já a abordagem multicêntrica, que relaciona a política pública com a natureza pública, ou seja, se o problema é público, não importa a natureza privada ou pública do ator protagonista. Esta abordagem é utilizada e conceituada por Secchi, assim:

“A abordagem multicêntrica, contrariamente, considera organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, **redes de políticas públicas** (*policy networks*), juntamente com os atores estatais protagonistas no estabelecimento das políticas públicas (Dror, 1971; Kooiman, 1993; Rhodes, 1997; Regonini, 2001). Autores da abordagem multicêntrica atribuem o adjetivo ‘pública’ a uma política, quando o problema que se tem de enfrentar é público”.¹⁴⁷

Devido às conceituações acima, o mais coerente é seguir a abordagem estatista, por envolver políticas públicas que são implementadas pelo poder estatal, em que a figura dos governos e o setor privado são apenas atores coadjuvantes na sua implementação. Ainda, vale salientar, que quando o problema é um problema público e seus atores tem natureza pública, não importa a abordagem escolhidas, já que ambas serão resolvidas diretamente por atores estatais, desde a elaboração da política pública até a sua avaliação.

4.1.1 Alguns apontamentos sobre a Tipologia de Lowi

Diante do mencionado acima, passa-se para o objeto deste tópico, o modelo de Lowi.

A tipologia de Theodore J. Lowi foi publicada em 1964, na revista *World Politics*, estando relacionado ao critério “impacto esperado na sociedade”¹⁴⁸ ou

¹⁴⁵ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 1ª ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2010. p. 2.

¹⁴⁶ SOUZA, Celina. *Op. Cit.*

¹⁴⁷ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 2.

¹⁴⁸ SECCHI. *Op. Cit.* p. 17.

“elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política”¹⁴⁹. Neste modelo, encontram-se quatro tipos de políticas públicas:

a) Políticas Regulatórias: sua definição é sugestiva pelo próprio nome, ou seja, visa regular e determinar padrões de comportamentos, serviços ou produtos para atores públicos ou privados. Assim, através de suas burocracias, fica mais visível ao público. Secchi conclui:

“Segundo Lowi (1964), as políticas regulatórias se desenvolvem predominantemente dentro de uma dinâmica pluralista, em que a capacidade de aprovação ou não de uma política desse gênero é proporcional à relação de força dos atores e interesses presentes na sociedade”.¹⁵⁰

b) Políticas Distributivas: seu sistema é utilizado quando uma política pública visa alcançar um grupo social específico, embora o custo seja repassado toda sociedade. Celina (2006) assim o define:

“(...) decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando grandes impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo”.

Um bom exemplo é quando o governo cria uma isenção ou tributária para quem se enquadrar em determinado aspecto, como, por exemplo, os condutores de veículos automotores abastecidos a GNV (gás natural), que pagam apenas 25% correspondentes ao valor integral que deveria ser pago de IPVA. É conhecido também por ser uma moeda de troca ou uma “barganha”, para se conseguir apoio. Entretanto, há certa dificuldade em definir, dependendo do programa, quem será o beneficiário desta política.

c) Políticas Redistributivas: envolve a questão da concentração de “riquezas”. Isto quer dizer, que é escolhido um grupo específico de

¹⁴⁹ SOUZA. *Op. Cit.*

¹⁵⁰ *Op. Cit.* p. 17.

atores para receber esta concentração de benefícios, mas, em contrapartida, outro grupo de atores será desprivilegiado com tal atitude, tendo em vista que estes arcarão com os custos destes benefícios "(...) atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros"¹⁵¹. Para Secchi:

"O tipo de dinâmica predominante em arenas políticas redistributivas é o elitismo, no qual se formam duas elites, uma demandando que a política se efetive a outra lutando para a política seja descartada".¹⁵²

O exemplo mais comum deste tipo de política é a reserva de cotas por motivos raciais ou mesmo o Imposto de Renda.

d) Políticas Constitutivas: está ligada a divisão de poderes. Esta política é mais utilizada para definir competências e jurisdições, ou seja, define quem elabora as políticas públicas "São chamadas meta-políticas, porque se encontram acima dos três outros tipos de políticas e comumente moldam a dinâmica política nessas outras arenas"¹⁵³. Obviamente, que este tipo de política não é importante tanto para a sociedade, tendo em vista que esta política não impõe prestação de serviços e nem ações concretas do governo.¹⁵⁴

Visto isso, passa-se ao círculo de políticas públicas, pois, ao contrário do que ocorre com o Poder Judiciário ao implementar políticas públicas, os Poderes Executivo e o Legislativo sofrem todo um processo para elaborar e implementar uma política, tendo em vista que, apesar de utilizar de seu poder discricionário para decidir qual política pública irá desenvolver, há uma responsabilidade social para a promoção dos direitos sociais que recaem sobre os ombros de quem toma esta decisão política.

¹⁵¹ SOUZA. *Op. Cit.*

¹⁵² SECCHI. *Op. Cit.* p. 18

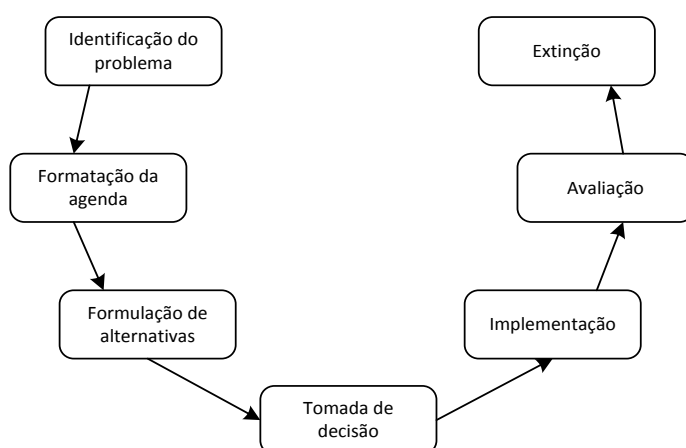
¹⁵³ *Ibidem.* p. 18

¹⁵⁴ *Idem.* p. 18.

4.1.2 O círculo de políticas públicas: a identificação do problema, a agenda, a implementação e a avaliação.

Em virtude do tema proposta a análise, será estudado o *policy-making process*, ou seja, as etapas do processo das políticas públicas, conhecido como círculo das políticas públicas (*policy cycle*). Este ciclo foi criado para melhor visualização e interpretação da política pública, embora não se possa controlar o fluxo perfeito, já que estas etapas podem se alternar conforme a dinâmica da política adotada¹⁵⁵.

Então, para melhor entendimento da política pública denominada “Lei Seca” será analisada e realizada uma simulação, com base nas seguintes etapas: identificação do problema; formação da agenda; implementação; avaliação. Veja a figura a seguir:



FONTE: Elaboração Própria.

Sabendo-se que este modelo de ciclo das políticas, sugerido por Secchi, não é um modelo unânime, já que o modelo *garbage can*¹⁵⁶ (“lata de lixo”) prevê, em muitos casos, a solução antes do problema, contudo, será muito útil para se entender melhor o processo da elaboração de uma política pública.

¹⁵⁵ SECCHI. *Op. cit.* p. 3.

¹⁵⁶ “O modelo *garbage can* ou “lata de lixo” foi desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), argumentando que escolhas de políticas públicas são feitas como se alternativas estivessem em uma “lata de lixo”. Ou seja, existem várias problemas e poucas soluções. As soluções não seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que decisores (*policy makers*) têm no momento.

SOUZA. *Op. Cit.*

4.1.2.1 identificação do problema

Inicialmente, precisamos definir o que é o problema em políticas públicas. Segundo Secchi: “Um problema é a discrepância entre o *status quo* e uma situação possível. Um problema público é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”¹⁵⁷.

Para Thomas Dye, só poderá existir solução para o problema se conseguirmos definir o que é o problema, entretanto, esta definição surge através do consenso daqueles que o apresentam, “*Second, policy analysis cannot offer solutions to problems when there is no general agreement on what the problems.*”¹⁵⁸. Coloca o consenso como condição *sine qua non* para a existência do problema, o que é uma falácia, tendo em vista que, como dito por ele mesmo, as causas que geram os problemas pode ser para um o fato X e, para outro, o fato Y, que apesar de se tratar do mesmo problema, as soluções que serão apresentadas serão totalmente diferentes.

4.1.2.2 formação da agenda

É nesta etapa que realmente a política pública começa a se desenhar, tendo em vista que, uma vez na agenda, ela é encarada realmente como um problema público. É nesta etapa que tomará forma como programa de governo e todas as consequências que a partir daí surgirão.

Desta forma, Cobb e Elder¹⁵⁹ definem dois tipos de agenda, sem contar com a agenda da mídia, que nesta política pública em específica, todo ano lança dados de pesquisa sobre morte em rodovias envolvendo motoristas embriagados e assim, dando notoriedade do assunto à sociedade.

¹⁵⁷ SECCHI. *Op. Cit.* p. 34.

¹⁵⁸ DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. 14^a ed. Vol. 1. Estados Unidos: Pearson, 2011.

¹⁵⁹ COBB, R. W.; ELDER, C.D. *Participation in Americans politics: the dynamics of agenda-building*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1983. *apud* SECCHI. *Op. cit.* p. 36.

a) Agenda Política: é o problema que a comunidade política dá enfoque como um problema público que precisa de solução.

Verifica-se, que depois de demonstrar o problema como público, ele deveria ser listado a participar da agenda política, em que o ator protagonista deve apresentar uma proposta que conste o problema e sua solução para, enfim, levá-la a lista da agenda formal.

b) Agenda formal: é a lista dos problemas que o Poder Público resolveu enfrentar.

4.1.2.3 implementação da política pública

A partir daqui é que a política pública deixa de ser mera especulação e planejamento, para tornar realidade. Nesta fase, ou etapa do círculo de políticas públicas, que sucede a etapa da tomada de decisão e anterior a etapa de avaliação, “É nesse arco temporal que são produzidos os resultados concretos da política pública. A fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações (O’Toole Jr.)”¹⁶⁰, que a Administração Pública transforma as intenções políticas em ações concretas.

¹⁶⁰ Secci dá o seguinte exemplo: “Exemplo: Lei Seca nas estradas – No início de 2008, o presidente da República lançou uma medida provisória (MP) proibindo a venda de bebidas alcólicas ao longo das rodovias federais. O objetivo era criar mais um mecanismo que dificultasse aos motoristas ingerir álcool antes de dirigir. As reações foram imediatas: os donos dos bares e restaurantes que estavam cumprindo com a legislação queixaram-se de queda drásticas nas vendas, outros comerciantes entraram com mandado de segurança na Justiça, a Confederação Nacional do Comércio entrou com ação no STF alegando que a MP violava a livre iniciativa e a livre concorrência. Incumbidos de fazer valer a medida e aplicar as multas, policiais rodoviários federais também queixaram-se da dificuldade de realizar os controles e de manter a qualidade nos serviços de assistência e monitoramento das estradas. Vários políticos perceberam a insatisfação geral e passaram a atuar como porta-vozes dos descontentes: “Essa MP é um desastre para os comerciantes”, “ao invés de punir o infrator, estão querendo punir os comerciantes”, “muita gente vai perder o seu posto de trabalho”, “existem muitos municípios nos arredores de rodovias federais, o que torna esta medida um absurdo”, “os policiais rodoviários têm coisas mais importantes com que se preocupar”. Passados alguns meses da edição da MP, já estava claro para todos que esta era uma daquelas medidas que não dariam em nada. Em junho do mesmo ano, o Congresso concluiu a elaboração de uma lei que alterava o Código de Trânsito Brasileiro, mantendo a proibição da venda de bebidas alcólicas apenas ao longo de todas as rodovias federais, inclusive em áreas rurais, seja por desdenho dos comerciantes, incredulidade da polícia ou táticas legislativas dos municípios, que passaram a ampliar suas áreas urbanas para salvar os donos de bares e restaurantes.

É nesta fase, que podemos falar na expressão “redes de políticas públicas”, já que, além da administração pública, incluem-se outros atores, não estatais, para dar andamento a implementação da política, como por exemplo, grupos de interesses, fornecedores, prestadores de serviços e etc. Hermílio Santos assim define rede de políticas públicas:

“Por rede de políticas públicas entende-se a caracterização geral do processo de formulação de políticas na qual membros de uma ou mais comunidades de políticas estabelecem uma relação de interdependência. Alguns autores como Marin e Mayntz (*Policy networks – empirical evidence and theoretical considerations*. Frankfurt: Campus, 1991) chamam a atenção para o fato de que redes de políticas públicas não podem ser definidas unicamente através de sua interação interorganizacional, mas também pela sua função, a saber, a formulação e implementação de medidas. Onde é identificada a presença de redes – através da observação de atores que participam das negociações e consultas antes que as decisões sejam tomadas -, estas se concentram em temas setoriais ou específicos (como por exemplo no apoio ao desenvolvimento de novas tecnologias, no caso de política industrial)”.¹⁶¹

Assim, ao realizar uma análise desta etapa, a implementação pode virar objeto de pesquisa, denominado de *implementation research*, com um intuito mais descritivo da política em si, verificando seus elementos, contornos e relações¹⁶², pois, já que fica a cargo da avaliação a parte mais prática, ou seja, a busca pelos erros e acertos.

Desta forma, para realizar uma pesquisa sobre a implementação, pode-se utilizar dois modelos, segundo a orientação de Sabatier, o Modelo *Top-down* e o Modelo *Bottom-up*.¹⁶³

O Modelo *Bottom-up*, que faz a verificação de baixo para cima, dá mais oportunidade de auto-organização dos burocratas e das redes de atores quanto a moldar a implementação das políticas públicas. Os implementadores modelam a implementação da política e os envolvidos na tomada de decisão ratificam o que foi realizado, já que os resultados são avaliados posteriormente. Isto porque,

SECCI, *Op. Cit.* p. 44 e 45.

¹⁶¹ SANTOS, Hermílio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Vol. 5. N. 1. Porto Alegre: Civitas – Revistas de Ciências Sociais, jan/jun 2005. Pp. 62.

¹⁶² SECCHI. *Op. Cit.* p. 44.

¹⁶³ *Ibidem.* pp. 46/47.

quem defende este modelo, assim como Secchi, entende como um modo de enfrentar os problemas para pôr em prática a implementação da política pública.

Já no Modelo *Top-down*, que realiza a verificação de cima para baixo, ao inverso do *Bottom-up*, há a clara separação entre aqueles responsáveis pela tomada de decisão (políticos) e os implementadores (administração pública).

Este modelo é funcionalista, em que a política pública é elaborada pela esfera política enquanto a administração fica responsável pelos meios de implementação e execução. Secci coloca este modelo como deslocamento de culpa (*blame shifting*), tendo em vista que as falhas da implementação são “culpa” dos agentes, que representam a administração (exemplo: policias), pois, na tomada de decisão, os objetivos estão claros e coerentes e, ao passar para a próxima etapa, os políticos não respondem mais por falhas cometidas.

4.1.2.4 avaliação da política pública

É consenso na doutrina que avaliar é atribuir valor “(...) como lembra Brian Barry, avaliar é atribuir valor: é determinar se as coisas são boas ou más.”¹⁶⁴ ou como melhor esclarece Trevisan e Bellen:

“Avaliar significa determinar a valia de algo, atribuir um valor (Ferreira, 1999) e outras línguas, incluindo o espanhol e o inglês, coincidem na associação de avaliação como atribuição de valor (Mokate, 2002; Garcia, 2001). No entanto, Ala-Harja e Helgason (2000) advertem, de início que não existe consenso quanto ao que seja avaliação de políticas públicas, pois o conceito admite triplas definições, algumas delas contraditórias. Esse fato se explica justamente porque a área de políticas públicas é perpassada por uma variedade de disciplinas, instituições e executores, abrangendo diversas questões, necessidades e pessoas.”¹⁶⁵

Com base na citação acima, verifica-se a impossibilidade de estabelecer uma definição sobre avaliação da política pública, contudo, a avaliação é

¹⁶⁴ FIGUEREDO, Marcus faria e outros. Avaliação política e avaliação das políticas: um quadro de referência teórica. *Anál. E Conj.*, Belo Horizonte, 1 (3): 107 – 127, set./dez. 1986.

¹⁶⁵ TREVISAN, Andrei Pittol e outros. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *RAP – Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 42(3): 529-50, mai/jun. 2008.

realizada com base em tipos e critérios de avaliação¹⁶⁶. Desta forma, vale lembrar que existem fatos impeditivos que prejudicam uma avaliação e por tal motivo, surge a necessidade de um analista neutro, já que não basta realizar uma avaliação para que ela seja válida, mas observar os fatos impeditivos que se colocam como obstáculos para a neutralidade da avaliação. Faria (2003) expõe como possibilidade de fatos impeditivos da avaliação, a existência de crenças e interesses conflitantes na organização que gerencia o programa; ocorrência de conflitos de interesses entre as distintas unidades do programa; mudanças no pessoal encarregado (novatos têm prioridades diferentes daqueles vigentes no início da avaliação); eventual inflexibilidade das regras e dos padrões operacionais da organização, que pode impedir a adoção das recomendações feitas quando da avaliação; mudanças nas condições externas, tais como cortes orçamentários e alterações no ambiente público.¹⁶⁷

Ultrapassando estas questões sobre fatos impeditivos, segundo a classificação de Faria, existem quatro tipos de avaliação: instrumental (“*depende não apenas da qualidade da avaliação, mas também da adequada divulgação de seus resultados, sua inteligibilidade e da factibilidade das recomendações propostas*”¹⁶⁸); conceitual (“*as descobertas da avaliação podem alterar a maneira como esses técnicos entendem a natureza, o modo de operação e o impacto do programa que implementam. Nenhuma decisão ou ação é esperada, pelo menos não imediatamente*”¹⁶⁹); instrumento de persuasão; e “esclarecimento” (“*acarreta, pela via do acúmulo de conhecimento oriundo de diversas avaliações, impacto sobre as redes de profissionais, sobre os formadores de opinião e sobre as advocacy coalitions, bem como alterações nas crenças e na forma de ação das instituições*” (Faria, 2005:103), orientando a agenda governamental.”¹⁷⁰). O que interessa para o presente estudo é o tipo instrumento de persuasão, “quando a

¹⁶⁶ “Em um plano normativo, a década de 1990 testemunhou, nas democracias ocidentais de uma maneira geral, e na América latina particularmente, a busca de fortalecimento da ‘função avaliação’ na gestão governamental. Com efeito, foram implementados, em diversos países da América latina, sistemas de avaliação das políticas públicas de escopo variável. Tal processo tem sido justificado pela necessidade de ‘modernização’ da gestão pública, em um contexto de busca de dinamização e legitimação da reforma do estado.”

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas. Revista brasileira de ciências sociais. Vol. 20. N. 59. Outubro/2005. Pág. 97-109. Pp. 97.

¹⁶⁷ TREVISAN. *Op. cit.*

¹⁶⁸ TREVISAN. *Op. Cit.*

¹⁶⁹ TREVISAN. *Op. Cit.*

¹⁷⁰ *Ibidem.*

avaliação é utilizada para mobilizar o apoio para que os tomadores de decisão já tem sobre as mudanças necessárias na política ou programa”.¹⁷¹

O *timing* da avaliação, ou seja, o momento em que esta avaliação ocorrerá, é importante, já que ela pode ocorrer antes (*ex ante*) da implementação da política, para assim conseguir prever seu custo-benefício; durante a implementação (avaliação intermediária), como forma contributiva na implantação daquela política; e posteriormente, com o intuito de analisar o impacto daquela política, ou seja, avalia os resultados depois da extinção da política. Para este artigo o que importa é a avaliação intermediária, tendo em vista que a política pública da Lei Seca ainda estar em vigor, sem qualquer previsão de suas medidas fiscalizatórias se extinguirem, pois, o motivo principal deste programa é conscientizar a sociedade de que, se por vontade própria não consegue respeitar uma determinação legal, as medidas devem continuar, até surtirem o efeito esperado.

Segundo Secchi, a avaliação da política é realizada por intermédio de critérios, indicadores e padrões (*performance standards*). Os indicadores são os *inputs* (ligados ao nível de utilização de recursos), os *outputs* (ligados à produtividade de produtos e serviços empregados) e o resultado (também conhecido como *outcome*, é o efeito da política pública que decaem sobre os *policytakers*, relacionados à capacidade de resolução ou amenização do problema identificado inicialmente). Os critérios são operacionalizados por esses indicadores e, portanto, os critérios mais utilizados são: a) Economicidade: os *inputs*; b) Eficiência econômica: relação entre os *inputs* e os *outputs*; c) Eficiência administrativa: relaciona os níveis de conformação da execução aos métodos preestabelecidos; d) Eficácia: nível do alcance dos objetivos preestabelecidos; e) Equidade: trata da distribuição homogênea das punições, entre os destinatários da política.

Assim, a visão da ciência política sobre política pública, expressado por intermédio do seu conceito e os modelos para sua formulação, facilitará a análise do tema a seguir proposto, já que trata da implementação dos direitos sociais pela execução orçamentária realizada pelo Judiciário, pois, até este momento,

¹⁷¹ *Ibidem*.

algumas questões apresentadas, como a separação de poderes, direitos sociais, orçamento público e o novo papel do Judiciário, serão condensados a partir daqui.

4.2 O Controle da execução orçamentária pelo Judiciário na implementação dos direitos sociais fundamentais

Apesar de ter um capítulo próprio para falar sobre o orçamento, a partir deste momento é que orçamento público e judicialização da política, bem como todos os conceitos anteriores apresentados começam a dar sentido ao que conhecemos sobre o tema.

Desta forma, a criação e formulação das políticas públicas, conforme supracitado, depende de uma decisão política que, para sua implementação, necessita da sua inclusão na previsão orçamentária. Em outras palavras, no momento da aprovação da legislação orçamentária a política pública deve estar apontada nas despesas estatais. A criação de políticas públicas serve como propulsor para a promoção dos direitos sociais, principalmente os direitos sociais fundamentais básicos para a existência digna dos indivíduos, o que já foi definido como o mínimo existencial.

O orçamento público não pode ser visto como um empecilho à promoção dos direitos fundamentais sociais, já que o dever de prestar esses direitos pelo Estado vem por determinação constitucional, conforme o art. 6º, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, o Judiciário tem um papel fundamental, com o objetivo de fiscalizar e defender esses direitos, representando o controle social.

O Poder Judiciário não exerce mais aquele papel idealizado pelo modelo de Montesquieu¹⁷², o da “boca da lei”, em que tomava a posição de mero limitador

¹⁷² “O poder político é uno e indivisível, manifesta-se por meio de funções: executiva, legislativa e judiciária. Partindo desse pressuposto, o fenômeno da separação dos poderes nada mais é do que a separação das funções estatais dos diferentes órgãos do Estado.

Locke dividiu os poderes em dois: legislativo e executivo, já Montesquieu dividiu em três: legislativo, executivo e judiciário. As funções legislativas eram a criação e aperfeiçoamento das leis; a função executiva consistia basicamente na resolução das questões internacionais (declaração de guerra, determinação de paz); por fim, a função judiciária, que era a faculdade de punir os crimes e julgar os dissídios de ordem cível.”

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.** Acessado em:

do Poder absoluto, ou, na visão mais conservadora com base na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era papel exclusivo do Poder Legislativo. As Cartas Constitucionais contemporâneas, no Estado Democrático de Direito, permitiram uma expansão do Judiciário, que passa a ser o maior defensor dos direitos fundamentais, inclusive o coloca como interventor das políticas públicas.¹⁷³ Nesse sentido, CRISTÓVAM¹⁷⁴ assim nos elucida. Vejamos:

“A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são os traços característicos do Estado constitucional, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela consolidação de um modelo substancial de justiça, conforme pensado pelas teorias pós-positivistas que vem sustentando a consolidação do que se pode referir como o novo constitucionalismo. A superação do positivismo jurídico exige uma revisão de vários institutos jurídicos e inúmeras teorias que, embora servissem ao modelo liberal de Estado de direito, atualmente não se sustentam no seio do novo constitucionalismo: a teoria liberal da separação de poderes, a própria noção de soberania, o papel do Poder Judiciário no controle da Administração Pública, o controle jurisdicional da discricionariedade e do mérito administrativo, e, o objetivo central deste texto, a justiciabilidade de políticas públicas.”

Desta forma, não se pode considerar a formulação das políticas públicas como papel exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁷⁵, ficando a cargo do

01/12/2013 e disponível em: <http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/130>. Pp. 2.

¹⁷³ “O modelo teórico clássico da separação de poderes, cuja finalidade primordial era a superação do Estado Absoluto com a instituição de controles recíprocos entre os vários poderes públicos, experimentou variações ao longo do desenvolvimento do movimento constitucionalista e da consolidação do Estado de Direito. Em sua origem apresenta-se como uma teoria jurídico-formalista, na qual, na visão de seu principal formulador Montesquieu, o Judiciário nada mais seria do que a boca pela qual falaria a lei. O Poder Judiciário, então, é visto nessa perspectiva como um mero limite contra o Poder absoluto, reduzindo a atuação judicial à clássica concepção de um legislador negativo típica do estado liberal absenteísta. Nessa visão mais conservadora do princípio da separação dos poderes, o legislador possuiria o monopólio na criação do direito. Posteriormente o advento do Estado Democrático de Direito promoveu um resgate da força normativa da Constituição e abriu espaço para um processo de expansão do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais e, até mesmo, na intervenção e/ou proteção de políticas públicas não realizadas pelos demais poderes do Estado, superando-se a vetusta visão da função judicial negativista clássica, que cede passo a uma função ativa e intervencionista.”

SILVA, Celso de Albuquerque. Legitimidade Da Execução Orçamentária: direitos sociais e controle pelo poder judiciário. ANPR online. V. 8. pp. 8 e ss, 2009.

¹⁷⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acessado em: 02/12/2013.

¹⁷⁵ “(...) 5) Os direitos sociais, em regra, dependem, para a sua eficácia, de atuação do Executivo e do legislativo, por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação

Poder Judiciário o exercício do controle social, com o objetivo de fiscalizar se o Poder Público promove os valores constitucionalmente assegurados à sociedade. No entanto, apesar de ser um consectário lógico de sua função o Judiciário estar legitimado para a promoção das políticas públicas, em razão do seu dever de defesa dos direitos fundamentais, esta função não é ilimitada nem tampouco pode ser analisada, em determinadas situações (quando há ausência de previsão orçamentária para a formulação de uma política pública), em uma perspectiva individual quando suscitada.

Isto quer dizer que a visão do Judiciário deve ter caráter coletivo, recorrendo, como será verificado posteriormente, à tutela coletiva, em função da previsão orçamentária. É sabido que o orçamento não pode ser considerado um obstáculo para a promoção dos direitos sociais, conforme vem se insistindo neste trabalho, entretanto, tem que se considerar o orçamento público, quando aprovado, como um instrumento com o intuito de alcançar a maior parte dos indivíduos que necessitem da prestação de um serviço público e quando se emana uma decisão individual, a parcela de recursos financeiros para atender a execução daquela decisão será retirada do montante destinado ao conjunto social beneficiado pela política pública encartada na peça orçamentária. Uma vez verificado que o orçamento não aloca recursos financeiros da forma adequada, a fim de atender a estes direitos sociais, entende-se que isto interessa a coletividade que é atingida com a ausência da atuação estatal e para tanto, existem instrumentos adequados para uma decisão coletiva, como o instrumento da Ação Civil Pública, que no art. 7º, da Lei 7347/85, prevê que o magistrado remeta os autos ao Ministério Público, caso verifique fatos que ensejam a Ação Civil Pública, para que tome as medidas necessárias.

Assim, nessa nova conjuntura político-jurídica, o Judiciário exerce o controle judicial, abrangendo o aspecto formal (legalidade) e material (legitimidade), concreta e difusamente, além, também, do controle concentrado,

pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, ao lazer, à assistência aos desamparados, à previdência social, e outros previstos no art. 6º, no art. 7º, sem contar as disposições dos incisos do art. 170, do art. 182, do art. 193, do art. 225 e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988.”

OLIVEIRA. Farlei Martins Riccio de. A Judicialização da Política na Teoria Constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm. In QUARESMA, Regina e outros (organizadores). 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pp. 724.

abstrato e com eficácia vinculante, do orçamento público, já que se reconhece que esta peça contábil é essencial para a efetiva implementação dos direitos sociais, através das políticas públicas.

4.2.1 Âmbitos e objetos de controle

Antes de trabalharmos a legitimidade do controle judicial do orçamento na implementação dos direitos sociais, necessita-se proceder por uma delimitação, ou tentativa de delimitação, do que conhecemos por direitos fundamentais sociais. Existem duas correntes sobre o assunto: a primeira é denominada de corrente maximalista, ou seja, acredita que todos os direitos sociais são jusfundamentais¹⁷⁶; a segunda é denominada de minimalista e os seus seguidores reduzem o direitos sociais ao seu núcleo essencial conhecido como mínimo existencial, que abarca, apesar do conceito ser um tanto controverso como mencionado anteriormente, educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados, ou seja, os direitos sociais chamados de básicos¹⁷⁷. Independente do posicionamento adotado, ambos convergem sobre os direitos sociais básicos, em que a primeira apenas amplia a fundamentalidade dos direitos sociais, entretanto, cabe colocar que o controle judicial será analisado com base na segunda corrente, a que se baseia no mínimo existencial.¹⁷⁸

Para a delimitação do objeto de controle iremos nos valer das etapas de elaboração das políticas públicas, quais sejam: a identificação do problema, a agenda, a implementação e a avaliação.

¹⁷⁶ KRELL, Andréas J. *“Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha”*. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002. pp.19-21.

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

¹⁷⁸ “As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, ou seja, elas emitem um comando que, ao serem desobedecidos legitima o titular do direito a busca pela sua reparação, seja por mecanismos de tutela individual, seja pela tutela coletiva.”

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**. Acessado em: 01/12/2013 e disponível em: <http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/130>. Pp. 14.

As etapas de identificação do problema e seleção da agenda se relacionam com a própria deliberação política acerca de quais direitos, no decorrer do processo de feitura das chamadas escolhas dramáticas, serão atendidos na peça orçamentária. Essas etapas representam o início do ciclo da política pública – seja ela distributiva ou redistributiva – com a identificação do problema (a necessidade pública a ser atendida), a formatação da agenda política e/ou formal (enfrentar o agravo a saúde representado pela doença X), a formulação de alternativas (combate preventivo via vacinação ou repressivo via tratamento com remédios) e, finalmente, a tomada de decisão (a política pública preventiva, repressiva ou ambas acolhida(s) ou não na peça orçamentária). Nesse âmbito, o controle judicial, apesar de normativo, deve também conter um maior grau de politicidade e, portanto, é o controle abstrato e concentrado o mais adequado.

Quando referenciado às etapas de implementação e avaliação, o controle judicial possui um maior componente jurídico e menor componente político, por incidir sobre o oferecimento ou não das políticas públicas que já são objeto de previsão no orçamento, cujas rubricas relativas aos direitos públicos fundamentais componentes do mínimo existencial devem ser impositivas e não meramente autorizativas. Nesse âmbito deve se realizar de forma concreta e difusa, ainda que preferencialmente pela via das ações coletivas para resguardar o oferecimento universal e isonômico desses direitos.

Sendo assim, passa-se a analisar ambas as formas de controle, o concentrado/abstrato e o concreto/difuso, em tópicos separados, para uma melhor visualização dos objetos de controle.

4.2.1.1 o controle concentrado e abstrato das escolhas sobre políticas públicas aos direitos fundamentais sociais na composição do orçamento

Em primeiro lugar, cabe estabelecer se há possibilidade ou não de exercer o controle concentrado e abstrato sobre lei orçamentária, que é uma lei meramente formal e, também, de efeitos concretos.

Atualmente, entende-se por sua possibilidade em razão do julgamento da ADI 4048, quando o Supremo Tribunal Federal, embora fosse detentor de posicionamento contrário em razão do julgamento da ADI 1640¹⁷⁹, de 1998, que não permitia esta forma de controle sobre legislação orçamentária, alterou seu entendimento anterior e entendeu ser possível o controle concentrado e abstrato sobre legislação orçamentária, quando suscitada questão de constitucionalidade em abstrato. Veja o julgado:

**“ADI 4048 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 14/05/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. **II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NÓRMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal**

¹⁷⁹ “ADI 1640 QO / UF - UNIÃO FEDERAL
QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES
Julgamento: 12/02/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE "DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F." COMO PREVISTA NA LEI Nº 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, "A", DA C.F. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade. QO em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 581352, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 12 de fevereiro de 1998. *Lex: Jurisprudência do STF.*

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

III. LIMITES CONSTITUCIONAIS A ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008." (grifo nosso)¹⁸⁰.

Desta forma, conclui-se pela possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle concentrado e abstrato. Depois desta conclusão, supera-se a questão formal mencionada inicialmente, tornando plenamente capaz a possibilidade de controle judicial sobre metas relativas às políticas públicas¹⁸¹,

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. MC em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 14 de maio de 2008. *Lex*: Jurisprudência do STF.

¹⁸¹ "Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, muito expressivo nos países da Europa e nos Estados Unidos, há um aprofundamento dessa alteração qualitativa das funções do Estado, que do plano da economia se

com o intuito de concretizar os direitos fundamentais sociais, que estão a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, com o fim de evitar desvios que, em caso de omissão dos demais poderes, tendam a convergir ao abuso e violação permanente aos princípios constitucionais.¹⁸²

Deve-se considerar que este tipo de controle fatalmente irá intervir no espaço da deliberação das políticas majoritárias¹⁸³, mas que deve se pautar no princípio da *self-restraint* judicial¹⁸⁴, que autolimita as decisões judiciais a manejar decisões de natureza política o mínimo e na medida necessária nesse espaço deliberativo, a fim de adequar as decisões políticas emanadas pelo Legislativo e o Executivo, com os valores e princípios regulatórios dos direitos fundamentais.

Exercer o controle abstrato e concentrado das escolhas políticas no espaço democrático variará de intensidade e interferência, dependendo da prestação do direito social requerido. Isto quer dizer, que a interferência será maior ou menor a considerar o que seria o conteúdo do mínimo existencial, que apesar de ser o limite mínimo para o exercício do controle, não define um conjunto uniforme para apresentar uma única solução, tornando a intensidade do controle e intervenção extremamente elástica. Como exemplo, o direito fundamental social à saúde.

irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania. O dado novo a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.”

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Pp. 90.

¹⁸² No particular, sobre essa questão, o Min.. Gilmar Mendes assim se manifestou nos debates na ADI 4.048-MC: “(...) gostaria de fazer a seguinte observação. A tese do Tribunal, com as vênias de estilo, de que a matéria orçamentária – porque é isso que temos dito, tanto em LDO, como em LO – não é passível de controle de constitucionalidade, na verdade propicia um quadro de abuso. Disse-o muito bem o Ministro Carlos Britto, pois dificilmente vamos vislumbrar uma lei mais importante fora da Constituição que a Lei Orçamentária.

Temos tido todas essas discussões, por exemplo, sobre direitos sociais. Como ele se realiza, o problema da omissão, como se faz esse controle? Tudo passa pelo orçamento.

Ora, quando assumimos que não podemos fazer esse controle, estamos nos demitindo, criando um *bill* de indenidade em relação a essas normas como um todo.”

SILVA, Celso de Albuquerque. Legitimidade Da Execução Orçamentária: direitos sociais e controle pelo poder judiciário. ANPR online. V. 8. pp. 8 e ss, 2009. N. 27.

¹⁸³ V. capítulo III, a visão de Amartya Sen sobre a democracia e o espaço público.

¹⁸⁴ “A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do *judicial review* "importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento" (Mello, 2004, p. 205), é conhecida como doutrina da *self-restraint* ou doutrina da autocontenção judicial.”

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. direito GV* vol.8 n.1. São Paulo Jan./June 2012.

Diferentemente do que ocorre com o direito social à educação fundamental, já que determina que o ensino fundamental é o nível mínimo educacional exigido constitucionalmente, criando um direito subjetivo individual, a Constituição de 1988 não relacionou todos os serviços que serão prestados em relação à saúde, apenas determinou a criação de um Sistema Único de Saúde (conhecido como SUS), para tentar atender as necessidades sociais compatibilizadas com os gastos públicos (princípio da realidade), porque se fosse reconhecido em sua amplitude, seria impossível a outorga financeira para a sua prestação.

“É evidente que a partir de 1988, a política pública para a saúde no Brasil está essencialmente inscrita na Constituição federal, mas também em inúmeros outros dispositivos normativos. Essa situação não é suficiente, pois ainda existem lacunas que necessitam ser preenchidas e que estão aguardando a ação legislativa para sua concretização. Como política pública para a saúde, a mudança fundamental empreendida pela Constituição de 1988 foi alterar o padrão anterior para garantir um sistema único de saúde com acesso universal, igualitário e gratuito às ações e serviços de saúde. Nenhum outro direito social recebeu chancela constitucional semelhante ao da saúde: a relevância pública garantiu atribuída às ações e aos serviços de saúde. Esta relevância pública garantiu à saúde um lugar de destaque na Carta Política brasileira.”¹⁸⁵

A Constituição Federal, em seu artigo 196, refere-se à saúde como um direito de todos e deve ser prestado pelo Estado por meio de políticas públicas (sociais e econômicas)¹⁸⁶ para o seu fomento e implementação, não cabendo uma prestação individual, tendo em vista seu caráter coletivo. Através desta interpretação, o controle judicial é bem limitado, já que enfrentará deliberações políticas, no espaço democrático, realizadas pelos Poderes, cujos representantes foram eleitos pelos cidadãos para tal atuação. Isto não quer dizer que a avaliação judicial sobre essas deliberações não possa ser pautada em parâmetros judiciais e

¹⁸⁵ DELDUQUE, Maria Célia e outros. **Judicialização das políticas de saúde no Brasil**. In Org. Alves, Sandra Mara Campos e outros. *Direito Sanitário em perspectiva*. 1 ed. v. 2. Brasília: FIOCRUZ, 2013. Pp. 181

¹⁸⁶ “Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”
BUCCI. Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. In: _____. (Org.) *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. Pp. 39.

respaldada em um juízo técnico-científico, em conjunto com o princípio da razoabilidade.

Como já foi repetido por diversas vezes, essas políticas públicas são um dispêndio de recursos públicos¹⁸⁷, em que devemos encarar, pelo menos nesta situação, que uma decisão judicial concreta e específica de realização de uma despesa para atender a um indivíduo ou a um pequeno grupo deles ao invés da coletividade, pode encontrar sério obstáculo no princípio da reserva do possível, em razão da escassez dos recursos públicos cuja utilização na implementação das políticas públicas deve sempre visar economicidade, eficiência e o interesse público.¹⁸⁸ Esses serviços, como o exemplo selecionado, a prestação do serviço à saúde sofre impactos financeiros e é inegável o sacrifício a ser feito através das decisões políticas, sobre privilegiar um serviço ao invés de outro, como escolher qual programa de vacinação deverá ser realizado, quais medicamentos serão oferecidos pela rede pública e etc.. Essas decisões são baseadas nas necessidades sociais e foi conferida pelo constituinte originário aos representantes políticos, pelo sistema democrático.

“A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) (...) para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo

¹⁸⁷ “Assim, parece-nos que ao juiz é plenamente exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com olhos voltados à máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, para contrastar se a política pública apresenta ineficiência ou omissão em seu cumprimento, sindicando amplamente as causas e motivos que levaram aquela situação, verificar se direitos estiverem ameaçados ou lesados.

De outra parte, parece-nos que a teoria da “reserva do possível” deve ser acolhida com ressalvas. Sempre existirá alguma sorte de limite para o atendimento a direitos, considerando que todos eles têm determinado custo, e os recursos são limitados (Sussekind).

É no mínimo discutível a tese que, em nome da reserva do possível, pode-se obstaculizar o reconhecimento de direitos a prestações estatais. É intuitivo que esse obstáculo não possa ser invocado como razão absoluta para o desenvolvimento e atendimento dos direitos sociais.”

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A Judicialização da Política na Teoria Constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm. In QUARESMA, Regina e outros (organizadores). 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pp. 733.

¹⁸⁸ “Concluimos que a reserva do possível não pode ser invocada pelo administrador, de forma isolada, como óbice à efetivação dos direitos sociais. Faz-se necessária a relação com o mínimo existencial, que impede a restrição dos serviços necessários para uma vida com dignidade. Quando não são respeitados, cabe a busca pela efetividade junto ao Poder Judiciário.”

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**. Acessado em: 01/12/2013 e disponível em: <http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/130>. Pp. 14

convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.”¹⁸⁹

Isto não impede o controle judicial, no tocante a convergir tais políticas com a constituição tanto com sentenças aditivas, para assegurar à disposição impugnada uma regulação, caso esta disposição encontre-se carente de uma, quanto por sentenças manipulativas, em que a participação do Judiciário é de interferência na norma impugnada, consistindo em substituir o seu conteúdo por outro, para que esta norma fique em conformidade com a constituição. Assim, SILVA¹⁹⁰ expõe. Eis suas palavras:

“Por tal razão, esse controle deve-se pautar por argumentos racionalmente deduzíveis, estruturados em parâmetros ou *standards* objetivos identificáveis na própria Constituição. Inicialmente sugerimos dois: **1) universalidade das ações políticas e 2) princípio da fraternidade** Assim, por exemplo, tanto em termos de prevenção como em termos de recuperação da saúde, as ações devem visar as doenças que mais constantemente assolam a população, comprometidas que precisam estar com a diretriz da universalidade do atendimento e, ainda assim, se escolha tiver que ser feita entre várias doenças de amplo espectro, deve-se privilegiar ações relativas aquelas que atingem com maior intensidade e regularidade as pessoas de menor potencial aquisitivo, a fim de assegurar a vigência do constitucionalismo fraternal, nos termos dos objetivos fundamentais de nossa República relacionados com a redução da pobreza e da desigualdade social e construção de uma sociedade justa e solidária.”

Conforme apresentado na citação acima, é esclarecedor o fato da utilização do princípio da reserva do possível para justificar a redução das prestações dos direitos sociais, diante a escassez dos recursos públicos. Portanto, na etapa de avaliação da política pública, por exemplo, de saúde, deve ficar comprovado sua prioridade genérica sobre a economicidade e o custo/benefício, pois, caso não confirme sua prioridade, o princípio da reserva do possível (aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade) deve prevalecer. Decisões judiciais não devem conceder a permissão a tratamentos experimentais de saúde, por inexistir razões de ordem jurídica, moral ou técnica

¹⁸⁹ BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Pp. 90.

¹⁹⁰ SILVA. *Op. cit.*

para sua concessão¹⁹¹. Então, decisões judiciais que efetivamente concedem este tipo de tratamento violam o princípio da separação de poderes, já que ultrapassa nitidamente os limites razoáveis, legítimos e constitucionalmente assegurados para seu exercício.

4.2.1.2 o controle concreto sobre a implementação das políticas públicas previstas no orçamento relativas aos direitos fundamentais

Inicialmente cumpre salientar que a execução orçamentária, em seu sentido amplo, envolve a formulação da política financeira, concretizada na lei orçamentária anual e sua execução estrita implementada por intermédio dos serviços públicos, que significa nada mais do que a realização das opções políticas com o oferecimento de prestações sociais individualizadas incluídas nas despesas públicas, com o intuito a atender os interesses dos cidadãos. Isto segue um procedimento para sua ocorrência, em que a primeira fase é a programação, depois as fases de empenho, liquidação, ordenação e pagamento, segundo os critérios estabelecidos do art. 47 a 65 da L. 4320/65 que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

¹⁹¹ Para exemplificar, o Superior Tribunal de Justiça, através de embasamento técnico, tem jurisprudência pacífica quanto ao tratamento experimental contra a doença retinose pigmentar, para não mais permitir tratamento em Cuba, por inexistir comprovação científica, além de ser um tratamento muito custoso para o SUS. Veja o informativo de jurisprudência abaixo:

["Informativo nº 0235
Período: 14 a 18 de fevereiro de 2005.](#)

Primeira Turma

SUS. TRATAMENTO. EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR.

Ao prosseguir o julgamento, após o voto de desempate do Min. Francisco Falcão, a Turma entendeu negar provimento ao especial que buscava o custeio, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de tratamento da retinose pigmentar a ser realizado em centro internacional dedicado àquela patologia, situado em Havana - Cuba. Há recente precedente da Primeira Seção pelo não-custeio, que se lastreia em parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, desabonador do tratamento naquele centro por falta de comprovação científica, bem como na Portaria n. 763/1994 do Ministério da Saúde, que proíbe a liberação de recursos para tal mister. Precedente citado: MS 8.895-DF, DJ 7/6/2004. [REsp 616.460-DF](#), Rel. originário Min. Luiz Fux, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 15/2/2005."BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Informativo de Jurisprudência. Inf. Jur. n.º 0235, Brasília, DF, 14 a 18 de fevereiro de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ.

Então, esta espécie de controle só pode ser aplicada pelo Judiciário, caso os Poderes Executivo e Legislativo não implementem as políticas por eles mesmo definidas¹⁹², englobando o caso do Poder Judiciário ter exercido o controle concentrado e abstrato e ter definido metas sobre políticas públicas, que também não foram cumpridas por esses Poderes.¹⁹³

Como devidamente explicado no capítulo III, que se refere ao orçamento público, o orçamento não é mais uma mera peça contábil, em que não servia de base para o controle efetivo dos gastos públicos realizados pelo Estado. Todavia, apesar de termos ultrapassado esta fase, a lei orçamentária não é vista como uma lei impositiva, mas sim autorizativa, conforme relata SILVA¹⁹⁴. Eis suas palavras:

“Considerando-se que pela *práxis* brasileira o orçamento, se já venceu a terrível fase de ser reputada uma simples peça de ficção sem qualquer papel relevante em termos de planejamento e ordenação das finanças e políticas públicas, continua sendo visto como um programa de intenção e não de efetiva realização das ações ali determinadas, não será raro a necessidade de controle por parte do Judiciário. Muito contribui para o atual estado das coisas, a manutenção do entendimento clássico de que o orçamento é uma lei meramente autorizativa e não impositiva, o que possibilita tanto a transferência de recursos entre as diversas rubricas orçamentárias através dos instrumentos dos créditos adicionais¹⁹⁵ quanto a limitação de empenho e movimentação financeira (contingenciamento) na hipótese da realização da receita não comportar o cumprimento das metas de resultado

¹⁹² “Essa atuação será legítima quando a decisão estiver fundada na Constituição ou em leis ordinárias, o mesmo ocorrendo quando se faz uma avaliação quanto às decisões dos poderes públicos nas hipóteses de omissão do mesmo. Quando há leis e atos administrativos implementando a Constituição e sendo devidamente aplicados, o judiciário não deve agir.”

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. *Op. cit.* pp. 12.

¹⁹³ “O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo *juiz*, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo *Direito* e não apenas pela *lei*, como se preferiu enfática e exemplarmente declarar na Constituição espanhola em seu art. 103. 1: *a submissão da Administração à Lei e ao Direito*”.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas**. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Políticas públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.58.

¹⁹⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*

¹⁹⁵ Segundo a Lei nº 4.320/64, os créditos adicionais são as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na lei orçamentária (art. 40), e se classificam em suplementares quando destinados a reforço de dotação orçamentária; especiais, quando destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica e extraordinários, para suprir despesas de caráter urgentes e imprevistas em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública (art. 41’).

primário ou nominal, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 101/2000. Tais circunstâncias criam as condições propícias para redução significativa da parcela de recursos originariamente destinada às rubricas sociais.”

Na presente dissertação, defendemos que a visão de que o orçamento possui a natureza de mero ato administrativo ou ato-condição para a realização da despesa pública não pode mais ser aceita, ao menos quanto às rubricas relativas ao oferecimento de prestações relacionadas aos direitos fundamentais componentes do mínimo existencial. Com relação a essas rubricas, a natureza jurídica do orçamento deve ser reconhecida como lei e não ato administrativo, com a conseqüente implicação de vê-lo como um instrumento impositivo e não meramente autorizativo.

Sabendo disso, o controle concreto das políticas públicas ocorre para garantir a fruição das prestações sociais já previamente estabelecidas por escolhas políticas¹⁹⁶, é plausível que o magistrado, em sua decisão, conceda a prestação deste serviço de forma específica. Para tanto, a título de exemplo, o Poder Público insere na lei orçamentária a despesa com o fornecimento, mais especificamente do medicamento insulina para o tratamento de diabetes, mas não o fornece como estaria previsto para aquele ano. O pleito judicial para o fornecimento do medicamento e a decisão favorável para o seu fornecimento pelo Estado é o exercício do controle judicial para efetivar a prestação de direitos fundamentais sociais, que estavam previstas no orçamento, lembrando que esta decisão judicial não substitui a escolha política, tendo em vista que ela existe, mas a ausência de sua efetiva implementação faz com que o Judiciário exija a sua implementação.

Contudo, embora seja mais fácil aceitar este tipo de controle judicial, ainda recebe algumas críticas em algumas hipóteses que é exercido esse controle. Uma

¹⁹⁶ “No Brasil, podemos trazer como exemplo de controle de políticas públicas por parte do Judiciário a decisão tomada na ADPF 45, na qual o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se sobre cumprimento de políticas públicas. No caso em tela, a ação versou sobre a inconstitucionalidade do veto do Presidente da República sobre o § 2º do art. 55 do Projeto de Lei que se converteu na Lei 10707/2003 - Lei de Diretrizes Orçamentárias -, que violaria a Emenda Constitucional 29/2000 (que estabelece recursos financeiros mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde).”

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV vol.8 n.1. São Paulo Jan./June 2012.

delas refere-se ao fato do crédito orçamentário ser um crédito virtual (princípio da reserva financeira), que embora esteja autorizada determinada despesa, isto não quer dizer que o Estado o dispõe para efetivamente utilizá-lo. Isto não seria o caso de justificativa para não implementar esta política, tendo em vista que o judiciário esta plenamente capaz a autorizar que as rubricas orçamentárias, de destinação diversa, que não tenham sido utilizadas em sua integralidade sejam automaticamente remanejadas para a despesa da prestação dos direitos sociais (conforme interpretação ampliativa do art. 8º, parágrafo único, da LC 101/2001), que têm natureza impositiva (art. 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 101/2001), mesmo para aqueles que consideram, no pensamento mais clássico, a lei orçamentária como meramente autorizativa.

Entretanto, em se tratando do princípio da reserva orçamentária, o judiciário deve ser mais cauteloso. Isto porque, quando não há previsão orçamentária para uma despesa pública, não pode o magistrado em controle judicial concreto autorizar a despesa, já que, neste caso, o Judiciário não estaria implementando uma política, mas sim formulando uma política pública e, por tal motivo, o Poder Judiciário tem sido muito criticado por este tipo de judicialização da política. Decidir positivamente, em caráter individual, para a concessão desta política implica o alcance extremamente restrito de indivíduos, o que não é o objetivo constitucional a prestação, pelo Estado, desses direitos sociais. A saúde é o alvo dessas decisões equivocadas¹⁹⁷. Nesse sentido, SILVA¹⁹⁸ segue este entendimento:

“Esse tipo de atuação jurisdicional não contribui para a afirmação dos direitos sociais, pois sendo decisões pontuais, atingem um número restrito de pessoas, ainda que se trate de ações coletivas, dificultando o acesso universal e igualitário desses direitos. Outra consequência ainda mais grave é que esse tipo de adjudicação possibilita a *captura* dos benefícios sociais por parte das camadas mais favorecidas da população, levando à predação das rendas públicas pelas elites, em detrimento daqueles estratos mais hipossuficientes econômica e socialmente, que são, em linha de princípio, os verdadeiros e legítimos destinatários de tais políticas públicas.”

¹⁹⁷ SCAFF, Fernando Facury, “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”, In Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”, SARLET, Wolfgang Ingo e TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Livraria do Advogado, 200., p.152

¹⁹⁸ SILVA. *Op. cit.*

Vale lembrar que o tópico anterior explica que o Judiciário, nesses casos, exerce o controle abstrato e concentrado, efetivado por sentenças aditivas ou manipulativas, que vai definir metas ao Estado, obrigando-o a reestruturar e realocar as rubricas orçamentárias, em virtude do custo gerado por essas decisões. O controle judicial em concreto não é o meio hábil para a atuação do Judiciário, quando a decisão tiver o intuito de formular novas políticas, bem como criar despesas não previstas no orçamento público.

CONCLUSÃO

A concepção contemporânea de direitos fundamentais recolhe em seu seio a característica da indivisibilidade a significar que não se pode falar em respeito aos direitos da pessoa humana se não forem concomitantemente assegurados os direitos civis e políticos de primeira geração com os direitos sociais e econômicos de segunda e terceira gerações.

Para a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, tanto o constitucionalismo liberal quanto o modelo de separação de poderes nele gestado, seja de inspiração Lockeana, Montesquiana ou Federalista, não reconheciam ao poder judiciário uma posição política de igual dignidade como a conferida aos demais poderes democraticamente eleitos. Nesse sistema político-jurídico a eleição e implementação das políticas públicas era seara exclusiva dos poderes legislativo e executivo.

O surgimento do constitucionalismo social, cujo marco inaugural pode ser encontrado na Constituição de Weimar de 1919, vai possibilitar a mudança do *status quo* vigente. As demandas por prestações positivas estatais, para atender uma nova espécie de necessidade pública não mais restrita à proteção da liberdade e propriedade, acabaram por exercer forte pressão financeira sobre os já limitados recursos públicos, o que levou ao desenvolvimento teórico das normas meramente programáticas.

Nesse contexto, as normas constitucionais que incorporaram os direitos sociais foram reputadas como normas de juridicidade incompleta, necessitadas da intervenção legislativa ordinária para sua completa operacionalização, eficácia e aplicabilidade, tendo por função apenas fornecer um norte ou uma orientação ao Legislador democrático no exercício da regulação social e proteção jurídica. Esse construto teórico acabou por gerar um desatendimento ao comando constitucional no que concerne à efetiva promoção de políticas públicas destinadas a atender esses novos direitos.

Agregue-se a essa tensão social e fraqueza constitucional, a virulenta violação aos ideais humanistas e aos direitos humanos deles decorrentes, promovida pelos regimes nazista e fascista, e está formado o caldo social e

político para o surgimento de uma nova visão sobre a força normativa da constituição e dos direitos humanos que ela assegura e protege, inclusive contra investidas do legislador democrático, bem como do novo papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário na arena política.

O modelo de separação de poderes que vigorou durante o apogeu do positivismo e do constitucionalismo liberal não possuía mais as condições necessárias para o atendimento dos anseios sociais. Esses paradigmas precisavam ser alterados na vigência do constitucionalismo social pós-45. Surge o paradigma de interpretação do direito denominado de neoconstitucionalismo, que tem por características básicas o reconhecimento da centralidade da constituição e de sua força normativa; o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais sociais; a blindagem desses direitos por forte e robusto sistema de controle judicial; o surgimento de um novo modelo de separação de poderes que reconhece o poder judiciário como um verdadeiro poder político, inclusive para atuar, ainda que subsidiariamente aos demais poderes, na esfera de implementação e asseguramento de políticas públicas quando referenciadas aos direitos fundamentais, aí agora incluídos os sociais, econômicos e culturais.

Esse novo modelo, entretanto, não é isento de problemas, dificuldades e críticas. Os custos dos direitos sociais são elevados e a escassez dos recursos financeiros estatais é uma constante. Ademais, a judicialização da esfera política pode vir a afetar um valor essencial que é a democracia, na medida em que o mérito das ações tomadas pelos poderes eleitos democraticamente podem ser revisados pelo Judiciário, um poder não legitimado pelas urnas.

A questão não é de fácil solução e nem se pretendeu nessa dissertação exaurir todas as possibilidades de compatibilização de um maior intervencionismo judicial com as demandas da democracia e da própria reserva financeira do possível.

De qualquer sorte, tendo em vista o reconhecimento de que a constituição não é mais apenas um documento político, mas também jurídico e que os direitos fundamentais não são apenas esboços orientativos ao Legislador, mas representam um programa normativo a ser necessariamente por ele atuado, é conseqüência inexorável o reconhecimento de que a intervenção do Judiciário na política é plenamente possível, tendo em vista ser ele, por determinação

constitucional, defensor dos direitos fundamentais espelhados pela Constituição de 1988.

O Estado Democrático de Direito está obrigado à promoção dos direitos sociais através da prestação de serviços públicos, como saúde, educação e assistência aos desamparados, que de fato concretizem estes direitos. Desse modo, a formulação de políticas para a promoção desses direitos é fundamental, mas que para isso ocorra, depende-se das escolhas políticas a serem feitas, no sistema democrático, com absoluta prioridade pelos representantes do povo.

Reconhecido, em um sistema democrático, aos poderes eleitos - Legislativo e Executivo - a primazia na escolha política de que necessidades públicas serão atendidas no período orçamentário, deve ser reconhecida uma margem de discricionariedade administrativa e de conformação legislativa. As escolhas políticas dependem também do erário público disponível o que exige um planejamento orçamentário para mobilizar a máquina estatal e para o qual funcionalmente estão melhor aparelhados os poderes legislativo e executivo.

Por outro lado, essa discricionariedade política assenta sua validade no princípio da razoabilidade. Ao exercer o juízo acerca de que políticas públicas serão executadas, deve-se também reconhecer que no orçamento devem estar alocados recursos públicos necessários ao suprimento integral dos direitos relacionados ao mínimo existencial, em virtude de sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Falhando os poderes eleitos no atendimento desse núcleo duro dos direitos sociais, emerge a subsidiária legitimidade do Poder Judiciário para controlar o próprio mérito das políticas públicas a fim de assegurar o respeito aos direitos fundamentais, atuação que se revela harmoniosa com o princípio democrático, quando se reconhece que democracia não é apenas a vontade da maioria, mas também o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Conceituada democracia como um sistema político que também se assenta na ideia de respeito aos direitos humanos, a noção de que o Judiciário não possa intervir na política em função do princípio da separação dos poderes está ultrapassada. Nada obstante, sua atuação sofre limites como a atuação de qualquer dos demais poderes, para conformar esse ativismo nos lindes normativos do Estado Democrático de Direito.

O primeiro limite, já mencionado acima, é sua atuação subsidiária. O Poder Judiciário não é um poder eleito, de modo que sua legitimidade é extraída de outra fonte que a dos Poderes eleitos. Estes se legitimam pelas urnas aquele pela proteção aos direitos da pessoa humana. Assim, o controle judicial das políticas públicas só pode se dar quando identificada uma ação ou omissão dos demais poderes que importem violação aos direitos fundamentais.

O segundo limite se refere aos direitos fundamentais que legitimam a atuação judicial na esfera das políticas públicas. Como se sabe, são inúmeros os direitos fundamentais assegurados em nossa constituição. Por outro lado, existe a reserva do economicamente possível, o que implica em reconhecer uma margem de liberdade de conformação dos poderes eleitos sobre que direitos serão atendidos no período orçamentário. Não fosse essa insuficiência de recursos e nem mesmo se estaria a falar em judicialização da política, pois se houvesse excesso de recursos financeiros, todos os direitos fundamentais seriam atendidos sem necessidade de se impor a prioridade de uns sobre outros, o que afastaria a própria ideia de litígio ou conflito.

Nessa toada são os direitos sociais básicos, conhecidos como o mínimo existencial, ou seja, a prestações materiais mínimas sem as quais o indivíduo não pode viver com dignidade, como a saúde e educação fundamental, por exemplo, que autorizam a atuação judicial quando políticas públicas não são adequadamente implementadas, hipótese em que a atuação do Judiciário passa a ser fundamental para o cumprimento e efetivação desses direitos.

Por fim, o âmbito do controle judicial deve se restringir fundamentalmente às etapas de implementação e avaliação das políticas públicas, porque nessa hipótese o controle possui um maior componente jurídico e menor componente político, por incidir sobre o oferecimento ou não das políticas públicas que já são objeto de previsão no orçamento, cujas rubricas relativas aos direitos públicos fundamentais componentes do mínimo existencial devem ser impositivas e não meramente autorizativas. Nesse âmbito deve se realizar de forma concreta e difusa, ainda que preferencialmente pela via das ações coletivas para resguardar o oferecimento universal e isonômico desses direitos.

Em situações excepcionais, verdadeiramente aberrantes dos contornos políticos-jurídicos do Estado Democrático de Direito, é admissível se pensar,

ainda nas etapas de identificação do problema e seleção da agenda que se relacionam com a própria deliberação política acerca de quais direitos, no decorrer do processo de feitura das chamadas escolhas dramáticas, serão atendidos na peça orçamentária, em um controle abstrato e concentrado da lei orçamentária, através de decisões aditivas (no caso improvável de uma omissão total) ou manipulativas (no caso de omissões parciais relevantes no atendimento do mínimo existencial).

Dentro desses estreitos limites, entendemos ser possível o ativismo judicial em sede de políticas públicas, movimento constitucional que tem sido denominado de judicialização da política ou politização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**. Acessado em: 01/12/2013 e disponível em: <http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/130>.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pp. 112 a 116.

AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12479_Cached.pdf. Acessado em: 06/08/2013.

Baleeiro, Aliomar, *“Uma Introdução à Ciência das Finanças”*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV vol.8 n.1. São Paulo Jan./June 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed. 3ª t. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Revista Eletrônica OAB Editora, nº 05, janeiro/fevereiro, 2009”. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Acessado em: 03/07/2012.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. Boletim de ciências econômicas XLIX. Coimbra, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pp. 33.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Informativo de Jurisprudência. Inf. Jur. n.º **0235**, Brasília, DF, 14 a 18 de fevereiro de 2005. *Lex*: Jurisprudência do STJ.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Ag. Reg. no Recurso extraordinário n.º **581352**, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. *Lex*: Jurisprudência do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. MC em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º **4048**, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 14 de maio de 2008. *Lex*: Jurisprudência do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade. QO em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º **581352**, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 12 de fevereiro de 1998. *Lex*: Jurisprudência do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Habeas corpus. Ag. Reg. no Habeas Corpus n.º **114452**, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de outubro de 2012. *Lex*: Jurisprudência do STF.

BUERGHENTAL, Thomas *In* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea*. *In*: _____ (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. In: _____. (Org.) *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo, “*Constituição Federal Anotada*”, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMARGO, Margarida e TAVARES, Rodrigues, *As Várias Faces do Neconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COBB, R. W.; ELDER, C.D. *Participation in Americans politics: the dynamics of agenda-building*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1983 IN: SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acessado em: 02/12/2013.

DELDUQUE , Maria Célia e outros. **Judicialização das políticas de saúde no Brasil**. In Org. Alves, Sandra Mara Campos e outros. *Direito Sanitário em perspectiva*. 1 ed. v. 2. Brasília: FIOCRUZ, 2013.

DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. 14ª ed. Vol. 1. Pearson, 2011.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*. Vol. 20. N. 59. Outubro/2005. Pág. 97-169.

FIGUEREDO, Marcus faria e outros. Avaliação política e avaliação das políticas: um quadro de referência teórica. *Anál. E Conj.*, Belo Horizonte, 1 (3): 107 – 127, set./dez. 1986.

GUEDES, Álvaro Martins. Controle Financeiro e Orçamentário Público e a Descentralização Administrativa no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília. V. 31. N. 85. Jul/Set 2000.

HARADA, Kiyoshi, *“Direito Financeiro e Tributário”*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HAMILTON, Alexander (1757 – 1804). *O Federalista: Hamilton, Madison e Jay*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. *apud* SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Acessado em: 15/07/2012. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane moessa de souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf).

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Editora Vozes: Clube do livro liberal. Disponível em: [http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo Tratado Sobre O Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo%20Tratado%20Sobre%20O%20Governo.pdf). Acessado em: 05/05/2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da la Constitución*. Trad: Alfredo Gallego Analbitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOWI, T.J. Four system of policy, politics, and choice. *Public Administration Review*. v. 32. n. 4, p. 298- 298-310, jul.-ago. 1972 *IN*: SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti, *As Transformações dos sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALMESBURY, Thomas Hobbes De. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Livro digital. Cap. XVIII, p. 61. Acessado em: 05/05/2012. Disponível em: <http://horabsurda.org/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/leviatao.PDF>

MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórica e democrática* in Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (coordenadores). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. 1 ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

<http://horabsurda.org/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/leviatao.PDF>

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. 1.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, pp. 166.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas**. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

OLIVEIRA, Ary Brandão de. A constitucionalização do direito do trabalho. *Revista do TRT/8ª Região*, Belém, v. 24, n. 46, 1991.

OLIVEIRA. Farlei Martins Riccio de. A Judicialização da Política na Teoria Constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm. In QUARESMA, Regina e outros (organizadores). 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, nos dias 20,21 e 22 de novembro de 2008. Brasília/DF. Acessado em: 08/11/2013. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf.

PINHEIRO. Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Acessado em: 08/01/2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 20ª ed. ver. e atuali., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Hermílio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Vol. 5. N. 1. Porto Alegre: Civitas – Revistas de Ciências Sociais, jan/jun 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Pp. 229.

SCAFF, Fernando Facury, “*Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*”, In Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”, SARLET, Wolfgang Ingo e TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 1ª ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2010.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Diniselli mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa: princípios e métodos**. 1.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001. pp. 80.

SILVA, Celso de Albuquerque. Legitimidade Da Execução Orçamentária: direitos sociais e controle pelo poder judiciário. ANPR online. V. 8. pp. 8 e ss, 2009. Disponível em: www.anpr.com.br. Acessado em: 28/07/2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SOUZA, Luciana Moessa. *RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. CONPEDI. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane moessa de souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf). Acessado em: 20/06/2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

SARMENTO, Daniel. (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: *eficácia, poder e função (a ilegitimidade consitucional do efeito vinculante)*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Torres, Ricardo Lobo, "*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*", , 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989.

TREVISAN, Andrei Pittol e outros. Avaliação de políticas públicas: um revisão teórica de um campo em construção. *RAP – Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 42(3): 529/550, mai/jun. 2008.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da Política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13ªed. 1ºv. São Paulo: Editora Ática, 2000.

WOOD, Ellen Meiksins. Democracia contra capitalismo. 1ed. São Paulo: Boitempo, 2003.