

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: HARMONIZAÇÃO DAS  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS COM AS LIMITAÇÕES  
ORÇAMENTÁRIAS

FREDERICO MARTINS ZUARDI

Rio de Janeiro

2015 / 2

FREDERICO MARTINS ZUARDI

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: HARMONIZAÇÃO DAS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS COM AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Estado Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Celso de Albuquerque Silva**.

Rio de Janeiro

2015 / 2

Zuardi, Frederico Martins, 1992-.

Judicialização de Políticas Públicas: Harmonização das garantias fundamentais com as limitações orçamentárias/ Frederico Martins Zuardi. – 2015.

68 f. ; 30 cm

Orientador: Celso de Albuquerque Silva

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal do Estado Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2015.

1. Judicialização de Políticas Públicas. 2. Direito Público. I. Silva, Celso de Albuquerque. II. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Escola de Ciências Jurídicas. III. Judicialização de Políticas Públicas: Harmonização das Garantias Fundamentais com as Limitações Orçamentárias.

FREDERICO MARTINS ZUARDI

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:  
Harmonização das Garantias Fundamentais com as Limitações Orçamentárias

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Celso de Albuquerque Silva**.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2015 / 2

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, por sempre atender às minhas rezas, me dando força e coragem para ir em busca dos meus sonhos e objetivos.

Agradeço, ainda, à minha família, por ter construído o alicerce sem o qual nada disso seria possível. Em especial, agradeço à minha mãe, pelos caros valores que se solidificam em mim todos os dias; ao meu pai, pelos exemplos de justiça e dedicação a mim passados.

Aos mestres com quem convivi em sala de aula, o meu *muito obrigado* por serem parte da minha formação e por terem construído a base de tudo que ainda virá. Nesse particular, sou grato ao Professor Celso de Albuquerque Silva, por ter aceitado me orientar neste trabalho, bem como por ter inspirado em mim o desejo de seguir a carreira de Procurador da República.

Devo gratidão, também, aos profissionais com quem convivi nos estágios, começando pela Defensoria Pública, em especial na pessoa da Dra. Renata Bifano, a qual me ensinou a não estabelecer distinção de tratamento entre as pessoas de diferentes classes sociais; no Ministério Público Federal, agradeço ao Dr. Marcelo Freire, exemplo de profissionalismo, competência e gentileza, sendo também uma pessoa que serviu de espelho para minha escolha por este órgão ministerial; e por fim no Ministério Público Estadual, agradeço à Dra. Madalena Ayres, por me servir de exemplo de empenho, de dedicação, em especial aos mais necessitados, como é o caso da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde.

Em seguida, agradeço aos demais que passaram por essa trajetória. Em especial, aos amigos que colecionei, tanto na época de colégio, como na faculdade.

Obrigado, ainda, à Escola de Ciências Jurídicas da Unirio, por ter me ensinado que, apesar de não ser feita apenas de momentos fáceis, a vida vale a pena ser vivida e o Direito é o caminho que escolhi para atingir minha felicidade e realização profissional.

Por fim, minha eterna gratidão à Beatriz Cunha, pelo amor e companheirismo tão essenciais nesses mais de dois anos de convivência, demonstrando sempre uma disponibilidade sem igual para ajudar os outros, marcada por uma generosidade imensa, características que certamente lhe serão úteis à carreira de Defensora Pública, a qual certamente irá conquistar em janeiro próximo.

## RESUMO

ZUARDI, Frederico Martins. Judicialização de Políticas Públicas: Harmonização das Garantias Fundamentais com as Limitações Orçamentárias. 2015. 68 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A monografia em pauta tem como objetivo visa a uma análise aprofundada de como a intervenção judicial é necessária, buscando à efetivação das garantias fundamentais, previstas não apenas no texto constitucional positivo, como no chamado “texto constitucional aberto”. Trata-se de estudo relevante, primeiramente, em função dos efeitos políticos e econômicos de eventuais intervenções judiciais na esfera em comento, bem como é necessário estabelecer limites, formas e objetivos acerca da atuação judicial. É possível notar, ainda, que uma definição doutrinária, que sustente a fundamentação constitucional requerida às decisões judiciais, é capaz de pautar uma atuação do Judiciário que viole as garantias; por outro lado, quando não se excluir, inicialmente, posições jurídicas específicas do âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais, terá o julgador, um ônus argumentativo constitucional particularmente relevante, quando for proferir a decisão, o que conferirá legitimidade à intervenção determinada. Traçada a relevância do instituto em estudo, a organização do trabalho dar-se-á por meio de uma inicial consolidação das premissas teóricas do neoconstitucionalismo e sua conexão à compreensão contemporânea acerca das garantias fundamentais e suas teorias, tanto nacionais quanto internacionais, com enfoque, especialmente, neste tocante, às teorias germânicas.

Palavras-chave: política; pública; judicialização; fundamentais; orçamento; direitos.

## ABSTRACT

ZUARDI, Frederico Martins. Judicialização de Políticas Públicas: Harmonização das Garantias Fundamentais com as Limitações Orçamentárias. 2015. 68 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The present paper aims to a deep anlysis of how the judicial intervention is needed, seeking for the effectuation of the fundamental guarantees, foreseen not only on the written constitucional text, but also on the “open constitucional text” so called. It refers about an especially relevant study, primarily, due to policies and economics effects of possible judicial intervention on the public policies, as it’s needed also, to establish limits, forms and goals about the judicial procedure. It’s also possible to notice that a doctrinal definition, that sustain a constitucional substantiation recquired to judicial decisions, is capable of guiding a judicial procedure which can violate the guarantees; on the other hand, when you don’t exclude, primarily, particular legal positions of the scope of protection of fundamental rights standards, will the judge, have a particularly relevant constitucional argumentative burden, when it makes a ruling, which would give legitimacy to the given intervention. Outlined the importance of the institute in study, the organization of work will be given through an initial consolidation of theoretical premises of neoconstitutionalism and its connection to contemporary understanding of the fundamental guarantees and their theories, both domestic and international, focusing especially in this respect, the Germanic theories.

Key-words: policy; public; legalization; fundamental; budget; rights.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
<b>CAPÍTULO I - CONTEÚDO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
1. Neoconstitucionalismo.....	03
2. As garantias fundamentais.....	07
2.1 Dimensões dos direitos fundamentais.....	09
3. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Virgílio Afonso da Silva e o diálogo com a Teoria de Robert Alexy.....	10
3.1 O suporte fático dos direitos fundamentais.....	11
3.1.1 Amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais.....	14
3.1.1.1 Suporte fático restrito.....	14
3.1.1.1.1 Críticas a essa concepção.....	16
3.1.1.2 Suporte fático amplo.....	18
3.1.1.2.1 Efeitos de sua aplicação.....	20
3.2 A ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	21
3.2.1 Direitos fundamentais sociais e núcleo essencial.....	23
<b>CAPÍTULO II - DESAFIOS ORÇAMENTÁRIOS ANTE A IDEIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL</b>	



<b>1. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>25</b>
<b>2. Orçamento e sua inserção no ordenamento jurídico nacional.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1 Despesa pública e suas singularidades.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 Receita pública: origem e classificações.....</b>	<b>33</b>
<b>2.3 Orçamento público.....</b>	<b>34</b>
<b>2.3.1 Orçamento público como instrumento da efetivação da democracia participativa.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.2 Gestão orçamentária.....</b>	<b>38</b>
<b>2.3.3 Fiscalização e controle da execução orçamentária.....</b>	<b>40</b>
<b>3. Direitos sociais e reserva do possível.....</b>	<b>42</b>

### **CAPÍTULO III - JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SEPARAÇÃO DE PODERES E POSSIBILIDADES**

<b>1. Separação dos poderes e fundamentos de Estado.....</b>	<b>44</b>
<b>1.1 Separação dos Poderes: necessidade, coordenação e outras considerações.....</b>	<b>46</b>
<b>1.2 A judicialização das políticas públicas: formas, limites e técnicas de aplicação.....</b>	<b>52</b>
<b>1.2.1 Ônus argumentativo constitucional como elemento essencial da</b>	<b>da</b>

judicialização.....	
.....	59

CONCLUSÃO.....	
.....	62

## REFERÊNCIAS

1. Doutrina.....	
.....	65
2. Da	
Internet.....	68

## INTRODUÇÃO

Tema dos mais intrigantes no ramo do Direito Público, a “Judicialização de Políticas Públicas” é largamente estudada pela doutrina nacional, com relevante produção acadêmica o que, por si só, não significa em pacificação do tema neste viés, tampouco houve definição do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites de intervenção judicial em escolhas, planejamentos e definições de prioridade das políticas públicas.

Nesse contexto, o presente trabalho visa a uma análise aprofundada de como a intervenção judicial é necessária, visando à efetivação das garantias fundamentais, previstas não apenas no texto constitucional positivo, como no chamado “texto constitucional aberto”.

Trata-se de estudo relevante, primeiramente, em função dos efeitos políticos e econômicos de eventuais intervenções judiciais na esfera em comento, bem como é necessário estabelecer limites, formas e objetivos acerca da atuação judicial.

É possível notar, ainda, que uma definição doutrinária, que sustente a fundamentação constitucional requerida às decisões judiciais, é capaz de pautar uma atuação do Judiciário que viole as garantias; por outro lado, quando não se excluir, inicialmente, posições jurídicas específicas do âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais, terá o julgador, um ônus argumentativo constitucional particularmente relevante, quando for proferir a decisão, o que conferirá legitimidade à intervenção determinada.

Traçada a relevância do instituto em estudo, a organização do trabalho dar-se-á por meio de uma inicial consolidação das premissas teóricas do neoconstitucionalismo e sua conexão à compreensão contemporânea acerca das garantias fundamentais e suas teorias, tanto nacionais quanto internacionais, com enfoque, especialmente, neste tocante, às teorias germânicas.

Em seguida, passar-se-á ao estudo focado, especialmente, no Direito Financeiro, ao explicitar as ideias de Estado Orçamentário, Orçamento Público e *mínimo existencial*, este entendido como forma de garantir não apenas uma

subsistência física, como também cultural.

Ao fim, abordar-se-á o princípio da Separação dos Poderes, suas decorrências consagradas na doutrina e, por fim, as modalidades, técnicas e limites da *judicialização de políticas públicas* e quais aspectos acompanham o tema em análise, consagrando-se a noção dinâmica da Separação dos Poderes, em oposição ao tratamento anteriormente conferido ao princípio.

## CAPÍTULO I

### CONTEÚDO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 1. Neoconstitucionalismo

De modo a facilitar o entendimento do presente trabalho, faz-se imperativa a análise do movimento constitucional moderno. Para se compreender os alicerces das garantias fundamentais, necessário o estudo de questões jurídico-políticas, ainda que perfunctório, as quais influenciam toda a estrutura do Direito brasileiro.

O constitucionalismo, definido por J. J. Gomes Canotilho como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>1</sup>, em sua versão moderna, é fruto de diversas experiências, localizadas em espaços histórico-geográficos e culturais diferenciados<sup>2</sup>.

Pode-se dizer que os movimentos neo-constitucionalistas que serviram de inspiração às Constituições brasileiras do século XX e, conseqüentemente, ao amadurecimento constitucional brasileiro em seu aspecto dinâmico, foram os movimentos do pós-guerra, em especial a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a Constituição da Itália de 1947<sup>3</sup>.

Já na década de 1970, marcada pelo declínio de regimes totalitários ao redor do planeta, a reconstitucionalização e a redemocratização de Portugal e Espanha, com o advento das Constituições de 1976 e 1978, respectivamente, estabeleceram um novo patamar acerca dos debates no âmbito do Direito Constitucional<sup>4</sup>, além de terem servido de evidente influência à Constituição de 1988 no Brasil, também corolário de processo redemocratizador<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> 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. 52-53.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> “No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem

Luís Roberto Barroso, ao pontuar as diferenças entre constitucionalismo e democracia, explicita que a Constituição de um Estado, que se denomine democrático, possui como uma das funções precípua o dever de veicular consensos mínimos que garantam a dignidade dos nacionais e o funcionamento do regime democrático, tal como garantir o espaço do pluralismo político, de sorte a asseverar o funcionamento apropriado dos mecanismos democráticos<sup>6</sup>.

Originário dos estudos empreendidos por Konrad Hesse<sup>7</sup>, o modelo que supera o até então em vigor na Europa - o qual enxergava a Constituição como um documento essencialmente político<sup>8</sup> -, passou a ser a premissa para o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

Como bem ressaltam Lenio Streck e Bolzan de Moraes<sup>9</sup>, de forma a garantir a efetiva força normativa dos dispositivos constitucionais, há de ser observada,

---

constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 64.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. 2ª t. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 90.

<sup>7</sup> Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse. “La fuerza normativa de la Constitución”. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>8</sup> BARROSO, *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. p. 55.

<sup>9</sup> “O fenômeno da constitucionalidade (ou do constitucionalismo) implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, estabelece-se também como mecanismo de contenção do poder das maiorias. Talvez neste aspecto – a existência de uma regra contramajoritária – é que resida o grande dilema da democracia naquilo que ela deita raízes históricas no direito (constitucional) e com ele tem um profundo débito. É neste ponto, aliás, que Laurence Tribe começa seu influente tratado sobre direito constitucional, procurando enfrentar esse dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional: em sua forma mais básica, a pergunta é: por que uma nação que fundamenta a legalidade sobre o consentimento dos governados decidiria constituir sua vida política mediante um compromisso com um pacto/acordo original estruturado deliberadamente para dificultar mudanças? De diversas maneiras, este problema tem sido apresentado, aduz Tribe, indagando: como se pode reconciliar o consentimento dos governados com a garantia de um consentimento ulterior mediante uma convenção constitucional? Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossas vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade para impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação à intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular? Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia

sobretudo, a democracia constitucional, entendida como a estruturação, em sólidas bases, de uma teoria de direitos fundamentais a qual possua a função de impor limites às maiorias eventuais<sup>10</sup>.

E é sob estas bases que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é concebida. Idealizada como proposta de impactar tanto os rumos do Estado brasileiro - observado o contexto de redemocratização -, quanto para renovar a doutrina constitucional, a Carta vigente foi estruturada de sorte a destacar a importância deferida às garantias fundamentais, em comparação aos textos constitucionais anteriores. Vejamos as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

“A própria topografia constitucional revela a inversão que estamos aqui a referir, quando os direitos e garantias fundamentais passam a ser consagrados, tal como entre nós, a partir de outubro de 1988, de maneira ampla; e já no início da Constituição, ao invés de ocuparem aquela posição inferior, secundária, que até então era a sua, enunciados ao final das constituições, de maneira sintética, como a apenas determinar uma área residual de impedimento à interferência estatal na esfera jurídica de seus cidadãos”.<sup>11 12</sup>

---

*afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este 'subtrai' da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, se rompa o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. Aí que, desde logo, considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewenstein). Na verdade, a afirmação é um dos mitos centrais do pensamento político moderno que entendemos deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais”* STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência política e teoria do Estado*. 8ª ed. rev.e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. pp. 98-99.

<sup>10</sup> Em mesmo sentido, Ingo Sarlet: “importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia” SARLET, op. cit., p. 62.

<sup>11</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A norma constitucional e sua eficácia: diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 131.

<sup>12</sup> “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo

Ausente a pretensão de elaboração de um tratado acerca do neoconstitucionalismo, evitando-se eventual digressão, digna de menção é a doutrina de Fábio de Oliveira que, ao arrolar elementos de identificação da base neoconstitucional, aponta, entre estes, à constatação dos direitos fundamentais enquanto cerne do constitucionalismo, o núcleo da Lei Fundamental, a razão de ser do Estado<sup>13</sup>.

Por fim, um ponto merecedor de referência consiste à análise do neoconstitucionalismo, a partir da tensão verificada entre este e o positivismo clássico<sup>14</sup>, quadro que expõe a alteração de paradigma outrora estabelecido. O ilustre Professor Lênio Streck explicita que a referida vertente do positivismo impõe barreiras ao Estado Constitucional, as quais consistem na contestação em três frentes: primeiramente, pela teoria das fontes, vez que a lei deixa de ser a única fonte, em virtude de a própria Constituição passar a ser dotada de autoaplicação de suas normas; a segunda sobreveio com a substancial modificação da teoria da norma, em face do advento dos princípios, problemática que possui estreita relação com a teoria das fontes; e a terceira se dá no plano da interpretação<sup>15</sup>. Nesse sentido, complementa o mestre:

“Tem-se, assim, que a alteração substancial no papel do Estado e das Constituições aponta para o ponto de estofamento dessas três frentes de tensão. Isso ocorre porque as Constituições, que, nesta quadra da história, adquirem forte conteúdo transformador, diretivo e programático, passam a prescindir da interposição legislativa (a Constituição é a própria fonte), além do que, de outra banda, passam a servir de *topos* conformador da validade – não mais apenas formal – da legislação”.<sup>16 17</sup>

---

da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático” SARLET, op. cit., p. 67.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Fábio. *Neoconstitucionalismo e constituição dirigente*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 245.

<sup>14</sup> Não se está aqui a ignorar as demais vertentes do positivismo, a exemplo do positivismo inclusivo. Apenas, para efeito da produção do presente estudo, faz-se necessário explicitar, neste ponto, a vertente clássica.

<sup>15</sup> STRECK, Lênio Luiz. *A incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Em mesmo sentido, Robert Alexy aborda um fator que contribui para o significado das normas de direitos fundamentais, a *fundamentalidade formal*: “[A fundamentalidade formal] decorre da sua



A partir dessa breve análise do novo movimento constitucional, tem-se a base para o estudo que se propõe a seguir, vez que imprescindível à compreensão deste trabalho como um todo.

## 2. As garantias fundamentais

Faz-se mister, aqui, um breve esclarecimento, acerca do termo empregado: “garantias fundamentais”. Primeiramente, este foi o termo adotado pelo constituinte, quando da elaboração da Carta Constitucional de 1988, para o Título II do texto constitucional. Ademais, como bem consta da denominação da *supra* mencionada porção da Constituição da República, o termo em comento não se distingue, para efeito desta produção científica, de “direitos fundamentais”.

Partindo de tal premissa, necessária é a distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Embora comumente qualificados como sinônimos, a explicação simplificada para a ilustração dos termos é de que “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que “direitos humanos” referir-se-ia aos documentos de direito internacional, visto guardar relação com as posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.<sup>18</sup>

Em segundo plano, de importância considerável, adota-se no presente estudo a utilização do termo “dimensões”, e não “gerações”, para a explanação da evolução histórica experimentada pelos direitos fundamentais.

---

posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 520.

<sup>18</sup> Nesse sentido, dentre outros, a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

As razões, para tal, são expostas nas palavras do ilustre Professor Ingo Wolfgang Sarlet. Vejamos:

“(…) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra(…)”.<sup>19</sup>

E assim complementa sua explanação:

“Neste contexto, aludiu-se entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de ‘fantasia das chamadas gerações de direitos’, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.<sup>20</sup>

Feitas as devidas considerações, impende analisar a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico nacional.

O advento do Iluminismo, movimento de matriz liberal-burguesa, solidificou a busca pela limitação normativa ao poder estatal. O disposto do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”, sintetiza o pensamento da época, o qual serviu de base para o núcleo material das primeiras Constituições escritas, constituindo a noção da limitação jurídica do poder estatal, por meio da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes.<sup>21</sup>

Assim explicita Ingo Sarlet:

---

<sup>19</sup> SARLET, op. cit., p. 45.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 59.

“Os direitos fundamentais integram (...), ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”.<sup>22</sup>

Reportando-se à ideia já abordada do neoconstitucionalismo, de que o texto constitucional deixa de ser um documento meramente político, tornando-se suas normas dotadas de efetividade prática, tem-se que os direitos fundamentais constituem, além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, de modo consequente, da própria ordem constitucional,<sup>23</sup> ao passo que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”<sup>24</sup>.

## 2.1. Dimensões dos direitos fundamentais

Para efeito do presente trabalho, cinge-se a análise apenas acerca das duas primeiras dimensões de direitos fundamentais, visto que imprescindível à coesão deste.

Os direitos fundamentais, de primeira dimensão, no que consiste ao reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto de pensamento liberal-burguês do século XVIII, de forte influência individualista. Têm seu surgimento e afirmação como direitos do indivíduo frente ao Estado, em sua faceta “negativa”, em virtude de se apresentarem como direitos de defesa, de sorte a delimitarem uma zona de não intervenção do Estado, respeitando-se uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.<sup>25</sup> <sup>26</sup> Apresentam, sabidamente, inspiração jusnaturalista, de sorte que os direitos à vida, à propriedade, à igualdade perante à

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 60.

<sup>24</sup> PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 142.

<sup>25</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 43.

<sup>26</sup> SARLET, op. cit., pp. 46-47.

lei e às liberdades (aqui enquadradas as de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), assumem particular relevo no rol desses direitos.<sup>27</sup>

Por outro lado, os chamados de segunda dimensão são decorrência de vastos movimentos reivindicatórios, os quais ocorreram devido ao impacto da industrialização, e os graves problemas econômicos e sociais, sobretudo na Europa. Constatou-se que a consagração formal de liberdade e igualdade não concebia a garantia de seu efetivo gozo, de maneira que se passou a exigir do Estado comportamento ativo – daí a faceta “positiva” dos direitos fundamentais de segunda dimensão – na promoção da justiça social.<sup>28</sup>

A consagração deste último grupo de direitos se deu, sobretudo, no contexto do pós-guerra, em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.<sup>29</sup>

### **3. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Virgílio Afonso da Silva e o diálogo com a Teoria de Robert Alexy**

Importantes questões a serem abordadas e aprofundadas, o debate acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e as possibilidades de restrição e eficácia destes possuem, como ponto de partida, a Teoria dos Princípios do ilustre Professor Virgílio Afonso da Silva.

Inicialmente, cumpre estabelecer a distinção entre regras e princípios, segundo a Teoria de Virgílio Afonso. O principal traço distintivo é que no caso das regras se

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Complementa, deste modo, seu raciocínio: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.” SARLET, *Ibid.*, p. 47.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 48.

garantem direitos (ou se impõe deveres) definitivos, ou seja, deverá ser realizado totalmente quando a regra for aplicável ao caso concreto.<sup>30</sup>

No caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*, de sorte que não se poderá afirmar a realização total, não excepcionada, daquilo que a norma exige.<sup>31</sup>

Figura como elemento central da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy a definição dos princípios como mandamentos de otimização. Destaca o doutrinador alemão que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.<sup>32</sup> Ou seja, nas próprias palavras de Robert Alexy, “são [assim] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”<sup>33</sup>.

### 3.1. O suporte fático dos direitos fundamentais

O conceito de suporte fático dos direitos fundamentais, ainda que pouco utilizado no Direito brasileiro, sobretudo no campo de estudo do Direito Constitucional, cuja análise é de suma importância para se estabelecer uma abordagem temática coerente a partir da dogmática analítico-conceitual – ao menos nessa primeira parte do presente trabalho -, será agora explicitado, de sorte a se perseguir a fixação deste conceito e estudar as possibilidades de amplitude deste, no âmbito dos direitos fundamentais.

Primeira distinção importante a ser feita, quando se aborda o tema do suporte fático, é aquela entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Na linha da Teoria desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva, suporte fático abstrato é o

---

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed., 2ª t. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 45.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> ALEXY, op. cit., p. 90.

<sup>33</sup> *Idem*.

constituído pelos fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja ocorrência ou realização é prevista determinada consequência jurídica,<sup>34</sup> ou seja, preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica.<sup>36</sup>

Por outro lado, o suporte fático concreto é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos, que a norma jurídica, em abstrato juridicizou.<sup>37 38</sup>

Alexy explora o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais em concomitância ao conceito de âmbito de proteção, estabelecendo um denominativo comum entre os conceitos: ambos se referem à garantia *prima facie* da norma de direito fundamental, sem se considerar, conseqüentemente, as possíveis restrições.<sup>39</sup>

Para o presente trabalho, a análise que mais importa é a do primeiro sentido dado ao suporte fático, ou seja, o agrupamento dos elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele atribui determinada consequência.

O entendimento que se dá ao suporte fático, compreendido em sua dimensão abstrata, e, sobretudo, de sua extensão, é demasiadamente valoroso, pois a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras -, a qual será aprofundada mais adiante, depende da extensão do suporte fático.<sup>40</sup>

Virgílio Afonso assim complementa:

“(...) as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em

---

<sup>34</sup> SILVA, op. cit., p. 67.

<sup>35</sup> Em mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Tratado de direito privado*, t. I, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1983. pp. 3-4.

<sup>36</sup> SILVA, op. cit., pp. 67-68.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 4.

<sup>39</sup> O jurista alemão, Jürgen Schwabe, fala, nesse contexto, de um “âmbito de proteção potencial ao direito fundamental”. SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 152, apud ALEXY, op. cit., p. 302.

<sup>40</sup> SILVA, op. cit., p. 68.

muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático”.<sup>41</sup>

No que toca aos direitos que exigem prestações, ou seja, aqueles que demandam intervenções estatais – direitos fundamentais de segunda dimensão -, também chamados de direitos sociais, o âmbito de proteção desses direitos é composto pelas ações estatais que fomentem a realização destes.<sup>42</sup>

Também o conceito de intervenção deverá ser analisado por outro prisma, pois quando da análise da dimensão negativa das liberdades públicas – direitos fundamentais de primeira dimensão -, a intervenção significava um agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. No campo dos direitos sociais o sentido de intervenção altera de ordem, configurando-se como um não agir ou um agir de forma insuficiente.<sup>43</sup>

O derradeiro elemento do suporte fático, conectado ao conceito de intervenção, é a sua fundamentação constitucional. Difere-se ao exposto no âmbito das liberdades públicas, em sua dimensão negativa, no sentido de que o que se deve fundamentar não é uma ação, e sim uma omissão ou, eventualmente, uma ação insuficiente, no tanto em que não foi realizado (insuficiente).<sup>44</sup>

Revelados os elementos do suporte fático dos direitos sociais, faz-se mister a definição da consequência jurídica, podendo-se afirmar que esta é a existência de um direito definitivo à realização de uma ação estatal, visada ao fomento da realização de um direito social, quando ausente a fundamentação jurídico-constitucional autorizadora desta omissão ou desse agir insuficiente.<sup>45</sup>

Vejamos as palavras de Virgílio Afonso da Silva:

“Em resumo: se *x* é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 77-78.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 78.

relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente ( $\neg$  FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox)".<sup>46</sup>

### 3.1.1. Amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais

Estabelecidas tais premissas, faz-se necessário o avanço no conteúdo, de forma a se tratar da principal questão a ser trabalhada neste item: a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais. Tal influencia na definição da forma de controle às restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como é decisivo no debate acerca da eficácia das normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais.

O suporte fático restrito será estudado aqui de forma mais superficial, ainda que não se possa considerá-lo menos importante à compreensão do presente trabalho.

#### 3.1.1.1. Suporte fático restrito

Virgílio Afonso aponta que a principal característica das teorias que pressupõem um suporte fático restrito às normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas as quais poderiam ser, abstratamente, subsumidas no âmbito de proteção de tais normas.<sup>47</sup>

As diferentes definições do conteúdo do suporte fático restrito costumam ter, pelo menos, dois pontos comuns: (a) a busca pela essência de determinado direito

---

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

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 79-80.



ou determinada manifestação humana; e (b) a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais.<sup>48</sup>

Por outro lado, os autores se utilizam de diferentes estratégias para as definições do conteúdo. São elas: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Müller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls.<sup>49</sup>

A primeira estratégia à delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais defende que cabe ao processo de interpretação constitucional a definição do que compõe a essência de cada direito fundamental.<sup>50</sup> De acordo com os doutrinadores alemães Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, a definição da mencionada essência é conhecida, mormente, por meio de análises histórica e sistemática das normas constitucionais.<sup>51</sup>

No plano histórico, faz-se mister a análise do contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais, enquanto que, no plano sistemático, a análise restringe-se às relações que as diversas normas de direitos fundamentais guardam entre si e, de mesmo modo, com outras normas de direito constitucional.<sup>52</sup>

Um dos poucos autores a elaborar critérios para a definição do suporte fático restrito para os direitos fundamentais, Friedrich Müller sustenta que a principal tarefa da dogmática dos direitos fundamentais é a precisa delimitação da amplitude fática de cada um desses direitos.<sup>53</sup> A partir dessa delimitação, na qual se define o que é protegido por cada direito fundamental, e o que não é protegido, vê-se que inúmeros casos que, aparentemente, configurariam uma situação de colisão entre direitos, não passariam de hipóteses de colisão aparente.<sup>54</sup> <sup>55</sup> Um conceito decisivo na teoria de

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 82-83.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>51</sup> MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29ª ed., München: C. H. Beck, 1994, apud SILVA, op., cit., p. 83.

<sup>52</sup> SILVA, *Idem*.

<sup>53</sup> MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrecht: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 20, apud SILVA, op. cit., p. 86.

<sup>54</sup> MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 212, apud SILVA, *Idem*.

<sup>55</sup> ANDRADE, op. cit., p. 294.

Müller é a especificidade, definindo-a como sendo *específico* todo ato que faça parte do âmbito da norma<sup>56</sup> de determinado direito fundamental.<sup>57</sup>

Por fim, o pensamento desenvolvido por John Rawls, ainda que não tenha se dedicado a uma análise do suporte fático dos direitos fundamentais, parte de pressupostos teóricos que indicam uma evidente preferência por uma concepção restrita desse suporte, com manifesto objetivo de se evitar colisões entre direitos fundamentais e uma consequente necessidade de sopesamento entre eles.<sup>58</sup> Rawls parte de três premissas: a) número reduzido de liberdades fundamentais; b) pressuposição de um caráter absoluto das liberdades quando em conflito com outros direitos ou com interesses coletivos; c) exclusão de determinadas variáveis do suporte fático desses direitos.

Conhecidas as diferentes estratégias para as definições do conteúdo restrito dos direitos fundamentais, necessária a análise crítica dessas concepções.

### **3.1.1.1.1. Críticas a essa concepção**

Virgílio Afonso da Silva aborda que, ao partir de um enfoque originalista ou histórico, a proteção fornecida pelos direitos fundamentais ficará sempre restrita àquilo que, à época da promulgação da constituição, se queria proteger.<sup>59</sup> A busca pela intenção do legislador, de forma a se produzir uma interpretação fiel ao idealizado, caso da teoria estruturante de Müller, tende a um conservadorismo e estancamento para a definição do suporte fático dos direitos fundamentais, produzindo um distanciamento entre a interpretação constitucional e a realidade social.<sup>60</sup> Na forma abordada acima, um dos principais elementos utilizados para a

---

<sup>56</sup> Müller define o *âmbito da norma* como sendo “a porção da realidade social em sua estrutura básica, a qual o programa da norma autoriza definir a partir do domínio geral da regulamentação” (*Juristische Methodik*, p. 142; do mesmo autor, *Fallanalysen zur juristischen Methodik*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 12), apud SILVA, op. cit., p. 87.

<sup>57</sup> MÜLLER, *Die Positivität der Grundrecht*, pp. 64, 73-74, 88, 93 e 98, apud SILVA, op. cit., p. 88.

<sup>58</sup> SILVA, op. cit., p. 89.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>60</sup> *Idem.*

definição do que é protegido por um direito fundamental é o conceito de especificidade: apenas ações específicas ou típicas são protegidas.

Cumprido destacar, ainda, a dificuldade encontrada para se observar, nas doutrinas que defendem um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, um método de definição desse suporte, ou seja, com base em quais critérios condutas que, *prima facie*, poderiam ser consideradas como garantidas por algum direito, poderão ser excluídas, em abstrato e em definitivo, dessa garantia. Os autores, em geral, baseiam as defesas de um suporte fático restrito simplesmente em uma intuição, como é o caso de Wolfram Höfling<sup>61</sup>, apoiada, geralmente, em exemplos esdrúxulos, os quais tentam mostrar as supostas consequências da aceitação de um suporte fático amplo.<sup>62</sup>

Os autores, muitas das vezes, utilizam-se de questões puramente retóricas para atacar uma concepção ampla do suporte fático, como: A liberdade religiosa protege o sacrifício humano em rituais de alguma religião?<sup>63</sup> A liberdade artística protege o pintor que quer montar seu cavalete de pintura no meio de um cruzamento movimentado?<sup>64</sup> A liberdade científica ou a artística garantem o uso da propriedade alheia para a realização de experiências ou obras de arte?<sup>65</sup> A liberdade de circulação pode ser invocada para atravessar a via pública sem vestuário?<sup>66</sup>

Virgílio Afonso defende que, socorrer-se de exemplos pré-fabricados não é a melhor maneira de revelar as incongruências de qualquer teoria.<sup>67</sup> Ademais, a resposta a todas as perguntas do parágrafo anterior, para os que defendem um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, é “sim”, porque a resposta positiva se refere, apenas, a uma garantia *prima facie* das garantias envolvidas, o que não

---

<sup>61</sup> O doutrinador alemão fala em nebulosa valoração daquilo que é protegido por um direito fundamental e daquilo que não é, “sem qualquer distinção entre suporte fático dos direitos fundamentais, restrições a eles e restrições às restrições” (*Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin: Dunker & Humblot, 1988, p. 172), apud SILVA, op. cit., p. 97.

<sup>62</sup> SILVA, op. cit., pp. 97-98.

<sup>63</sup> ANDRADE, op. cit., p. 294.

<sup>64</sup> MÜLLER, Friedrich. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Dunker & Humblot, 1969, p. 59, apud SILVA, op. cit., p. 98.

<sup>65</sup> RÜFNER, Wolfgang. “Grundrechtskonflikte”, in STARCK, Christian (Org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tübingen: Mohr, 1976, pp. 459 et seq., apud SILVA, *Idem*.

<sup>66</sup> ANDRADE, op. cit., p. 294.

<sup>67</sup> SILVA, op. cit., p. 98.

pressupõe qualquer resposta quanto à sua garantia definitiva.<sup>68</sup> Tal somente poderá ser elaborada a partir de um sopesamento que considere as variáveis de um caso concreto.

### 3.1.1.2. Suporte fático amplo

De início, já se pode traçar a principal diferença entre uma teoria que defende um suporte fático restrito, de uma que defende um suporte fático amplo dos direitos fundamentais. A ausência, na segunda delas, de exclusões *a priori* de condutas.

A partir desta constatação, paira a dúvida, claro, em relação ao que seria, então, protegido pelos direitos fundamentais. A resposta a essa questão reside em dois âmbitos: definição do que é protegido *prima facie* e, em um segundo momento, definição do que é protegido definitivamente, por meio de um sopesamento em situações concretas.<sup>69</sup> De tal sorte, a definição que a doutrina pode se encarregar de elaborar é no tocante ao âmbito de proteção *prima facie*.

Tem-se, pois, que “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’<sup>70</sup> de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*”.<sup>71</sup> <sup>72</sup> Essa definição aberta é a responsável por caracterizar a amplitude do âmbito de proteção.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 98-99.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>70</sup> BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung Von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 184, apud SILVA, *Idem*.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. 2ª ed., Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1994, p. 291, apud SILVA, *Idem*.

<sup>72</sup> Robert Alexy sustenta que “uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de sua proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 322.

<sup>73</sup> SILVA, op. cit., pp. 109-110.

Transportando esse conceito para um exemplo, concreto, de uma garantia fundamental (utilizemo-nos do direito à livre manifestação do pensamento), o que seria protegido por esse direito é “toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma,<sup>74</sup> não importa o local, não importam o dia e horário”.<sup>75</sup> O mesmo é aplicável a todos os direitos fundamentais.

Cumpramos destacar a ressalva pontuada por Robert Alexy, a qual desmitifica uma impressão equivocada acerca de uma teoria ampla do suporte fático, explicitando o seguinte:

“(…) enquanto teoria construtiva, não conduz necessariamente a uma maior proteção definitiva de direitos fundamentais que uma teoria restrita. Aquilo que uma teoria restrita exclui do suporte fático pode ser, pelo menos em princípio, objeto de uma restrição no âmbito de uma teoria ampla”.<sup>76</sup>

Nessa linha, a estruturação, de Virgílio Afonso, lógico-formal da possibilidade, ou não, de intervenção estatal, aponta, nos seguintes termos:

“(x)  $(APx \wedge \rightarrow FC (IEx) \leftrightarrow OCJx)$  – o que significa que para toda ação, estado ou posição jurídica x que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental  $(APx)$  e que tenha sofrido uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente  $(\neg FC(IEx))$  deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido, que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção  $(OCJx)$ ”.<sup>77</sup>

Esta estruturação é capaz de explicar, portanto, que, caso seja retirada a negação antes de *FC*, ou seja, uma intervenção estatal *fundamentada constitucionalmente*, tem-se então, uma ação, um estado ou uma posição jurídica, outrora protegida *prima facie*, sofrendo uma *restrição* e, não, uma *violação*.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Aqui resta excluída a tese de Müller sobre a especificidade e a tipicidade na forma de exercício dos direitos fundamentais. (Cf. item 3.1.1.1.1 deste Capítulo)

<sup>75</sup> SILVA, op. cit., p. 110.

<sup>76</sup> ALEXY, op. cit., p. 326.

<sup>77</sup> SILVA, op. cit., p. 110.

<sup>78</sup> *Idem*.

Logo, essa ilustração elucida o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a importância do exame da fundamentação das restrições para a dogmática das garantias fundamentais e à consequente decisão final no tocante à sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação).<sup>79</sup>

Um argumento que reforça a persecução por uma teoria ampla do suporte fático dos direitos fundamentais é de que esta traz uma maior segurança jurídica<sup>80</sup>, não só aos jurisdicionados, como também à sociedade como um todo. Alexy utiliza a expressão *honestidade*, para exprimir um sinônimo de *segurança jurídica*, abordando a efetividade, como eficácia social, de decisões que empregam uma teoria ampla do suporte fático em sua fundamentação. Assim complementa:

“(...) um cidadão que não se interesse apenas pelo resultado, mas também por sua construção e sua fundamentação, considerará mais honesto e convincente se a não-garantia de uma proteção no âmbito dos direitos fundamentais for fundamentada com base na existência de direitos fundamentais de outras pessoas ou interesses comunitários constitucionalmente protegidos que se contrapõem ao seu direito que por meio do argumento segundo o qual sua conduta ou não é materialmente específica, ou é abarcada por uma lei geral, ou é de alguma forma excluída de antemão da proteção constitucional, por não fazer parte do âmbito de proteção do direito fundamental”.<sup>81</sup>

### 3.1.1.2.1. Efeitos de sua aplicação

A primeira consequência analisada, ademais de uma alteração no ponto de partida, de um suporte restrito para suporte amplo, insere-se no fato de, não somente a ampliação no âmbito de proteção dos direitos fundamentais ser

---

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> Aqui se utiliza a vertente da *segurança jurídica lato sensu*, a qual “consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades” BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 50-51.

<sup>81</sup> ALEXY, op. cit., pp. 325-326.

observada, como também se observa uma ampliação na extensão do conceito de intervenção. De tal sorte é tratado no presente trabalho um suporte fático amplo, não apenas um âmbito de proteção amplo, haja vista que o conceito de intervenção, o qual se encontra inserido no conceito de suporte fático, também é amplo.<sup>82</sup>

Isto é, sendo a proteção definitiva de uma garantia fundamental dependente da classificação de uma intervenção em seu âmbito – ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação inconstitucional -, tanto mais tende a ser efetiva tal proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção, como também do conceito de intervenção.<sup>83</sup>

Explico melhor: sendo o âmbito de proteção *amplo* – conduta (ou estado, ou posição jurídica) em jogo que não é excluída de antemão desse âmbito -; e *amplo*, também, o conceito de intervenção – de modo que toda potencial restrição ao âmbito de proteção de uma garantia fundamental seja incluída (mínimas regulamentações relativas à forma de exercício de um direito, ao seu local, horário etc.) -, significa dizer que qualquer intervenção é acompanhada de um grande ônus argumentativo para explicitar sua constitucionalidade.<sup>84</sup>

A conclusão, a que se chega, é de que a mudança na forma de argumentação, partindo-se de um paradigma do suporte fático restrito para o suporte fático amplo, impõe, àquele que for proferir uma decisão em um caso de conflito de direitos fundamentais, um zelo maior quando da fundamentação da decisão, conforme explicitado no parágrafo anterior, implicando um maior grau de proteção aos direitos fundamentais.

### **3.2. A ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais**

Embora a ideia de núcleo essencial leve, intuitivamente, à crença de que ele só pode ser absoluto e com contornos delimitados, a ideia de um conteúdo essencial

---

<sup>82</sup> SILVA, op. cit., p. 111.

<sup>83</sup> SILVA, op. cit., pp. 111-112.

<sup>84</sup> SILVA, op. cit., p. 112.

relativo dos direitos fundamentais mais se adequa a este trabalho, haja vista o enfoque principal serem os direitos fundamentais sociais.

Segundo os doutrinadores que defendem um núcleo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, o que deverá ser protegido, dependerá das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. De tal sorte, tem-se que o conteúdo essencial relativo não será sempre o mesmo, variando de caso a caso, a depender dos direitos envolvidos em cada hipótese.

Exemplo disso é o que defende o doutrinador alemão Eike von Hippel, quando sustenta que toda e qualquer norma de direito fundamental valerá apenas e, tão-somente, na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor.<sup>85</sup> Significa dizer que, caso um dispositivo legal restrinja um direito fundamental, no intuito de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, esse dispositivo não afetará o conteúdo essencial do direito restringido.<sup>86</sup>

Nesse sentido, a principal vertente de uma teoria relativa para o conteúdo do núcleo essencial é a que o vincula à proporcionalidade. Segundo essa vertente, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais nada mais seria do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nas hipóteses de restrições aos referidos direitos, de modo que eventuais restrições a tais direitos, que sofrerem a incidência da aplicação da proporcionalidade<sup>87</sup>, não afetariam o núcleo essencial dos direitos restringidos.<sup>88</sup> De tal forma, a definição desse conteúdo não é baseada somente quanto à intensidade da restrição, pois é contraposto à intensidade da restrição o grau de realização e de importância dos demais princípios envolvidos no caso concreto.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> HIPPEL, Eike von. *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 26-27, apud SILVA, op. cit., p. 197.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 47, apud SILVA, op. cit., p. 198.

<sup>87</sup> Aqui explicitada por seus três componentes: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>88</sup> SILVA, op. cit., p. 197.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 197-198.



Desse modo, eventual restrição que possa ser considerada como leve, poderá ser configurada como invasão indevida do núcleo essencial de um direito fundamental, bastando que não seja devidamente fundamentada.

### 3.2.1. Direitos fundamentais sociais e núcleo essencial

Quando da definição de um suporte fático dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais sociais costumam exigir uma abordagem distinta em relação à utilizada no tocante ao estudo das liberdades públicas.<sup>90</sup> De mesmo modo se dá quando da análise do conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Se no tocante às restrições à dimensão negativa das liberdades públicas, em que o Estado deveria *prima facie* permanecer inerte, age visando a restringir uma ou mais liberdades, no que tange às hipóteses em que se colocam direitos fundamentais sociais o quadro se inverte: o Estado permanece inerte, quando seu dever seria o de agir para realizar tais direitos.<sup>91</sup>

A ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais nos remete ao primeiro conceito que será estudado no próximo capítulo: a concepção de mínimo existencial. Contudo, a associação das duas ideias deve ser considerada com parcimônia. Apenas para dar cabo ao raciocínio exposto no presente tópico, faz-se necessário explicitar os principais sentidos acerca dos quais o conceito de *mínimo existencial* é utilizado. Vejamos: a) aquilo que é garantido pelos direitos sociais<sup>92</sup>; b) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é sindicável; c) o mesmo que núcleo essencial.

Portanto, também quanto aos direitos fundamentais sociais não se trata de mera opção por um modelo de conteúdo do núcleo essencial e, sim, da conclusão de um raciocínio por meio das premissas estabelecidas ao longo deste capítulo.

---

<sup>90</sup> Cf. item 3.1.

<sup>91</sup> SILVA, op. cit., p. 204.

<sup>92</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais em mínimo existencial*, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 11 et seq.

Percebe-se, pois, que a concepção de núcleo essencial de um direito fundamental social se conecta, portanto, a uma teoria relativista do conteúdo essencial, pressupondo um conjunto de fundamentações necessárias à justificação de eventuais não-realizações desse direito social.

Nas palavras de Virgílio Afonso, “tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições”.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> SILVA, op. cit., p. 205.

## CAPÍTULO II

### DESAFIOS ORÇAMENTÁRIOS ANTE A IDEIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

#### 1. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana

Dando prosseguimento ao presente estudo, necessária se mostra a abordagem à ideia de *mínimo existencial*, também chamado de *mínimo social*,<sup>1</sup> instituto estudado e defendido por diversos doutrinadores atuantes na área do Direito Público.

Ana Paula de Barcellos, em uma de suas obras<sup>2</sup>, dedica um terço de sua pesquisa ao exame minucioso acerca da eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando ser um dos poucos consensos do mundo contemporâneo, a respeito do valor do ser humano enquanto um fim em si mesmo.<sup>3</sup>

Utilizando-se do pensamento de Immanuel Kant, a autora traça a construção de sua tese acerca do mínimo existencial. Argumenta que, a partir da obra do filósofo prussiano, o homem deixa de ser uma função do Estado, de modo que passa a dispor de uma dignidade ontológica.<sup>4</sup>

Assim complementa:

“O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Assim é que Kant sustenta a necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais”.<sup>5</sup>

E é a partir do ideal kantiano, aliado às reflexões oriundas do 2º pós-Guerra<sup>6</sup>, que se verifica a ascensão da dignidade da pessoa humana no plano internacional,

---

<sup>1</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980. p. 370.

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 124.

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

<sup>6</sup> “Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da

especialmente no Ocidente, sendo, posteriormente, internalizado como valor máximo dos ordenamentos jurídicos<sup>7</sup> e princípio norteador da atuação estatal e dos organismos internacionais.<sup>8</sup>

O desafio seguinte à contextualização da dignidade da pessoa humana consiste na delimitação de seu conteúdo jurídico, o qual está intimamente relacionado aos direitos fundamentais. As palavras de José Carlos Vieira de Andrade explicitam essa concepção, nos seguintes termos:

“Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.<sup>9</sup>

Neste tocante, particularmente, insere-se a noção do *mínimo existencial*, formulada como o conjunto formado por uma seleção de direitos fundamentais, cuja centralidade conceitual gravita em torno de um critério de essencialidade<sup>10</sup>, harmonizando-se com a ideia de eficácia de tais direitos<sup>11</sup>, correspondendo a uma

---

dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

<sup>7</sup> O art. 1º, inc. I da Lei Fundamental da Alemanha faz menção expressa à dignidade da pessoa humana “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. p. 18. De igual modo é a positivação no texto constitucional brasileiro, promulgado em 05 de outubro de 1988, no disposto do art. 1º, III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>8</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 126.

<sup>9</sup> ANDRADE, op. cit., p. 102.

<sup>10</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 131.

<sup>11</sup> “(...) não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 260.

fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.<sup>12</sup>

Por outro lado, Ricardo Torres defende que o *mínimo existencial* “carece de conteúdo específico”<sup>13</sup>. Sustenta que o instituto em comento pode abranger qualquer direito, ainda que, em sua origem, não provenha de um direito fundamental em espécie, em razão do fundamento de sua proteção estar ancorado não no texto constitucional e, sim, na ética, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.<sup>14</sup>

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo abordam, de modo a perpassar às doutrina<sup>15</sup> e jurisprudência alemãs, que a dignidade, propriamente dita, não seria passível de quantificação pois, eventual fixação, necessária, diga-se, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente, inclusive, do padrão socioeconômico vigente.<sup>16</sup>

Neste sentido, impõe-se a observância de que a particularidade a que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência, naturalmente, estará sujeito a alterações, não somente no que tange às condições econômicas e financeiras, como também no que concerne às expectativas e necessidades do momento.<sup>17</sup>

Contudo, é consenso, em relação ao que é moralmente aceitável, que a garantia efetiva de uma existência digna possui abrangência além da mera sobrevivência física, configurando-se, pois, em patamar superior ao limite da pobreza absoluta, de sorte que, como sustenta Neumann, se uma vida sem

---

<sup>12</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 278.

<sup>13</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 358.

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

<sup>15</sup> NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995, p. 425, apud SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 21.

<sup>16</sup> STARCK, Christian. *Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?*, in STARCK, Christian (org.) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 522, apud SARLET; FIGUEIREDO, *Idem*.

<sup>17</sup> BREUER, Rüdiger. *Grundrechte als Anspruchsnormen*, in *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*. München: C. H. Beck, 1978, p. 97, apud SARLET; FIGUEIREDO, *Idem*.

alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.<sup>18</sup>

Prosseguem Ingo e Mariana, de modo a defender as condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade, onde a todos seja garantida uma vida saudável<sup>19</sup>, no seguinte sentido:

“(...) a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente ‘vital’ (de mera sobrevivência física)”.<sup>20</sup>

Cumprе ressaltar, não obstante, no caso do Brasil, não haver previsão constitucional expressa de sorte a consagrar um direito geral à garantia do mínimo existencial, esta é decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, ademais do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, no que a Constituição da República de 1988 resgatou o que já era proclamado à Constituição de Weimar, de 1919.<sup>21</sup>

Em realidade, não é correto afirmar que o universo dos direitos fundamentais encontre um alicerce, diretamente relacionado, à dignidade da pessoa humana, e, por consequência, um conteúdo pré-fixado em dignidade. De igual modo, não se pode sustentar que o conteúdo em dignidade dos direitos (o qual será sempre

---

<sup>18</sup> NEUMANN, op. cit., pp. 428 e ss., apud SARLET; FIGUEIREDO, *Ibid.*, p. 22.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 59-60.

<sup>20</sup> SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 24.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 25.

variável) seja em todo o tempo equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Por fim, Sarlet e Figueiredo assim complementam seu raciocínio:

“De todo o exposto e a despeito de uma série de outros aspectos que ainda poderiam ser colacionados, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. (...) O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso”.<sup>23</sup>

Percebe-se, em vista disso, a necessidade de se conceber o mínimo existencial a partir de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais<sup>24</sup>, outrora analisado neste trabalho, de modo a ser realizado um sopesamento, ao caso concreto, com o instituto da *reserva do possível*, a ser estudado mais à frente.

## 2. Orçamento e sua inserção no ordenamento jurídico nacional

Em uma Constituição de um Estado de Direito que, minimamente, projete um país cujo futuro seja compromissado com a garantia de direitos, especialmente os de 2ª dimensão<sup>25</sup>, faz-se mister a introdução de uma Constituição Orçamentária<sup>26</sup>, constituindo-se na via tributária e na dos gastos públicos, de modo a estabelecer as

---

<sup>22</sup> SARLET, op. cit., pp. 77 et seq.

<sup>23</sup> SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., pp. 26-27.

<sup>24</sup> Cf. item 3.1.1.2 do Capítulo I.

<sup>25</sup> Cf. item 2 do Capítulo I.

<sup>26</sup> “A Constituição Orçamentária é um dos subsistemas da Constituição Financeira, ao lado da Constituição Tributária e da Monetária, sendo uma das Subconstituições que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito, em equilíbrio e harmonia com outros subsistemas, especialmente a Constituição Econômica e a Política”. TORRES, op. cit., p. 01.

disciplinas básicas da receita e da despesa, devendo, inclusive, assinalar os princípios e as disposições normativas que tratem simultaneamente das entradas e dos gastos públicos.<sup>27</sup>

A *supra* mencionada modalidade constitucional possibilita a composição do denominado Estado Orçamentário, o qual, segundo a doutrina de Ricardo Lobo Torres, “é a particular dimensão do Estado de Direito apoiada nas receitas, especialmente a fiscal, como instrumento de realização das despesas”,<sup>28</sup> de modo que se estabeleceu, definitivamente, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, com o advento do liberalismo.

Concebido de maneira a superar a crise do *Welfare State*, o Estado Democrático Fiscal, estágio atual da grande parte dos países ocidentais (dentre estes o Brasil), trata-se de um aprimoramento do modelo do Estado Social, com a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo.<sup>29</sup>

Influenciado pelos ideais do liberalismo social, visa à obtenção da síntese entre o Estado de Impostos e Estado de Prestações, na forma da doutrina dominante na Alemanha.<sup>30</sup> Assim complementa, a caracterização, Ricardo Torres:

“Procura, na via da despesa pública, reduzir as desigualdades sociais e garantir as condições necessárias à liberdade, máxime através da entrega de prestações públicas nas áreas da saúde e da educação, abandonando a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos, da viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e da possibilidade de garantir a felicidade do povo”.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>30</sup> KIRCHHOF, Paul. *Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistungen*. Juristenzeitung: 1982. p. 305, apud TORRES, *Idem.*

<sup>31</sup> TORRES, op. cit., p. 18.



## 2.1. Despesa pública e suas singularidades

Antes de se efetuar o estudo acerca do instituto do orçamento público e suas características, cumpre destacar a análise da caracterização da despesa pública, seu conceito e seus elementos.

O Professor Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior, ao abordar o conceito de despesa pública, o faz por dois prismas distintos. Inicialmente, examina-o pelo viés orçamentário, de modo que o conceitua como sendo “a aplicação de certa quantia em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de um fim a cargo do governo<sup>32 33</sup>”. Em uma segunda vertente, adota um critério exclusivamente científico, utilizando-se do conceito de Ricardo Lobo Torres, segundo o qual “a despesa pública é a soma dos gastos realizados pelo Estado para a realização de obras e para a prestação de serviços públicos<sup>34</sup>”.

Perfilhando-se a uma concepção moderna das finanças públicas, Luiz Emygdio explicita que “o Estado funciona como *órgão de redistribuição da riqueza*, concorrendo com a iniciativa privada. O Estado passa a realizar despesas que, embora não sejam úteis do ponto de vista econômico, são úteis do ponto de vista da coletividade (...), vigendo, hoje, a regra de que a *necessidade pública faz a despesa*<sup>35</sup>”.

Prosseguindo nessa linha, o autor indica os elementos da despesa pública, subdividindo-os em três naturezas diferentes. Veja-se:

“a) *de natureza econômica: o dispêndio*, incidente em um gasto para os cofres do Estado e em consumo para os beneficiados; a

---

<sup>32</sup> ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 22.

<sup>33</sup> Em mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 65.

<sup>33</sup> Em mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 65.

<sup>34</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 154.

<sup>35</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 23.

*riqueza pública*, bem econômico, representada pelo acervo originário das rendas do domínio privado do Estado e da arrecadação dos tributos; b) *de natureza jurídica*: a *autorização legal* dada pelo poder competente para a efetivação da despesa; c) *de natureza política*: a *finalidade de satisfação da necessidade pública pelo Estado*, que é feita pelo processo do serviço público, como medida de sua política financeira”.<sup>36</sup>

Faz-se mister o estudo referente aos efeitos econômicos da despesa pública, cuja compreensão se dá a partir do prestígio concedido ao volume das despesas em comparação à receita nacional, a qual, nos Estados modernos, incluindo-se o Brasil, a despesa pública chega a exceder o patamar de 30% da receita nacional.<sup>37</sup> De tal modo, qualquer modificação nessa quantia, seja consistente em aumento ou decréscimo, possui inevitável efeito econômico.<sup>38</sup>

De modo a complementar seu raciocínio, prossegue Rosa Junior:

“A distinção entre os efeitos da despesa pública nos países cuja economia esteja no auge ou em crise pode ser facilmente demonstrada. No primeiro caso, o efeito da despesa pública será provavelmente inflacionário, pois, como os fatores produtivos já estão ocupados em sua totalidade, não se pode produzir mais. Em consequência, a despesa pública não aumenta a oferta nacional, mas, ao contrário, sendo escassa a mão-de-obra, elevam-se os salários e este aumento de renda conduz a um incremento da renda global mas não ao aumento da oferta correspondente de produtos, o que leva à majoração de preços. No segundo caso, em que os fatores de produção não atingiram o máximo, o aumento da despesa pública faz crescer a renda nacional, pois há maior demanda de trabalho, maior número de pessoas recebem salário e a produção aumenta”.<sup>39</sup>

Às despesas públicas, é necessária a observância do princípio da legalidade, conforme o disposto nos art. 165, §8º, e 167, I, II, V, VI e VII, da Constituição da

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 24.

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 25.

República. Tal princípio tem seu ápice de aplicação no tocante às despesas públicas ordinárias, as quais são caracterizadas por Rosa Junior como “aquelas que visam a atender a necessidades públicas estáveis, permanentes, que têm um caráter de periodicidade e sejam previstas e autorizadas no orçamento, como, por exemplo, o pagamento do funcionalismo público<sup>40</sup>”.

Contudo, autoriza-se uma mitigação do referido princípio constitucional financeiro nos casos atinentes a despesas extraordinárias, haja vista o caráter urgente e imprevisível que as acomete, de modo que não se admite dilação na sua satisfação, a exemplo das hipóteses elencadas no disposto do art. 167, §3º/CRFB.<sup>41</sup>

## 2.2. Receita pública: origem e classificações

O passo seguinte do estudo, posteriormente ao exame tocante à despesa pública, refere-se à observação, ainda que perfunctória, da *receita pública* e sua conceituação.

A doutrina, em sua maioria, converge em relação à conceituação do termo em comento, estabelecendo distinções pontuais, apenas, como, por exemplo, a diferença entre *ingresso* e *receita pública*.

Aquele se refere a qualquer entrada de dinheiro nos cofres públicos, enquanto é reservado à *receita pública*<sup>42</sup> o ingresso que se faça de modo ininterrupto no patrimônio pertencente ao Estado e que não esteja adstrito à condição devolutiva ou correspondente baixa patrimonial.<sup>43</sup> De tal modo, *ingresso* é gênero do qual *receita pública* é espécie.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> “(Receita pública é) a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. BALEEIRO, op. cit., p. 116.

<sup>43</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 47.

Cumpra destacar a classificação das receitas públicas, elaborada pelo eminente tributarista baiano Aliomar Baleeiro<sup>44</sup>, o qual divide o ingresso em dois grupos, subdividindo-os em sequência. O primeiro grupo ficou assim estabelecido: 1º) *Movimentos de caixa*: a) empréstimos ao Tesouro; b) restituição de empréstimo do Tesouro; c) cauções, fianças, depósitos, indenizações de direito civil, etc.

Já o segundo grupo foi disposto deste modo: 2º) *Receitas*: I – Originárias: a) a título gratuito: doações puras e simples, bens vacantes, prescrição aquisitiva, etc.; b) a título oneroso: doações e legados sob condição, preços-quase-privados, preços públicos e preços políticos; II – Derivadas: a) tributos: taxas, contribuição de melhoria, impostos e contribuições parafiscais; b) multas, penalidades e confisco; c) reparações de guerra.<sup>45</sup>

### 2.3. Orçamento público

Necessária, também, faz-se a análise mais aprofundada do conceito de orçamento público<sup>46</sup> (o qual deverá observar diversos princípios, em especial os da unidade orçamentária<sup>47</sup>, da eficiência<sup>48</sup>, da responsabilidade<sup>49</sup> e da transparência<sup>50</sup>),

<sup>44</sup> BALEIRO, op. cit., pp. 120-121.

<sup>45</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., pp. 58-59.

<sup>46</sup> "(Orçamento é) 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". BALEIRO, op. cit., p. 387.

<sup>47</sup> "O orçamento é uno. O princípio da unidade não significa a existência de um único documento, mas a integração finalística e a harmonização entre os diversos orçamentos". TORRES, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição*, p. 99.

<sup>48</sup> "O princípio da eficiência se torna extraordinariamente importante para a administração moderna, que cada vez mais vai adquirir as características de uma administração gerencial, influenciada por métodos da empresa privada". TORRES, *Ibid.*, p. 192.

<sup>49</sup> "O princípio da responsabilidade, ou mais especificamente, a responsabilidade fiscal corresponde ao conceito de *accountability*, de difícil tradução para o português. Aproxima-se do sentido de uma responsabilidade pela eficiente gerência de recursos públicos". TORRES, *Ibid.*, p. 198.

<sup>50</sup> "O princípio da transparência, em síntese, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula assim o Estado à Sociedade e se transforma em instrumento importante para a superação dos riscos fiscais provocados pela globalização. Só a *transparência na atividade financeira*, consubstanciada na clareza orçamentária, na responsabilidade fiscal, no respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, no aperfeiçoamento da comunicação social e no combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à *transparência na conduta do contribuinte* garantida pelas normas antielisivas, pelas regras anti-sigilo bancário, pelo combate à corrupção ativa e pela desmobilização dos paraísos fiscais, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Orçamentário".

suas funções e sua utilização. Inicialmente, Torres aponta três funções precípua do orçamento: a política, a econômica e a reguladora.

A primeira delas sempre se constituiu como forma de controle da Administração que, por intermédio do orçamento, fica sujeita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Legislativo<sup>51</sup>. No entanto, aliando-se às necessidades de um planejamento orçamentário, a co-participação do Congresso Nacional, no cenário brasileiro, soma-se ao controle político na elaboração do orçamento, mediante a prévia orientação e as metas traçadas na lei de diretrizes orçamentárias e a opção quanto ao montante dos gastos públicos e ao tamanho do Estado,<sup>52</sup> na forma de sua previsão constitucional.

No que tange à função econômica, esta deverá ser estudada a partir da visão histórica das conjunturas por que passou a economia universal e das variações de sua teoria. Assim explicita Torres:

“Os estudos sobre o orçamento público têm que ser desenvolvidos tanto por juristas quanto por economistas, cada qual a partir dos pontos de observação de suas disciplinas. Os juristas se preocuparão com os aspectos principiológicos e constitucionais e com a própria análise da natureza e da eficácia da lei orçamentária. O economista se concentrará no estudo macroeconômico e na perspectiva dos efeitos do equilíbrio orçamentário sobre a economia, eis que uma terça parte do PIB passa pela lei de meios”.<sup>53</sup>

Por fim, com relação à função reguladora, à medida que a crise financeira do Estado de Bem-estar Social se agrava, aquela amplia seu poder de influência, transferindo-se para o meio-ambiente, às relações de consumo, à entrega de prestações de saúde, à assistência social e educacional, entre outros.<sup>54</sup> Cumpre ressaltar que, pela função reguladora, modifica-se o relacionamento entre os Poderes do Estado. Vejamos a doutrina de Torres a respeito:

---

TORRES, *Ibid.*, p. 209.

<sup>51</sup> KIRCHHOF, Paul. *Die Finanzierung des Leistungsstaats*. Jura: 1983. p. 508, apud TORRES, *Ibid.*, p. 66.

<sup>52</sup> TORRES, *Idem*.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 75-76.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 76.

“O orçamento regula o social e o econômico por intermédio da Administração; mas não vincula integralmente o Executivo, posto que a lei orçamentária apenas prevê as receitas e autoriza as despesas, competindo à autoridade administrativa, com larga dose de discricionariedade, efetivar os gastos e implementar a atividade-fim. Por outro lado, a Administração não dirige o orçamento; a fixação de receitas tributárias não se faz para atender integralmente as políticas públicas traçadas pelo Executivo, posto que se subordinam também a critérios de justiça fiscal e a leis materiais; a escassez de recursos limita os gastos em políticas sociais e a lei anual orçamentária acaba por se constituir no documento que sintetiza e dá objetividade numérica<sup>55</sup> à atividade administrativa”.<sup>56</sup>

A função reguladora assinala, mormente, à gestão responsável do orçamento, bem como para o exame cuidadoso das vertentes prática e teórica do mercado livre, sendo este entendido como organização social na qual se resolvem, de maneira precedente, as relações econômicas entre os cidadãos, suscetíveis de tributação e redistribuição.<sup>57</sup>

### **2.3.1. Orçamento público como instrumento da efetivação da democracia participativa**

Inicialmente, faz-se necessário destacar a questão da participação popular, cuja finalidade é garantir o exercício da democracia. Esta se resume em duas concepções: a democracia participativa e a deliberativa. Aqui somente nos interessa, para efeito de produção do presente estudo, a primeira modalidade.

Tal concepção, também denominada de democracia comunitária, encontra seu fundamento na cidadania participativa, a qual pode ser descrita como a

---

<sup>55</sup> “O direito, e não o dinheiro, regula a Administração estatal”. KIRCHHOF, Paul. *Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrollei*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht: 1983. p. 505, apud TORRES, *Ibid.*, p. 76.

<sup>56</sup> TORRES, *Idem*.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 77.

responsabilidade assumida por cada cidadão<sup>58</sup>, de modo a se engajar, em conjunto com os outros cidadãos, na vida da cidade<sup>59</sup>.

Ao alvorecer com *status* constitucional à Carta de 1988<sup>60</sup>, a cidadania participativa passa a desempenhar maior influência no processo normativo<sup>61</sup>, pois a participação política da população é cada vez maior, sendo aquele entendido no sentido de processo legislativo, administrativo e judicial, como bem preceitua Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Vejamos:

“(...) por participação política, a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica do Estado (...) tanto a *condução política da sociedade* exercida pelo Estado, como a *participação* política de indivíduos e de grupos, têm a mesma e única natureza jurídica fundamental: são, ambas, *modos de exercício do poder*”.<sup>62</sup>

No campo financeiro, a participação popular é refletida em um instituto, cujo desenvolvimento recente é notável, dos mais importantes, qual seja o orçamento participativo. Embora sua previsão constitucional não expresse eficácia imediata e, no processo elaborador do orçamento a nível federal a participação direta seja débil<sup>63 64</sup>, nos demais entes federados seu destaque está em ascensão, de modo que vem sendo regulada através de leis ordinárias. Apesar de terem sido assinaladas em inúmeras leis municipais e estaduais, haja vista a ausência de previsão da participação popular quanto ao orçamento<sup>65</sup>, as propostas da comunidade não vincularão o Chefe do Poder Executivo, sendo somente

---

<sup>58</sup> “(...) o ator político essencial: a elaboração das leis e a administração são seu assunto cotidiano”. *Ibid.*, p. 123.

<sup>59</sup> Aqui o referencial é a *polis* grega, eis que tal modalidade de cidadania era a predominante à época, daí porque o termo “cidade”, podendo-se entender, de igual modo, como “comunidade”.

<sup>60</sup> A Constituição da República de 1988 consagrou a cidadania participativa, de sorte que se proclamou, em diversos dispositivos (ex: art. 58, §2º, II; art. 14, I, II, III), a audiência pública, a lei de iniciativa popular, entre outros.

<sup>61</sup> TORRES, op. cit., p. 124.

<sup>62</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamento e Técnicas Constitucionais da Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. pp. 56-57.

<sup>63</sup> “Art. 74, §2º: Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Nota-se a participação direta apenas na fase de fiscalização e do controle da execução orçamentária.

<sup>64</sup> TORRES, op. cit., p. 125.

<sup>65</sup> Art. 165/CRFB define que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais serão estabelecidos por leis de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

incorporadas ao projeto de lei orçamentária preparado pelo Executivo em caso de anuência do Prefeito municipal ou do Governador.

Assim pondera, Ricardo Lobo Torres, acerca do instituto do orçamento participativo, assinalando seus prós e contras:

“A elaboração do orçamento anual compartilhada entre os políticos e a comunidade exhibe vantagens, como sejam: a) fortalece a cidadania ativa, traço básico da moderna democracia deliberativa; b) permite as escolhas comunitárias de obras e serviços de acordo com critérios que muitas vezes escapam aos órgãos de representação; c) torna visível para o cidadão o cálculo do custo/benefício na entrega de prestações públicas. Mas, por outro lado, a participação direta na elaboração do orçamento traz inúmeras dificuldades: a) pode enfraquecer a representação política; b) sujeita-se à manipulação pelos indivíduos que disponham de mais tempo ou gosto pelo trabalho comunitário; c) exige da comunidade formação técnica compatível com a análise de propostas orçamentárias, nem sempre possível; d) carece do cálculo global e da apreciação macroeconômica das necessidades do município ou do Estado”.<sup>66</sup>

Impende-se, pois, pontuar que, em decorrência de não haver previsão constitucional do instituto em comento, a execução do orçamento participativo não é obrigatória, tampouco cria direitos subjetivos.<sup>67</sup> De tal sorte, não há obrigação alguma que vincule o Executivo, municipal ou estadual, à realização das despesas previstas na elaboração participativa do orçamento.<sup>68</sup>

### **2.3.2. Gestão orçamentária**

Anteriormente à reforma administrativa, implementada no final da década de 1990 por meio da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, a Constituição da

---

<sup>66</sup> TORRES, op. cit., p. 127.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>68</sup> *Idem.*



República, e de igual modo as leis complementares, veiculavam, somente, regras atinentes ao controle da execução orçamentária, excluindo-se, portanto, as relativas à gestão.

Haja vista a crise do Estado-Social que assolou o Brasil já à época da virada da década de 1980/1990, tardiamente <sup>69</sup>, faz-se necessário pontuar, buscou-se implementar uma reforma do próprio Estado e da administração pública gerencial.<sup>70</sup>

71

Durante longo período de tempo, predominou na teoria financeira a tese que pregava a discricionariedade da Administração Pública em relação à gestão orçamentária, de sorte a considerar o orçamento público meramente proveniente de uma lei carente de eficácia, a qual autorizaria o Executivo a realizar a despesa pública sem, contudo, gerar direito subjetivo algum a qualquer cidadão.<sup>72</sup> Atualmente, porém, o cenário se modificou. Observemos as palavras de Ricardo Torres:

“Hoje a Administração continua com a palavra final para fechar o balanço anual, contingenciar dotações orçamentárias e promover o equilíbrio da gestão orçamentária. Mas outros atores e procedimentos ingressaram na prática orçamentária para moderar a discricionariedade administrativa: a) as titulações ou criação de direitos subjetivos pela legislação e pelo Judiciário; b) as vinculações constitucionais de receitas a despesas previamente indicadas; c) as despesas necessárias definidas pelo art. 17 da LRF; d) os tributos finalísticos e a pré-ponderação do constituinte ou do legislador”.<sup>73</sup>

A gestão orçamentária, portanto, deve ser pautada pelos princípios da descentralização, da eficiência e da responsabilidade<sup>74</sup>, e pelo subprincípio da transparência,<sup>75</sup> conforme analisado no item 5.1.

---

<sup>69</sup> A crise do Estado-Social atingiu o Ocidente já na década de 1970. Contudo, em virtude de, a esse tempo, o Brasil se encontrar sob um regime ditatorial, os efeitos econômicos somente se verificaram a partir da redemocratização, da segunda metade da década de 1980 em diante.

<sup>70</sup> TORRES, op. cit., p. 445.

<sup>71</sup> “A gestão responsável se caracteriza por ser uma gestão orçamentária de resultados e de *performance*, e não meramente procedimental. Procura não só a legalidade, mas a eficiência e os resultados como índice de sua legitimação”. *Ibid.*, p. 452.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 457-458.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 445-446.

### 2.3.3. Fiscalização e controle da execução orçamentária

De início, cumpre apontar o processo ao qual se submete a execução orçamentária, dividindo-se, este, em quatro fases. Vejamos a doutrina de Rosa Junior:

“1. *Empenho* é o ato proveniente de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente de implemento de condição, não podendo haver realização de despesas sem prévio empenho (Lei nº 4.230/64, art. 58). Assim, o empenho é uma medida preliminar, correspondente à dedução em determinada dotação orçamentária da parcela relativa ao pagamento de uma conta, e não pode exceder o limite do crédito concedido no orçamento. *Em resumo*, o empenho implica na reserva do total da dotação orçamentária do valor necessário para o pagamento que vai ser realizado. Para cada empenho que for efetuado deve ser extraído, salvo as exceções previstas em lei, documento denominado ‘nota de empenho’ (...).

2. *Liquidação* da despesa é a verificação do direito adquirido pelo credor mediante o exame dos documentos e títulos comprobatórios do respectivo crédito, para que se apure o que se paga, por que se paga, quanto se paga e a quem se paga. Deveria esta fase do processo da despesa pública ter outra denominação para não se confundir com o pagamento, que, na realidade, é o ato que liquida a despesa (Lei nº 4.320/64, art. 63).

3. *Ordenação* é o despacho da autoridade competente que, após a realização do empenho e da liquidação, determina o pagamento da despesa (Lei nº 4.320/64, art. 64).

4. *Pagamento* da despesa é o ato pelo qual o Estado recebe a quitação de sua obrigação e se processa através da via bancária,

---

<sup>75</sup> “A gestão responsável deve ser sobretudo transparente, tendo em vista que a transparência é um subprincípio da responsabilidade fiscal. A gestão transparente se faz principalmente pela comunicação com a sociedade e pela utilização da Internet. A publicidade dos atos orçamentários, dos relatórios e do balancetes periódicos é medida indispensável à transparência, sendo prevista inclusive pela Constituição (art. 31, §3º). (...) A gestão transparente deve combater, necessariamente, a corrupção”. *Ibid.*, pp. 450-451.

mediante ordem bancária ou cheque nominativo (Lei 4.320/64, art. 62, Decreto-lei nº 200/67, art. 74)".<sup>76</sup>

Analisada a esquemática da execução orçamentária, queda-se pendente o estudo do controle e fiscalização da execução orçamentária.

Estes têm sua razão de ser elencadas em fundamentos políticos e financeiros. O primeiro deles consiste à verificação da aplicação da decisão do Congresso Nacional, em matéria orçamentária, de modo a impedir, portanto, que o Poder Executivo exceda os créditos que lhe foram concedidos ou não perceba as receitas autorizadas pelo orçamento. No que tange ao aspecto financeiro, o controle e fiscalização orçamentários se fundamentam para evitar desperdícios e a consequente dilapidação do patrimônio público.<sup>77</sup>

Cumprir destacar, ainda que brevemente, as disposições constitucionais da Carta de 1988 acerca do controle e fiscalização da execução orçamentária, as quais prevêm que participam, integrada e harmonicamente, o Congresso Nacional<sup>78</sup> e o Tribunal de Contas<sup>79</sup>, o Executivo e o Judiciário<sup>80</sup>, cabendo a cada um a atuação demarcada pelos limites previamente estabelecidos.

### 3. Direitos sociais e reserva do possível

Um dos primeiros autores a abordar em seus estudos a dicotomia entre *mínimo existencial* e *reserva do possível*<sup>81 82</sup>, o Professor Ricardo Lobo Torres inicia sua

---

<sup>76</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 89.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>78</sup> Art. 49, IX; art. 70, *caput*; art. 71; art. 74/CRFB.

<sup>79</sup> Art. 71-73/CRFB.

<sup>80</sup> Art. 74/CRFB.

<sup>81</sup> A expressão "reserva do possível" é tradução do alemão para *Vorbehalt des Möglichen*, expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão. (BVerfGE 33: 303-333) in SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. de Leonardo Martins et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. pp. 663-664, apud TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*, in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 74.

<sup>82</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, 1989. pp. 29-49.

minúcia estabelecendo uma distinção básica entre *mínimo existencial* e direitos econômicos e sociais, qual seja a dispensa, por parte daquele, da exigência de lei ordinária, ao passo que os direitos econômicos e sociais são integralmente dependentes da concessão ofertada pelo legislador, a qual pode ser efetuada por meio do orçamento.<sup>83</sup>

Sustentando serem as normas constitucionais, que versam sobre os direitos econômicos e sociais, apenas programáticas, ou seja, que não possuem eficácia vinculante, Lobo Torres alerta que eventuais prestações positivas visando à proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público.<sup>84</sup>

Prossegue, neste sentido, arguindo que, apesar de edições de Emendas Constitucionais<sup>85</sup> que criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios às despesas com a educação, saúde e pobreza, não seria a função da Constituição se envolver com autorizações de gastos públicos, tampouco se imiscuir acerca dos problemas econômicos conjunturais – assuntos reservados exclusivamente à lei ordinária de cada um dos três Poderes da nação -, sob pena de, a exemplo do ocorrido ao texto constitucional com o advento das mencionadas três Emendas Constitucionais, criar espécie de “confusão” entre os direitos fundamentais e sociais e, conseqüentemente, entre esses últimos e o *mínimo existencial*.<sup>86</sup>

A indevida constitucionalização de temas, os quais deveriam ser qualificados por dispositivos normativos infra-constitucionais, oportunizou a judicialização da política orçamentária, a qual, fundamentando-se na literalidade do texto constitucional, encontrou a fonte legitimadora para a outorga individual das prestações estatais.<sup>87</sup>

De sorte a complementar seu raciocínio, assim explicita Lobo Torres:

“Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou

---

<sup>83</sup> TORRES, *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*, in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. p. 73.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> EC nº 14/96; EC nº 29/00; EC nº 31/00.

<sup>86</sup> TORRES, op. cit., pp. 73-74.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 74.

seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho<sup>88</sup> da despesa por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos*.<sup>89</sup>

À reserva do possível, exclui-se a proteção positiva do *mínimo existencial*, haja vista que sua fruição independe do orçamento, tampouco de políticas públicas, ao contrário do que ocorre aos direitos sociais, de modo que o Judiciário pode determinar, nas palavras de Lobo Torres, “a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)”.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Cf. item 2.3.3 deste Capítulo.

<sup>89</sup> TORRES, op. cit., p. 74.

<sup>90</sup> *Idem*.

### CAPÍTULO III

## JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SEPARAÇÃO DE PODERES E POSSIBILIDADES

### 1. Separação dos poderes e fundamentos de Estado

Iniciado o último capítulo do presente estudo, cumpre proceder à análise dos fundamentos do Estado, o conceito de Estado de Direito e a repercussão no que toca à separação dos poderes.<sup>1</sup>

Entendido como uma *nação politicamente organizada*, o *Estado*, na compreensão de Max Weber<sup>2</sup>, ao exercer a *violência física legítima*, em caráter de monopólio, utiliza-se do instrumento fundamental de *racionalização ou institucionalização* do poder.<sup>3</sup>

Assim esclarece o cientista político alemão:

“O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas próprias hierarquias supremas. (...)”

Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um *meio* específico que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. 'Todo o Estado se funda na violência', disse Trotsky em Brest-Litowsk. Isto está objectivamente certo. Bastaria que tivessem existido configurações sociais que ignorassem o meio da violência e o conceito de 'Estado' teria desaparecido, insaturando-se o que, neste sentido específico, chamaríamos 'anarquia'. Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único

---

<sup>1</sup> O presente termo é o mais usual. Contudo, o termo correto, por um prisma técnico, a ser utilizado, haja vista o Poder político ser dotado de carácter unitário, é “separação das funções de Poder”.

<sup>2</sup> WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, [s. d.].

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 53-56.

meio de que o estado se serve, mas é realmente o *seu* meio específico. Precisamente hoje, é especialmente íntima a relação do Estado com a violência. No passado, a violência foi utilizada pelas mais diversas associações, a começar pela associação familiar (*Sippe*), como meio inteiramente normal. Hoje, pelo contrário, deveremos dizer que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o 'território' é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da *violência física legítima*. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o permite. O Estado é a única fonte do 'direito' à violência".<sup>4</sup>

Destaca-se, pois, que o conceito de *violência legítima* é o elemento basilar à compreensão da ideia do Estado de Direito como instrumento de legitimação do exercício do poder.

Neste sentido, então, associa-se *Estado de Direito à contenção do Estado pelo Direito*, os quais, à vista de uma formulação conceitual científica, a exemplo da doutrina de Hans Kelsen, devem ser concebidos como realidades distintas, o Estado como uma pessoa diferente do Direito, para que este seja elemento justificador do Estado, que o cria e a ele se submete. Tem-se, portanto, que tal construção só é válida quando o Direito é compreendido como uma disposição essencialmente diferente do Estado, em oposição à sua qualidade originária, qual seja o poder.<sup>5</sup>

Acompanhando a produção doutrinária alemã, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco assim dispõem sobre o Estado de Direito:

“(O Estado de Direito) poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei,

---

<sup>4</sup> WEBER, op. cit., pp. 57 e 49, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 40-41.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. v. 2. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1962. p. 173.

entendendo-se *direito e lei*, nesse contexto, como expressão da *vontade geral*.<sup>6</sup>

Ademais da vinculação do Estado à lei, outro requisito essencial à caracterização como sendo de Direito é a divisão de poderes, compreendendo o legislativo, executivo e judicial, tema, este, que é conteúdo a ser explorado no próximo item deste estudo.

### **1.1. Separação dos Poderes: necessidade, coordenação e outras considerações**

A divisão dos poderes é um modelo estatal cuja ascensão, e consequente difusão de seus ensinamentos pelo Ocidente, está diretamente relacionada com a obra de John Locke, filósofo inglês, precursor do liberalismo, o qual se configurava por representar uma proposta de ruptura com o absolutismo, predominante no Velho Mundo.

Em razão de sua tendência liberal, o modelo de divisão dos poderes defendido por Locke se fundava na proteção da propriedade e da liberdade individual absoluta, ou seja, a liberdade no estado de natureza.<sup>7</sup>

À medida que as ideias iluministas foram sendo disseminadas na Europa e na América do Norte, também era propagada a Separação dos Poderes, de sorte que, ainda no século XVIII, foi introduzido como dogma político fundamental da organização democrático-constitucional em algumas Constituições das colônias norte-americanas, bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Constituição norte-americana de 1781.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit., p. 43.

<sup>7</sup> HOLLANDA, Alessandra Almada de. *Separação de poderes e a intervenção do judiciário na política: controle jurisdicional e o orçamento público*. Rio de Janeiro: 2014, p. 17.

<sup>8</sup> MORGADO, Cíntia. *A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo* in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*: nº 66, 2011. p. 66.



Neste ponto, ressalta Gomes Canotilho que o significativo movimento constitucional, à época, impôs o denominado conceito ideal de constituição, a qual deveria apresentar os seguintes elementos materiais caracterizadores: a) sistema de garantias da liberdade; b) princípio da divisão dos Poderes; c) constituição escrita.<sup>9</sup>

Baseado em tal ideal, estabeleceu-se o conceito negativo de Constituição, sua *ratio essendi*, o qual expressava que, a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos, tampouco estabelecida a separação dos Poderes, não teria Constituição.<sup>10</sup>

Cumprir explicitar que, em razão das diferenças culturais, históricas e sociais, as experiências europeia e norte-americana da incorporação do princípio da separação dos poderes são particularmente distintas no tocante à sua aplicação.

Enquanto que, na Europa, cuja maior parte dos ordenamentos jurídicos pertenciam à família da *Civil Law*, o princípio foi consagrado à garantia da soberania do Parlamento, na experiência estadunidense, cujo ordenamento jurídico pertence, até hoje, à família da *Common Law*, o conceito liberal de primazia da lei não deu origem à noção de supremacia do legislador<sup>11</sup>. Ao contrário, o pensamento predominante era no sentido de que todos os Poderes estariam no mesmo patamar, vez que submetidos à Constituição, o que, posteriormente, contribuiu para o surgimento de técnicas de interferência equilibrantes, de mútuo controle entre os Poderes, o sistema denominado de *checks and balances*.<sup>12</sup>

Atualmente, tal modelo, idealizado de maneira tripartite para que servisse de instrumento para evitar o abuso do poder, já não pode mais ser utilizado em seu

---

<sup>9</sup> CANOTILHO, op. cit., pp. 62-63.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 687.

<sup>11</sup> Neste ponto o referencial são os escritos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay em *O Federalista*, os quais “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”. HOLLANDA, op. cit., p. 19.

<sup>12</sup> MORGADO, op. cit., p. 67.

formato e conteúdo iniciais, haja vista inúmeras mudanças no tocante às circunstâncias históricas, sociais, teóricas e filosóficas que o fundamentam.<sup>13</sup>

Neste sentido, complementa Cíntia Morgado:

“(...) a fórmula original já não responde a muitas perguntas e gera fenômenos híbridos que não se sustentam na categoria inicial. E, por isso, para se realizar enquanto conhecimento e norma, a separação de Poderes e o próprio Direito precisam responder novas perguntas e dar conta dos novos fenômenos, de modo a tornar mais sábia a vida dos Poderes e a de quem devem servir: o povo”.<sup>14</sup>

Observa-se que o conteúdo de separação dos Poderes enquadra-se em duas concepções: especialização conjugada com adequação funcional e controle recíproco. À primeira concepção, refere-se o ajuste entre as funções e órgãos, de modo que a divisão funcional deverá corresponder a uma divisão orgânica.

De mesmo modo que a especialização funcional se caracteriza como uma exigência da eficiência na consecução dos objetivos do Estado, no tocante às atribuições faz-se mister, ademais de dividi-las para se coibir eventual abuso, também, garantir a adequação funcional, a qual, de acordo com a doutrina de Gomes Canotilho<sup>15</sup>, pressupõe que órgãos de soberania são, concebidos por um prisma eminentemente estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que lhes são atribuídas.<sup>16</sup>

No que tange ao controle recíproco, por sua vez, tem-se que este é uma decorrência da primeira concepção. Vejamos as palavras de Morgado:

“Embora seja possível fazer uma transposição entre funções e órgãos, de modo que cada órgão incorpore uma função específica, não há verdadeiramente uma separação orgânico-funcional rígida e estanque, cabendo intercessões entre eles. Tais canais de comunicação se manifestam por mecanismos de coordenação e interdependência – o que reforçará a fiscalização e os controles

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 65.

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

<sup>15</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 689.

<sup>16</sup> MORGADO, op. cit., p. 67.

recíprocos com o fim de alcançar o equilíbrio entre os Poderes. Deste modo, constata-se que todos os Poderes são subordinados à Constituição, não havendo um Poder superior sobre os outros, os quais estão no mesmo patamar. E, neste sentido, os controles recíprocos, através do sistema dos *checks and balances*, ocorrem para garantir o equilíbrio entre eles. Observa-se, neste sentido, que o objeto dos freios e contrapesos é o controle, que pode ratificar e retificar os atos de um Poder pelo outro”.<sup>17</sup>

É sob a perspectiva do Estado Contemporâneo, o qual se compromete a garantir mais do que, apenas, o gozo efetivo dos direitos de liberdade, que se denota a instrumentalidade atual do princípio da Separação dos Poderes, instrumentalidade esta que ultrapassa a garantia do primado da lei e do monismo do parlamento-legislador, comportando-se como um aparelho a serviço do controle e da limitação dos Poderes constituídos.<sup>18</sup>

O Poder Judiciário, guardião dos direitos fundamentais, é enxergado, neste ponto, como espécie de contra-peso do Poder Legislativo e do Poder Executivo e não como poder nulo, consequência direta do *supra* referido monismo. Os Poderes constituídos, portanto, não são autores de seus próprios poderes, devendo obediência à Constituição, a qual estabelece o limite de atuação própria de cada um dos Poderes e, de igual modo, cria mecanismos de controle mútuo e cooperação, observando-se, sempre, os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.<sup>19</sup>

No passado, remontando-se à idealização liberal<sup>20</sup>, a figura do juiz era vista como mero aplicador mecânico da lei (juiz-boca-de-lei), de forma que se delegava, exclusivamente, a interpretação do direito ao legislador.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> Cf. item 1.1 deste Capítulo, especificamente no que consiste à soberania do Parlamento em relação aos demais Poderes, característica predominante dos ordenamentos jurídicos dos países europeus da *Civil Law*.

<sup>21</sup> O Professor Eros Grau aponta, em uma de suas obras que na França Monárquica era obrigatório apelar ao legislador para dirimir eventuais dúvidas ocorridas na prática. Tal mecanismo era corolário do princípio da reserva interpretativa. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 260.

Atualmente, dado o avançar prático-teórico do constitucionalismo contemporâneo, especialmente o brasileiro, observa-se que, em oposição à *supra* mencionada subserviência judicial ao legislativo, o juiz deve fundamentar a validade de sua atuação diretamente no texto da Constituição da República, atentando, sobretudo, ao texto constitucional aberto, vez que aquele não mais detém o monopólio das escolhas políticas fundamentais<sup>22</sup>.

Assim complementa Morgado:

“Neste sentido, há que se reconhecer que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade, devendo haver uma preocupação com o grau, os modos, limites e a legitimidade da criatividade judicial. É o próprio papel do juiz colocado em face do papel do legislador, uma vez que ambos passam a ser vistos como criadores do direito”.<sup>23</sup>

Verificam-se, portanto, alguns fatores que contribuíram para esse aumento da criatividade<sup>24</sup> dos juízes: a) a expansão dos Poderes Legislativo e Executivo durante a conjuntura do Estado social interventor, de modo a representar o necessário contrapeso à paralela expansão dos “ramos políticos” do Estado moderno; b) vícios e defeitos das leis, a exemplo de imprecisão e ambiguidade, exigindo-se novas soluções hermenêuticas; c) legislação que propicia a perseguição aos direitos sociais, projetados para o futuro, de caráter promocional, de maneira a exigir para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado, deslocando-se progressivamente das regras de conduta às regras e acomodações institucionais; d) proclamação de catálogo de direitos fundamentais, alçados a status constitucional; e) massificação das sociedades industriais, com necessidades e conflitos de natureza coletiva, exigindo nova postura do Poder Judiciário, elevando-se ao patamar dessas novas e urgentes aspirações, com os protetores de novos direitos difusos e coletivos.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> MORGADO, op. cit., p. 76.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Entendida também como aumento da atuação.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 76-77.

No entanto, cumpre explicitar que a referida criatividade estará sempre exposta aos riscos de perversão e excesso, de sorte que, de mesmo modo, estará sujeita ao sistema de controle recíproco denominado *checks and balances*.

De sorte a complementar seu raciocínio, Morgado explicita que:

“Em face da legislação social que define as finalidades e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, o papel do juiz não pode limitar-se a decidir de maneira estática. Ao contrário, constitui frequente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária, ou inerte, está alinhada aos programas prescritos pela legislação social. Os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem um ramo. E então é difícil que eles não deem a própria contribuição à tentativa do Estado em tornar efetivos tais programas de ação, de não contribuir para fornecer concreto conteúdo a princípios e finalidades: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe aos juízes fazer respeitar. Assim a criatividade da função jurisdicional não esbarra apenas na função legislativa, mas também na função executiva e nas escolhas orçamentárias”.<sup>26</sup>

Entende-se, na atualidade, que a noção de separação de poderes é analisada sob um prisma distinto daquele do passado, de sorte que o significado excessivamente conservador foi alterado, sendo entendido, portanto, por uma noção dinâmica, cooperativa e que fomenta a persecução do diálogo entre os Poderes, como bem preceitua o disposto do art. 2º da CRFB/88.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 78.

## 1.2. A judicialização das políticas públicas: formas, limites e técnicas de aplicação

Adentramos, agora, no último ponto de estudo deste trabalho. Pretende-se, aqui, analisar a viabilidade da judicialização das políticas públicas, os limites à atuação do Poder Judiciário e, por fim, examinar determinadas técnicas de solução de casos concretos.

Para a melhor compreensão deste item, necessária é a conceituação de política pública e suas peculiaridades.

De modo a contextualizar a fundamentalidade das políticas públicas e sua correlação à atividade jurisdicional, Ana Paula de Barcellos, em uma de suas obras<sup>27</sup>, elabora sua explanação de sorte a abordar a interdependência das políticas públicas com os fins consagrados no texto constitucional. Vejamos:

“As atividades legislativas e jurisdicionais envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. O magistrado, por seu turno, estará sempre aplicando a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar da maneira que melhor realize os fins constitucionais. Ocorre que as decisões judiciais produzem, como regra, efeitos apenas pontuais, entre as partes, e a legislação depende de atos de execução para tornar-se realidade”.<sup>28</sup>

Nessa linha, complementa Barcellos:

“Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços etc. Esse conjunto de atividades

---

<sup>27</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>28</sup> *Ibid*, pp. 803-804.

pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção".<sup>29</sup>

Contudo, há que se ressaltar que, conforme já analisado no item 6 do presente estudo, deve sempre ser ressalvado o instituto da *reserva do possível*, vez que toda política pública envolve gastos, não sendo pressuposto que os recursos públicos sejam ilimitados, em um país como o Brasil, cuja desigualdade social é ainda acentuada, de modo que a demanda, por óbvio, de implementação de políticas de efetivação das garantias previstas no texto constitucional é bastante elevada.

Neste tocante, infere-se que, conforme abordagem elaborada ao item 7.1, as escolhas, em matéria de gastos públicos, não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, tampouco à discricionariedade do Poder Executivo, pressupondo-se, para tanto, uma noção dinâmica, cooperativa e que fomenta a persecução do diálogo entre os Poderes; ao contrário, à referida matéria incidem, de modo significativo, normas jurídicas constitucionais.<sup>30</sup>

Adotando uma linha garantista, Ana Paula de Barcellos indica que uma Constituição rígida, que orienta um Estado de Direito constitucional, a qual consagra, à qualidade de cláusulas pétreas, os direitos fundamentais como fatores vinculantes aos Poderes da República, estabelece uma submissão, em caráter amplo, do poder político a regras jurídicas. Assim complementa a constitucionalista:

“Isso porque, mesmo em um Estado de Direito, o poder político poderá, valendo-se dos procedimentos adequados, alterar as regras jurídicas a que está submetido. Essa possibilidade de alteração persiste em face de uma Constituição rígida, embora se exija um procedimento substancialmente mais complexo do que aquele destinado a alterar a legislação ordinária.

---

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 804.

<sup>30</sup> *Idem*.

Nada obstante, quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os direitos fundamentais (CF, art. 60, §4º, IV)-, nada há que o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se. Com efeito, na visão substancialista referida acima, esse conjunto de normas constitucionais imodificáveis constitui justamente um núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais”.<sup>31</sup>

Por outro lado, Maria Paula Dallari Bucci defende ser a possibilidade de controle judicial, o qual pretende garantir o exercício, o que confere a qualidade, das normas de direitos fundamentais, como prescrições obrigatórias<sup>32</sup>, entendidas, estas, como direitos subjetivos<sup>33</sup>, de proteção *prima facie*, conforme a análise elaborada ao item 3.1.1.2.

Barcellos destaca, contudo, que a afirmação acima efetuada não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou da destinação a ser concedida aos recursos públicos disponíveis. Assim pontua:

“Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais”.<sup>34</sup>

Não se trata, pois, da absorção do político pelo jurídico, senão, apenas, da limitação do primeiro pelo segundo. Tal premissa possui fundamento na delegação concedida aos agentes públicos pela população como um todo, decorrência, esta, do princípio republicano que pauta o Estado brasileiro, conforme o disposto do art. 1º,

---

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 805.

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. Fórum Administrativo - Direito Público – FA. Ano 1, n. 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 7.

<sup>33</sup> Cf. item 6.

<sup>34</sup> BARCELLOS, *Idem*.



parágrafo único da Constituição da República. A referida delegação não autoriza ou justifica decisões idiossincráticas, haja vista que esses agentes devem responsividade<sup>35</sup>, aos cidadãos, de suas decisões.<sup>36</sup>

No entanto, a realidade das despesas públicas, relacionadas no cenário brasileiro, na maioria das vezes, com desperdício e ineficiência; prioridades incompatíveis com a Constituição; precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, expõem um quadro de descumprimentos reiterados da programática constitucional.

Neste tocante, fundamenta-se a construção de uma dogmática jurídica consistente, a qual viabilize a sindicabilidade das políticas públicas no Brasil. Este desenvolvimento teórico alicerça-se na identificação dos parâmetros do controle judicial<sup>37</sup>; na garantia de acesso à informação; e na elaboração dos instrumentos de controle.

Desenvolvendo este primeiro ponto, Barcellos aponta à dificuldade na definição dos parâmetros com fundamento nos quais se pretende exercer o controle, vez que estes apenas se justificam caso possam ser extraídos de forma consistente do texto constitucional.<sup>38</sup> Inicialmente, sustenta a existência de parâmetros meramente objetivos, “relacionados com a quantidade de recursos, em termos absolutos ou relativos, que deverá ser aplicada em políticas públicas destinadas a realizar determinadas finalidades constitucionais”<sup>39</sup>, a exemplo do previsto nos dispostos do art. 212, *caput*, art. 198, §2º, ambos da Constituição da República de 1988.

Essa primeira modalidade de parâmetro de controle é, em realidade, de fácil entendimento, haja vista que basta, inicialmente, apurar a quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição, de maneira a se considerar a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas

---

<sup>35</sup> Termo mais apropriado provém do inglês: *accountability*.

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 806.

<sup>37</sup> “Com efeito, controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, *e.g.*, concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas. Significará, também, afirmar que determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas”. *Ibid*, p. 807.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 808.

contribuições. Em seguida, cumpre verificar se, efetivamente, tais recursos estão sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais previstos.<sup>40</sup>

Contudo, Barcellos pontua dificuldades a serem enfrentadas:

“Em primeiro lugar, será preciso ter acesso a informações tanto no que diz respeito aos valores arrecadados pelo Estado, quanto no que toca à aplicação real desses recursos. Em segundo lugar, e este é um ponto juridicamente sensível, uma vez que se verifique o descumprimento do parâmetro constitucional, é preciso definir que consequências podem ser atribuídas a esse fato, seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato por ele praticado produza efeitos, ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição”.<sup>41</sup>

Um segundo parâmetro de controle a ser abordado é concernente ao resultado final esperado da atuação estatal. Cifra-se na identificação dos bens mínimos que devem ser, enfim, ofertados pelo Estado, no tocante à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Desta sorte, sustenta Barcellos:

“A construção desses parâmetros envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.<sup>42</sup>

Em sequência, complementa a constitucionalista fluminense:

“Assim, e. g., é possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante (CF, art. 208, I). Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Enquanto essa meta concreta não houver sido

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 809.

alcançada, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional terão de aguardar”.<sup>43</sup>

Formulando uma crítica consistente acerca da questão da constitucionalização indevida de temas, Lobo Torres defende, a exemplo dos casos no campo das prestações de saúde, que com o advento das emendas constitucionais, as quais produziram um vínculo à Administração Pública, a política pública torna-se indispensável, de maneira que eventual decisão judicial “deve obrigar à implementação da *policy* pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo)”<sup>44</sup>. Contudo, ao tratar individualizadamente do tema, abstendo-se de determinar a implementação da política pública adequada, o Judiciário brasileiro compromete em demasia o orçamento público.

Em mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva sustenta que a dificuldade maior de se obter uma tutela jurisdicional satisfatória, no âmbito dos direitos sociais, reside no próprio caráter coletivo desses direitos, haja vista que, ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à educação, por exemplo, a realização de tal direito só é viável se for pensada coletivamente.<sup>45</sup>

Explica o constitucionalista:

“Os procedimentos judiciais, sobretudo no Brasil, não estão, contudo, apto a dar vazão a pretensões judiciais dessa natureza. Todo direito processual é pensado – e as raríssimas exceções não mudam esse quadro – para uma litigância individual. Quando existentes, as ações coletivas, com raríssimas exceções, pouca diferença têm em relação a ações individuais, a não ser um número maior de litigantes no pólo ativo de uma determinada ação”.<sup>46</sup>

Nessa linha, Ana Paula de Barcellos estabelece uma ressalva, conferindo congruência à sua teoria. Vejamos:

“(Em áreas como a saúde e assistencial social, por exemplo), a definição de metas concretas que decorrem da Constituição e são

---

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 810.

<sup>44</sup> TORRES, op. cit., p. 75.

<sup>45</sup> SILVA, op. cit., p. 243.

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

exigíveis do Poder Público envolvem complexidades maiores e, por isso mesmo, tais temas devem ser enfrentados de forma específica. Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder”.<sup>47</sup>

Definidas tais metas, a serem prioritariamente perseguidas pelo Poder Público, a aplicação do parâmetro de controle consiste, então, na verificação do produto final da atividade estatal, se esta, em cada área de atuação do Estado, está, de fato, produzindo-se.<sup>48</sup> Caso não esteja, os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas que fomentem tal finalidade constitucional, de sorte que os demais gastos, não prioritários, não deverão ser privilegiados.

O terceiro parâmetro de controle a ser aqui abordado, mais complexo este, consiste no controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, ou seja, o controle dos meios optados pelo Poder Público para viabilizar a realização das metas constitucionais. Ressalta-se, contudo, que tal parâmetro deve ser utilizado com extrema cautela, pois é necessário particular cuidado para que o Direito não invada o espaço próprio da política.<sup>49</sup>

O objetivo perseguido, então, por este terceiro parâmetro de controle é assegurar uma eficiência mínima, “ao se eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais”<sup>50</sup>, às ações estatais, fundamentando-se, para tanto, à outrora mencionada vinculação estatal às metas constitucionais.

---

<sup>47</sup> BARCELLOS, op. cit., loc. cit.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 811.

<sup>50</sup> *Idem.*

Vejamos os ensinamentos de Barcellos:

“Na realidade, a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto retórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas *têm* de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes”.<sup>51</sup>

### **1.2.1. Ônus argumentativo constitucional como elemento essencial da judicialização**

Verifica-se, por fim, retomando a teoria elaborada por Virgílio Afonso da Silva, já exposta no item 3, que o cerne do debate da judicialização das políticas públicas, analisado este frente às distintas correntes doutrinárias preconizadas neste capítulo, cinge-se, em especial, ao ônus argumentativo constitucional a que estão sujeitos os juízes. De modo a se realizar uma tentativa de estabelecimento de um denominador comum às teorias expostas no presente capítulo, até como forma de racionalizar o presente estudo, como um todo, conferindo coerência, tem-se que, o que de fato deve delimitar, pautar a atuação jurisdicional nas hipóteses de judicialização das políticas públicas, é uma fundamentação constitucional adequada ao grau de intervenção requerido na demanda.

Como analisado no item 3.1 do presente estudo, ao se estudar o suporte fático dos direitos sociais, optando-se, outrora, por um modelo de conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais, incluindo-se os direitos sociais, bem como por um suporte fático amplo de tais direitos, o resultado foi um suporte nos seguintes moldes:

---

<sup>51</sup> *Ibid*, pp. 811-812.

se  $x$  é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS $x$ ) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a  $x$  não é fundamentada constitucionalmente ( $\neg FC(IEDx)$ ), então a consequência jurídica deve ser o dever de realizar  $x$  (O $x$ ).<sup>52</sup>

Como consagrou Virgílio Afonso:

“O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito”<sup>53</sup>.

Complementando que, então, deveria ser, o direito, “realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes”<sup>54 55</sup>. E é neste tocante que, ao divergir da teoria elaborada por José Afonso da Silva<sup>56</sup>, Virgílio Afonso aponta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, utilizando-se do conceito de normas programáticas, associado, este, à ideia de norma de eficácia limitada<sup>57</sup>, pouco contribuiu para mudanças sociais profundas no Brasil.<sup>58</sup>

Atenta, contudo, que um modelo teórico, por si só, não terá condições de alterar uma questão demasiadamente complexa como o da realização de direitos sociais em um país com os problemas do Brasil. Porém, é possível que tal modelo gere novas exigências que possam modificar o modo como a atividade jurisdicional encara o problema.<sup>59</sup> Não se trata, pois, de uma questão meramente dualista acerca da possibilidade de realização de direitos sociais através de decisões judiciais, e, sim, da imposição de ônus argumentativos tanto ao legislador, como ao administrador.

Ressalta Virgílio Afonso:

---

<sup>52</sup> SILVA, op. cit., p. 205.

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

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Conforme já salientado no item 3.2.1, do Capítulo I do presente estudo.

<sup>56</sup> Esta Teoria dividiu as normas constitucionais em grupos, tendo por parâmetro sua eficácia. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>57</sup> Aquela que depende de intervenção e regulamentação por parte do legislador ordinário.

<sup>58</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 250.

<sup>59</sup> *Idem*.

“Se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação”<sup>60</sup>.

Estabelecendo-se tal premissa, verificam-se incompatíveis com o modelo sustentado por Virgílio Afonso e no presente estudo adotado, a simples inação do Poder Judiciário, bem como o ativismo judicial incontrolado. Não basta que se verifique, para dar ensejo a alguma intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, que uma ação que poderia, eventualmente, realizar um direito fundamental, não tenha sido realizada. Faz-se mister a análise, além de tal verificação, se há, ou não, fundamentação jurídico-constitucional, suficiente, para a eventual omissão.<sup>61</sup>

Portanto, para que tal situação fosse solucionada, com uma medida adotada que não infringisse o núcleo do pacto federativo e, por consequência, o princípio republicano, verifica-se a necessidade de um diálogo, não somente institucional, mas constitucional, entre os três Poderes da República, repensando-se o princípio da separação de poderes, cuja rigidez é defendida com prevalência no país. E, sobretudo, realizarmos que, a não-realização de algo exigido é equivalente a uma restrição, a qual exige fundamentação, de modo que, assim, poderíamos nos dirigir a uma proteção mais eficiente no trato dos direitos sociais ou, ao menos, para que pudéssemos ter uma clareza maior<sup>62</sup>, quando da análise das decisões judiciais, neste tocante.

---

<sup>60</sup> *Ibid.* pp. 250-251.

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 251.

<sup>62</sup> *Idem.*

## CONCLUSÃO

A doutrina especializada, na qual se baseou o presente estudo, permite-nos concluir que a análise das políticas públicas, implementadas no país, pode ser realizada pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, empreendeu-se à análise das garantias fundamentais, da forma concebida pela Constituição da República de 1988 e modo como estas sofreram influência no movimento neoconstitucionalista a partir do 2º Pós-Guerra, de modo a facilitar a compreensão das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, os quais se conectam, diretamente, com a ideia de efetividade das normas constitucionais.

O estudo da Teoria de Virgílio Afonso da Silva, em diálogo com a Teoria de Robert Alexy, contribuiu para a percepção de que a definição por um modelo de suporte fático dos direitos fundamentais, juntamente com a formulação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, influenciam o grau de realização dos direitos que estão sendo examinados, nos casos de restrição a direitos, a qual se dá nas hipóteses de colisões entre direitos fundamentais.

A opção por um suporte fático amplo dos direitos fundamentais é, no presente, defendida, pois, ao não se excluir do exame judicial (garantias *prima facie* de direitos fundamentais), nas hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, impõe-se uma análise casuística de tais colisões, por meio de um sopesamento, devendo toda intervenção ser acompanhada de um grande ônus argumentativo para explicitar sua constitucionalidade, tanto a quem efetua a intervenção, como a quem profere uma decisão em um caso de conflito de direitos fundamentais, na hipótese, o Poder Judiciário.

Passa-se, portanto, no segundo Capítulo, a defender a estreita relação entre o *mínimo existencial* e o conceito de dignidade humana. Aquele, formado pelo conjunto formado por uma seleção de direitos fundamentais, aliados a noção de eficácia de tais direitos, e, este, conferindo sustentação a todos os direitos constitucionalmente consagrados, especialmente no tocante aos direitos a prestações sociais, que é o nosso interesse precípua nesse estudo. Conclui-se,



ainda, que o *mínimo existencial* não pode ser concebido, de modo taxativo, como um elenco fechado de posições subjetivas negativas e positivas, sendo, contudo, compreendido, a partir do espectro do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, sob a análise do caso concreto, à luz da necessidade de cada pessoa e de seu núcleo familiar, de modo a ser realizado um sopesamento com a *reserva do possível*.

À *reserva do possível*, empreendeu-se um exame das questões orçamentárias, no cenário brasileiro, perpassando pelo conceito de despesa pública, esta funcionando como elemento de distribuição das riquezas e seus consequentes efeitos econômicos, bem como sua relação direta com a *receita pública*. Observou-se, ainda, que o orçamento público constitui-se como forma de controle da Administração Pública (funções reguladora, política e econômica), entre os montantes de receita e despesas, públicas, respeitando-se alguns princípios constitucionais-financeiros. Por derradeiro, concluiu-se que o orçamento público deverá, sempre, atender às previsões da lei orçamentária anual, e que, à gestão orçamentária eficiente, infere-se uma fiscalização e controle da execução orçamentária, como forma de atender a fundamentos políticos e financeiros, aqueles consistentes em um dever de aplicação da decisão do Congresso Nacional, e estes fundamentados para se evitar desperdícios e dilapidação do patrimônio público.

Em se tratando de judicialização das políticas públicas, pode-se observar que há de ser notado o princípio da separação dos poderes, requisito essencial à constituição de um Estado de Direito, que, de igual modo, exerce a função de elemento material caracterizador das Constituições da forma concebida pelo sistema da *Common Law*, inferindo-se que todos os Poderes, uma vez submetidos à Constituição, estariam no mesmo patamar. Assim, a Separação dos Poderes contribuiu para o surgimento das técnicas de interferência equilibrantes, de mútuo controle entre os Poderes, o chamado “sistema de *checks and balances*”.

Passou-se, então, à análise das escolhas referentes aos gastos públicos, como forma de efetivação dos comandos constitucionais, advindos das, comumente chamadas, normas programáticas. Conclui-se, portanto, que tais escolhas não se limitam à discricionariedade do Poder Executivo, tampouco é tema reservado integralmente à deliberação política, sendo defendido, aqui, uma noção dinâmica,

cooperativa e que fomenta a persecução do diálogo entre os Poderes, de modo que não fere o princípio da Separação dos Poderes, pois é uma de suas vertentes, haja vista a condição hierárquica isômica entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao final, retomando tema abordado no primeiro Capítulo, de suma importância à compreensão universal do texto, conclui-se que recai ao Poder Judiciário, quando do exame de uma demanda atinente à concretização de uma política pública, que requeira obrigação de fazer, um ônus argumentativo constitucional, igualmente proporcional ao grau de intervenção requerido, de sorte a, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, ter-se que “restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação”.

## REFERÊNCIAS

### 1. Doutrina

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrecht*. 2ª ed., Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 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.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. 2ª t. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*, tomo IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung Von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BREUER, Rüdiger. *Grundrechte als Anspruchsnormen*, in Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. München: C. H. Beck, 1978.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. *Fórum Administrativo - Direito Público – FA*. Ano 1, n. 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A norma constitucional e sua eficácia: diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HIPPEL, Eike von. *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

HÖFLING, Wolfram. *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin: Dunker & Humblot, 1988.

HOLLANDA, Alessandra Almada de. *Separação de poderes e a intervenção do judiciário na política: controle jurisdicional e o orçamento público*. Rio de Janeiro: 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. v. 2. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1962.

KIRCHHOF, Paul. *Die Finanzierung des Leistungsstaats*. Jura: 1983.

\_\_\_\_\_. *Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrollei*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht: 1983.

\_\_\_\_\_. *Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistungen*. Juristenzeitung: 1982.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29ª ed., München: C. H. Beck, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamento e Técnicas Constitucionais da Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORGADO, Cíntia. *A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo* in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*: nº 66, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrecht: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Fallanalysen zur juristischen Methodik*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

\_\_\_\_\_. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Dunker & Humblot, 1969.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik*.

\_\_\_\_\_. *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995.

OLIVEIRA, Fábio. *Neoconstitucionalismo e constituição dirigente*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Tratado de direito privado*, t. I, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1983.

QUARESMA, Regina et alli (Coord), *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RÜFNER, Wolfgang. "Grundrechtskonflikte", in STARCK, Christian (Org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tübingen: Mohr, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. de Leonardo Martins et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed., 2ª t. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STARCK, Christian. *Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?*, in STARCK, Christian (org.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, vol. II. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência política e teoria do Estado*. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. *A incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina et alli (Coord), Neoconstitucionalismo. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais em mínimo existencial*, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*, in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org), *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, 1989.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, [s. d.].

## 2. Da Internet

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.