

**RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL:
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA FINANCEIRA
E ORÇAMENTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Luciane Moessa de Souza*

RESUMO

Este trabalho busca defender a possibilidade (e a necessidade) do controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária, tanto no plano da ação quanto da omissão, demonstrando que, sem o exercício adequado das funções constitucionais de tributar e de destinar os recursos arrecadados mediante a elaboração da legislação orçamentária à efetivação dos direitos fundamentais vinculados ao mínimo existencial, jamais se poderá alcançar a realização dos objetivos cometidos ao Poder Público no plano constitucional. Sugere-se, assim, uma nova compreensão para a questão da “reserva do possível”, tendo em vista a interdependência entre os diversos direitos fundamentais e a supremacia destes em nossa ordem jurídico-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS FUNDAMENTAIS; MÍNIMO EXISTENCIAL; RESERVA DO POSSÍVEL; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; LEGISLAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

ABSTRACT

This paper defends the possibility and the need of constitutional control on the financial and budgetary laws, either on its contents or in its absence, demonstrating that, without the appropriate use of the constitutional powers of create taxes and channelize the money, through the budgetary laws, to the effectiveness of the basic rights linked to the

* Mestre em Direito do Estado UFPR, Doutoranda em Direito UFSC. Professora da Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER) e Procuradora do Banco Central do Brasil.

minimum necessary to one exist, we will never achieve the purposes that Constitution gave to the State. It suggests, this way, a new comprehension of the theme of the “reserve of the possible”, considering the interdependence among the various basic rights and their superior position in our constitutional order.

KEY-WORDS

BASIC RIGHTS; MINIMUM FOR EXISTING; RESERVE OF THE POSSIBLE; CONSTITUTIONAL CONTROL; BUDGET AND FINANCIAL LAWS

I – Introdução

A questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais é, para nós, o tema mais desafiante e mais necessário de ser enfrentado pelo Estado e pelos operadores do Direito Público contemporâneo. Como já concluímos em outro trabalho ¹, a interdependência entre os direitos humanos deixa patente que não é possível relegar a proteção dos direitos fundamentais que concernem aos grupos sociais mais fragilizados unicamente ao plano político, deixando esta maioria social desprovida de proteção jurídico-constitucional. A realização dos direitos fundamentais possui custos e é necessário reconhecer o dever de o Estado buscar recursos junto às classes mais abastadas (por uma elementar questão de capacidade contributiva) a fim de universalizar a garantia das necessidades mais básicas dos seres humanos (por uma elementar questão de dignidade humana e solidariedade social). De outra parte, os contornos desse mínimo a ser universalizado terminam justamente onde se extrapola aquilo que se tem chamado de “reserva do possível”. As numerosas indagações colocadas por este tormentoso tema não encontrarão respostas enquanto não for devidamente exercido o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária. É o que buscaremos demonstrar.

II – O mínimo existencial como critério definidor do conteúdo dos direitos fundamentais

¹ “A omissão inconstitucional inviabilizadora de direitos fundamentais: limites e possibilidades do controle judicial” – no prelo.

Alguns autores, como RICARDO LOBO TORRES ² e ANA PAULA DE BARCELLOS ³, pretendem que o mínimo existencial – também chamado de “mínimo vital”, “conteúdo mínimo”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais – deva ser considerado como o critério apto a responder à questão sobre a possibilidade de realização em juízo de um direito fundamental prestacional ⁴. Outros, contudo, – como DANIEL SARMENTO – entendem que nem sempre é possível garantir sequer o mínimo vital, citando como exemplo o salário mínimo brasileiro, que certamente não é garantido em seu núcleo essencial (e possivelmente não poderia sê-lo, dados os efeitos perversos que uma provável espiral inflacionária geraria na economia, corroendo imediatamente seu valor) ⁵.

O conceito de mínimo existencial merece alguns esclarecimentos. Trata-se de conceito emprestado, como tantos outros, da dogmática constitucional alemã, basicamente em razão da não positivação de direitos sociais, econômicos e fundamentais pelo texto constitucional de Bonn. Como nos noticia ANDREAS KRELL, a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’. (2002:61)

² Para LOBO TORRES, “O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.” (pp. 32-33). Mais adiante, afirma ele: “o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional.” (1989: 46)

³ Afirma ela: “Ao mínimo existencial se reconhece a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica – isto é, as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta”. (2002:305).

⁴ No mesmo sentido, MARCOS GOMEZ PUENTE cita decisão do Tribunal Constitucional espanhol: “este principio general [el de aplicabilidad inmediata] no tendrá más excepciones que aquellos casos em que así lo imponga la propia Constitución o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”. (1997:58).

⁵ “A proteção judicial dos direitos sociais” in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

SANDOVAL ALVES DA SILVA, em sua dissertação de Mestrado, descreve o duplo aspecto do mínimo existencial: “1) *proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; e 2) proteção positiva representada pela entrega de prestações estatais materiais aos menos favorecidos. Já os direitos sociais máximos devem ser exercidos a partir do processo democrático, por meio da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária.*” O mesmo autor chama a atenção para o fato de que o “*mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até dentro do mesmo país*” (2007:184).

Note-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizou o mínimo existencial como critério para garantir a efetividade de direitos sociais, assentando que, embora não caiba, *prima facie*, ao Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, é possível interferir nelas se a Administração Pública comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente consagrados ⁶.

Frise-se, aqui, que o conceito de conteúdo mínimo dos direitos fundamentais também tem um cunho subjetivo, devendo ser atendidos primeiramente aqueles que mais necessitam, como ensina CARBONELL:

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales (2005:62).

III – A reserva do possível e seus limites

Sob o prisma dos limites à intervenção judicial, são já conhecidos os conceitos da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária), mas estes conceitos devem ser objetivados. A ausência de recursos financeiros não se pode extrair pura e simplesmente da ausência de previsão de recursos orçamentários,

⁶ ADPF 45/DF e RE 436.996/SP – Relator Ministro Celso de Mello.

pois, como salientou com percuciência JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, em Seminário recentemente realizado em Curitiba, **a legislação orçamentária pode e deve ser questionada quando houver alocação de recursos a outras áreas em detrimento da realização de direitos**⁷.

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

Todavia, grande parte de nossa doutrina publicista, de nossos tribunais, e, sobretudo, o tribunal encarregado de zelar pela observância de nossa Constituição, nem sempre demonstram o mesmo apreço, a mesma “vontade de Constituição”, que a valorização dada a alguns princípios clássicos do Direito Constitucional, tais como o da separação de poderes e o da legalidade orçamentária. *Data maxima venia*, dogmas como o da separação de poderes e o da legalidade orçamentária podem e devem ceder em prol da efetividade da Constituição, já que, se não for reconhecida a supremacia da Constituição, a própria separação de poderes – e todas as demais garantias constitucionais – perderão seu respaldo jurídico.

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la. Todavia, quando se trata de direitos fundamentais, é evidente que é necessário reconhecer a existência de uma maior restrição ao espaço de conformação do legislador. É inevitável considerar a existência de limites à discricionariedade do administrador.

⁷ “Controle de constitucionalidade e políticas públicas”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

ANDREAS KRELL, em seu estudo sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, faz uma crítica da transposição do conceito de reserva do possível da jurisprudência e doutrina alemãs para a realidade constitucional brasileira, que tem características tanto normativas como sócio-econômicas totalmente distintas, tecendo considerações contundentes a respeito:

parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério. (...)

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de redistribuição de renda do mundo, o conceito da ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente. (2002:53-54)

Deste modo, para ele, “*a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.*” (2002:54) ⁸. Afirma ele, ainda:

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social). (2002:53-54)

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

⁸ É importante notar que, como noticia KRELL, a “teoria engenhosa que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã do pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional.” (2002:60)

constitucionalidade e de legalidade, pois, toda vez que o Judiciário decide que uma lei tributária que institui ou aumenta tributo é inconstitucional ou que um ato arrecadatário da administração tributária é ilegal, restam diminuídas as fontes de receitas orçamentárias⁹. A nosso ver, a reserva do possível pode e deve ser considerada nos precisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão inicialmente formulou o conceito: **“aquilo que se deve razoavelmente esperar do Estado”**, o que, evidentemente, varia no tempo e no espaço, mas funciona como um limite – que pode e deve existir – das expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial.

ANA PAULA DE BARCELLOS defende, como veremos, a possibilidade de interferência do Judiciário na alocação de recursos orçamentários, bem como no atingimento das metas definidas pelo próprio poder político e, ainda, no controle da eficiência mínima (economicidade) de políticas públicas¹⁰. Salaria ela, contudo, que os controles judiciais devem assumir formas que não substituam as deliberações dos órgãos políticos, bem assim que fomentem o controle social (e não o substituam), fornecendo informações relevantes para solução do problema. Para a jurista carioca, *“não é possível que as esperanças todas sejam transferidas ao Judiciário. Deve-se criar condições para um efetivo controle político-social.”* Da mesma forma, ela defende, como vários outros doutrinadores (v.g. Daniel Sarmento e Oscar Vilhena Vieira), que as discussões em sede de controle jurisdicional de políticas públicas atinentes a direitos fundamentais se dêem preferencialmente em ações coletivas. Frise-se que, em relação a determinados direitos, a tutela coletiva é a única possível (ao menos na forma específica, não ressarcitória). ANA PAULA DE BARCELLOS dá o exemplo do saneamento básico, diretamente relacionado à proteção da saúde, constituindo, contudo, um serviço que não se pode isolar, em relação a cada indivíduo dele beneficiado. Além disso, não se trata de um serviço que possa ser explorado por mais de um ente. *“Trata-*

⁹ É o que anota Jorge Pereira da Silva: “não há justificação para distinguir os efeitos financeiros das decisões dos tribunais criadoras de despesas adicionais imprevisas dos efeitos das sentenças que decidam pela inconstitucionalidade de leis geradoras de receitas, quer de receitas fiscais quer de receitas de outra natureza.” (2003: 239).

¹⁰ “Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: limites e possibilidades”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

se de um monopólio natural: a convivência de duas estruturas de saneamento, atendendo a mesma região, não é possível ou plausível.” (2002:287)

É necessária, ainda, uma palavra sobre a questão da colisão entre direitos fundamentais, bem menos comuns do que se imagina na esfera dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para todos os que estudam o problema, muito mais comum do que se refere a conflitos entre diferentes direitos individuais, não constitui nenhuma novidade o fato de que, em determinadas situações, não será possível a harmonização, com a preservação do núcleo essencial dos direitos envolvidos no conflito, sendo necessário recorrer à técnica da ponderação e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para optar pelo valor mais relevante no caso concreto ¹¹.

Em realidade, quando se trata de omissões na concretização de direitos, o problema fundamental em jogo não é uma colisão entre direitos fundamentais, pois **a titularidade de patrimônio, a ser restringida com a tributação, não é um direito fundamental**. O que se tem, na prática, é a concorrência por recursos públicos escassos, de modo que é necessário, se se quer ir à raiz do problema, compreender e trabalhar na origem dessa escassez. Daí a necessidade de enfrentar a questão do controle de constitucionalidade da legislação orçamentária e tributária.

IV – O controle de constitucionalidade em matéria orçamentária e tributária

Em primeiro lugar, é preciso delimitar o conteúdo das obrigações do Poder Público em matéria de direitos fundamentais. Neste passo, podemos nos valer das lições de CARBONELL ao sintetizar tais obrigações à luz dos pactos internacionais de direitos humanos:

los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.

¹¹ Acerca destes princípios muito já se produziu, de modo que não é este o espaço e o momento adequado para desenvolver o tema. Ver, por todos, Robert Alexy, Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, RDA 217:67-78.

- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continúa.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En períodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales. (2005:62-63)

Todas estas obrigações envolvem a elaboração de políticas públicas, a serem realizadas por ações do Poder Executivo e, como enfatiza ANA PAULA DE BARCELLOS, parafraseando SUNSTEIN,

toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. (...) Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Essas escolhas – prossegue ela – recebem [ou deveriam receber...] a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. (2007:11-12)

Isso implica em que

as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. (...)

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente. (2007:12)

Como anotam com cortante precisão SUNSTEIN e HOLMES, “*a quantia que a comunidade decide gastar com cada um deles decisivamente afeta a extensão em que cada direito fundamental é protegido e efetivado*” (1999:31), em outras palavras, a

medida de cada direito fundamental é definida em grande parte pelo montante de recursos orçamentários investidos na sua promoção e garantia.

ALFREDO AUGUSTO BECKER há muito já lançou luzes sobre essa correlação entre os recursos orçamentários arrecadados pelo Estado e sua utilização na realização dos deveres administrativos. “*A conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas compõe uma **única e contínua relação: a relação constitucional.** (...) o Estado existe no dinamismo da Receita conjugado com o dinamismo da Despesa. (...) Essa conjugação dá-se pela lei que aprova o Orçamento Público (...) as receitas servindo para obter os fundos para a realização das despesas, estas tendo nas primeiras (as receitas) os meios de sua própria atuação.*” (1963: 225-228) Citando GUSTAVO INGROSSO, afirma ele que a lei orçamentária é a mais importante dentre todas as leis de organização, pois ela é que coloca em movimento todas as funções do Estado (1963:211). E as funções do Estado, como vimos, devem estar todas voltadas à realização, em maior ou menor grau, de direitos fundamentais. É o que leva o tributarista a afirmar que o equilíbrio do orçamento público hoje deve ser visto não como a equivalência entre receita e despesa, mas como o equilíbrio qualitativo entre receita e despesa pública, de um lado, e a realidade econômico-social, de outro (1963:217).

Deste modo, há que se concordar com a afirmação de SANDOVAL ALVES DA SILVA de que “*as normas constitucionais sobre direitos fundamentais obrigam o legislador a criar as respectivas leis que fixam as prestações positivas e o administrador a oferecer os serviços e prestações para a realização dos direitos constitucionais*” (2007:196). E, se obrigam, devem ser atribuídos efeitos jurídicos à omissão do Executivo e do Legislativo nesse sentido.

Todas essas premissas apontam num único sentido: a inevitabilidade do controle de constitucionalidade da legislação orçamentária. ANA PAULA DE BARCELLOS deixa claro que admitir-se este controle, por força da imperatividade da Constituição, “*não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro*

pelo segundo”, ou seja, “*essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais*” (2007:13-14).

É da mesma autora a interessante consideração sobre a escassez da produção doutrinária a respeito do tema, em contraste com a farta produção voltada à contenção da arrecadação: “*Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.*” (2007:15) ¹² Compartilhamos de seu espanto quanto a essa dissonância e, apesar de o momento atual estar marcado pelos reclamos contra o crescimento acelerado da carga tributária brasileira nos últimos anos, pensamos que o problema principal reside na utilização desses recursos ¹³, já que, nos países desenvolvidos em geral a carga tributária é muito maior do que a nossa e, no entanto, a população não está revoltada com o fato, mas sim satisfeita de modo geral com o emprego que se dá aos recursos arrecadados.

Como observa ALEXY, em precioso artigo sobre colisão entre direitos fundamentais, “*a cobrança de impostos serve diretamente (...) à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada.*” (1999:72)

Ou seja, para que o Estado dê conta efetivamente da universalização de direitos fundamentais, que é a sua mais básica missão constitucionalmente estabelecida, razão de ser todas as suas funções, de sua existência, por assim dizer, é necessário não apenas controlar a utilização dos recursos públicos, mas apoiar a existência de uma tributação condizente com os desafios que a ele se colocam.

Anota com precisão GILBERTO BERCOVICI:

¹² E prossegue ela: “A realidade das despesas públicas, entretanto, deveria despertar interesse semelhante: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira.” (2007:16)

¹³ Apesar de toda a corrupção, desperdício e ineficiência que caracterizam diversos setores da Administração Pública no Brasil, é inegável a insuficiência de recursos para realizar as tarefas constitucionalmente atribuídas aos entes públicos e, se isso se deve em parte à sonegação, em parte se deve à baixa carga tributária, que, além de tudo, é, muitas vezes, regressiva, tributando mais quem tem menor capacidade contributiva.

A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal. De acordo com Marcelo NEVES, o Estado é bloqueado pelos interesses privados. A conquista e ampliação da cidadania no Brasil, portanto, passam pelo fortalecimento do estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade. (2003:182)

É absolutamente inaceitável, ainda, a alegação de que o Judiciário não poderia interferir na política orçamentária, com base em suposta violação da separação de poderes.¹⁴

É também inaceitável que o cumprimento das decisões judiciais que tutelem direitos fundamentais fique subordinado à prévia existência de recursos orçamentários. Como nos ensina MARCOS GOMEZ PUENTE,

el principio de legalidad presupuestaria, conforme al cual la Administración no puede afrontar el pago de obligaciones económicas que no cuenten con el correspondiente crédito o consignación presupuestaria previa, no puede oponerse al cumplimiento por la Administración de las sentencias em las que se le condena al pago de una cantidad líquida.

Assim, para ele, a Administração está obrigada a incluir no orçamento os recursos necessários para o atendimento a tais decisões judiciais (1997:59), de modo que seria inconstitucional a legislação orçamentária que as omitisse, caracterizando-se, portanto, um direito à medida legislativa concreta.

¹⁴ Para KRELL, “*Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.*” (Op. cit., p. 88) Ele cita, neste passo, as lições de HAMILTON, JAY e MADISON, autores dos *Federalist Papers*, ao conceber o sistema americano de separação de poderes, que se baseia no sistema de freios e contrapesos e serviu de inspiração para a estruturação de nosso presidencialismo. Para eles, a separação de poderes não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro, de modo a subverter o princípio sobre o qual se baseia uma constituição democrática, e que portanto é necessária uma certa independência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais” (p. 89)

Também EROS GRAU, em texto muito anterior à sua posse como Ministro do STF, já se manifestou a respeito do tema, sob o prisma do conflito entre os princípios da legalidade da despesa pública e da sujeição da Administração às decisões judiciais. Para resolver um conflito entre princípios, lembra ele, deve se levar em conta o peso relativo de cada um deles. No caso em tela, aduz: *“não tenho dúvida quanto ao prevalecimento do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário em relação ao princípio da legalidade da despesa pública”*, pois o primeiro constitui “princípio jurídico fundamental”, verdadeiro “axioma de direito público”. Assim, para ele, o *“acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável.”* (93:143)

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o momento entende serem as leis orçamentárias insuscetíveis de controle de constitucionalidade, por se tratarem de “leis temporárias ou de efeitos concretos”, apesar de serem as leis orçamentárias, como leciona SANDOVAL ALVES DA SILVA, aquelas que *“representam, prima facie, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais (...) e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração e destinadas a atender as necessidades públicas definidas nas leis dessa natureza”* (2007:228). Ou seja, trata-se de normas gerais e abstratas por não estarem especificados, no momento da sua edição, quem serão os devedores de tributos, nem quem serão os beneficiários das prestações estatais. Assinala com inteira razão o autor:

o orçamento, quando fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos.

Ora, se os direitos fundamentais sociais não podem ser exigidos antes de delimitados, como após essa delimitação eles não podem ser objeto de demanda judicial para cumprimento? (2007:231-232)

A boa notícia é que, segundo o autor, *“o STF já vem adotando mudança na interpretação no sentido de conceber contornos abstratos e autônomos nas leis*

orçamentárias, admitindo o controle de constitucionalidade pela via concentrada [STF ADI 2.925/DF – Relator Min. Marco Aurélio], restando evoluir para todos os casos que representem ofensa à Constituição.” (2007:232-233). Também noticia ele que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes recentemente suscitou questão de ordem acerca do controle de constitucionalidade de leis concretas e de efeitos temporários ou já revogadas (ADI 1244/SP).

A realidade é que grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira está ainda atrelada ao modelo francês de Estado Liberal de Direito, ignorando as transformações introduzidas em nosso sistema constitucional desde as Constituições de 1891 e de 1934. Citando mais um vez as lições de KRELL, *“na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas **condicionais** [imposição de sanções aos particulares e de limitações ao poder estatal] e assumem a forma de programas **finalísticos** [imposição de tarefas ao poder público e de direitos a que estas sejam cumpridas], o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade.” (2002:90)*¹⁵

Lamentavelmente, existe uma tradição de colocar o princípio da separação de poderes, que é um princípio instrumental, acima até da proteção de direitos fundamentais, como se ele fosse um princípio constitucional superior aos demais. SANDOVAL ALVES DA SILVA sintetiza bem a questão: *“o princípio da separação dos poderes e a competência de dispor do orçamento não são idéias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais” (2007:187).*

Felizmente, existem diversas vozes dissonantes na doutrina mais aprofundada sobre o assunto. Assim, para KRELL,

Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do

¹⁵ Como sustenta SÉRGIO ARENHART, “o sistema adotado no Brasil não é o da ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ (...) sempre que a atividade dos outros ‘poderes’ se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a*, quando verificada a omissão.” As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, p. 07.

respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais (2002:102).

Também MIGUEL CARBONELL defende o controle judicial da legislação orçamentária, justamente porque parte das obrigações do Poder Público em matéria de direitos sociais depende de recursos financeiros suficientes e isto “*implica en que el legislador no podrá destinar a áreas no prioritarias los recursos que hacen falta para realizar los derechos sociales*”, além de ser também no controle da legislação orçamentária que se pode verificar o cumprimento da realização progressiva dos direitos sociais (2005:66).

Ao abordar a questão da justiciabilidade dos direitos sociais, CLÈVE defende a utilização de ações coletivas com a finalidade tanto de controlar a constitucionalidade da legislação orçamentária quanto de exigir o cumprimento desta:

Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desse modo, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é **preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.** (2003:299)¹⁶

¹⁶ Grifos nossos. SANDOVAL ALVES DA SILVA, por seu turno, formula proposta ainda mais ousada, defendendo “*a alteração do texto constitucional para que o Poder Judiciário possa iniciar o processo legislativo de alteração das leis orçamentárias, permitindo que a inconstitucionalidade apurada em processos judiciais desapareça com a atuação do processo democrático ou que seja adotado procedimento semelhante ao sistema de precatórios previsto na Constituição, concebendo-se o regime de urgência no processo legislativo quando for concedida tutela liminar no processo judicial a ser convertido em processo legiferante.*” *Op. cit.*, p. 240.

Já ANA PAULA DE BARCELLOS é pioneira ao procurar delinear os parâmetros para o controle de constitucionalidade da legislação orçamentária, controle que implique, por exemplo, “*concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas*” ou 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*” (2007:16). Também para ela, esse parece ser o “*momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e de seus efeitos.*” (2007:29)

O primeiro parâmetro que ela identifica é aquele do respeito aos percentuais mínimos de gastos que a Constituição estabelece para determinadas áreas, como educação (art. 212), saúde (art. 198, § 2º), seguridade social e educação (art. 195) (2007:20). Trata-se de apurar se as leis orçamentárias estão contemplando estes percentuais mínimos e se as despesas efetivamente a eles correspondem. Para tal fim, salienta ela, “*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*”. Além disso, “*é preciso definir que conseqüências podem ser atribuídas a esse fato [eventual descumprimento], seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato praticado produza efeitos ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição.*” (2007:20)

“*Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional – prossegue – diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal.*” Trata-se aqui de “*extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público*” (2007:20), tais como oferecer o ensino fundamental gratuito para toda a população (art. 208, I). Definidas tais metas concretas, o que ocorre com grau bem maior de dificuldade em outras áreas, como saúde, “*os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas*

vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que outros gastos, não prioritários, devem esperar.” (2007:22)

Por fim, o terceiro parâmetro sugerido pela autora diz respeito ao controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, isto é, “*dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais*”. Não obstante reconheça que, a princípio, os Poderes Legislativo e Executivo são livres para escolher os meios para cumprir as metas constitucionalmente definidas, é possível, embora complexo – e poderíamos acrescentar, é absolutamente necessário –, “*conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais.*” (2007:23). Frise-se que este controle, desde a Emenda Constitucional nº 20/98, está abrangido expressamente nos critérios de fiscalização da constitucionalidade da Administração Pública, a partir da positivação do princípio da eficiência no *caput* do art. 37.

Identificados os parâmetros para o controle, aponta BARCELLOS, “*sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca: (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária.*” (2007:24) Todavia, segundo a autora, nem sempre estas informações estão disponíveis:

No campo das receitas públicas, diversos orçamentos não distinguem a arrecadação prevista por tributos. Na mesma linha, os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. (...)

Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar.

Os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos. (2007:25)

No entanto, como ressalta ela, todos esses detalhamentos são inerentes ao dever de elaborar a proposta orçamentária e depois prestar contas de seu cumprimento (art. 70

CF), podendo ser coativamente exigidos (2007:26-27), ou seja, cabendo a proposição de ação civil pública ou popular para exigir esse cumprimento.

A autora cogita, ainda, das conseqüências atribuíveis em caso de verificação de inconstitucionalidade, à luz dos parâmetros mencionados: “*em primeiro lugar, diz ela, é possível imaginar algum tipo de penalidade aplicável ao responsável*”, o que, no caso das mais altas autoridades federais, já está previsto pelo art. 85 da Constituição: trata-se de crime de responsabilidade, ensejando pois a perda do cargo. Em segundo lugar, defende ela que o ato inconstitucional seja impedido de produzir efeitos, ou seja, “*é possível conceber que o Estado seja proibido de gastar com, e.g., publicidade governamental, até que as metas prioritárias estabelecidas pela Constituição sejam alcançadas. Em terceiro lugar, pode-se cogitar de o próprio Judiciário ser autorizado a impor aos demais Poderes Públicos o investimento nas metas constitucionais*” (2007:28), sendo que, nesta última hipótese, em nosso entendimento, seria necessária a nomeação de uma equipe para monitorar o cumprimento da decisão judicial, talvez formada por membros da sociedade civil organizada. Para SANDOVAL ALVES DA SILVA, é necessário “*que o Poder Judiciário determine à autoridade administrativa a iniciativa das alterações orçamentárias, à semelhança do que ocorre em sede de mandado de segurança*”. Ademais, como se sabe, o não investimento dos mínimos constitucionalmente exigidos em educação e saúde autoriza a intervenção federal nos Estados e destes nos Municípios (arts. 34, VII, “e” e 35, III, da CF).

Por fim, neste passo, julgamos necessário também tecer algumas considerações no que diz respeito à omissão na instituição de tributos constitucionalmente previstos conjugada ao fato de não se realizarem os deveres impostos ao Poder Público com relação aos direitos fundamentais. É o caso do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto pelo art. 153 de nossa Carta Constitucional e até o momento não instituído pela União. Ora, se a realização de direitos fundamentais depende de recursos orçamentários, se a Constituição institui competências destinadas à obtenção destes fundos e estas competências não são exercidas e diversos direitos fundamentais não são efetivados por insuficiência de recursos, cumpre indagar se não estaríamos aí diante de uma gravíssima omissão inconstitucional no dever de tributar para dar cumprimento às finalidades do

Estado brasileiro. Reconhecida a existência de uma omissão inconstitucional, evidentemente, devem ser atribuídas conseqüências aptas a corrigir a violação¹⁷.

V – Considerações finais

Se os direitos fundamentais demandam recursos materiais para sua universalização, não se pode negar a existência de deveres para o Estado em matéria de instituição e arrecadação de tributos, bem como de uma adequada distribuição dos mesmos no momento da elaboração orçamentária. Se deveres existem, é imperativo reconhecer que a legitimidade para invocar o seu descumprimento e a respectiva aplicação de sanções. Note-se que estamos falando da única razão legítima para a existência do Estado: a universalização dos direitos fundamentais. Se não entendermos que devem entrar em ação mecanismos para exigir o cumprimento desta função, poder-se-á dizer que abdicamos do valor do Estado, de sua contribuição para uma convivência social em que cada um possa exercer a sua condição humana. Para quem entender, como nós, que é necessário ao Estado desempenhar esta fundamental missão, esperamos ter lançado algumas luzes.

VI – Referências bibliográficas

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In: Revista de Direito Administrativo*. Nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 67-80.

ARENHART, S. C. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 08.04.2007.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista Diálogo Jurídico*. No. 15. Salvador: jan-mar 2007.

BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

¹⁷ Sobre o conteúdo e alcance destas conseqüências e os instrumentos processuais disponíveis, ver nosso artigo “Instrumentos processuais de controle da omissão inconstitucional” – no prelo.

BERCOVICI, G. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, pág. 171-183.

BIGOLIN, G. “A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais”. *In: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm*

CARBONELL, M. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. *In: Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>. Consulta em 23.01.2007.

CLÈVE, C. M. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, pág. 289-300.

GRAU, E. R. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *In: Revista Trimestral de Direito Público* nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 130-148.

KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

PUENTE, M. G. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1997.

SILVA, J. P.. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. (Portugal), Universidade Católica, 2003.

SILVA, S. A. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49.