

NATUREZA DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS: POR UMA CLASSIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NECESSIDADES PÚBLICAS

Pedro Germano dos Anjos*

RESUMO

O artigo analisa o exercício do poder estatal no que concerne ao atendimento das necessidades públicas ínsitas na Constituição Federal de 1988, bem como as infraconstitucionais, através da escolha regrada constitucionalmente e no nível orçamentário, ao tempo em que as expõe como produto do movimento *neoconstitucionalista* atual, ou seja, como opções políticas dirigidas ao Poder Executivo de qualquer unidade da Federação. É ressaltado que aquelas podem ser classificadas de acordo com o critério da importância valorativa constitucional, no que se refere aos deveres constitucionais do Estado, como os direitos fundamentais sociais, a proteção da família, da criança e do adolescente, entre outros. A partir da Jurisprudência pátria e de doutrina abalizada, é apresentado um rol de necessidades públicas, com o fito de investigar a exigibilidade das mesmas, com vistas à efetividade de direitos constitucionais e ao exercício ilibado da Administração Pública, bem como combater a alocação excessiva de recursos públicos em dotações que visem a necessidades públicas que não contribuam de modo efetivo ao mínimo vital da sociedade e com a utilidade das relações humanas. Conceitos como o mínimo vital, utilidade social e aspecto deontológico das normas constitucionais são debatidos, com a finalidade do convencimento de que cabe à Administração Pública a efetiva implementação de certas necessidades públicas, podendo ser constrangida juridicamente a fazê-lo, por exigência constitucional e jurídica.

PALAVRAS CHAVE: ORÇAMENTO PÚBLICO; NECESSIDADES PÚBLICAS; DEVERES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO; DIREITOS SOCIAIS; MÍNIMO VITAL.

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC/BA, Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

ABSTRACT

This article analyses the exercise of Power by the State specifically in relation to the public needs exposed at the National Brazilian Constitution of 1988, as well at infra-constitutional laws, through constitutional ruled chooses of Executive's Power in the Appropriation Act. At the same time, the author exposes those chooses as a consequence of the *neoconstitutionalism* of nowadays, in the form of public policy considerations embraced on constitutional options for the Executive Power of anyone of national entities. In the other way, those constitutional needs may be classified on the terms of the constitutional valuation importance and hierarchy, in relation to State's overall duties, like social rights, family's and children protection, and others. By the law cases and law's doctrine analyze, the author attempt to show a public needs cast, aim to investigate it's claim in the Court. However, discuss the claim of constitutional rights and the right exercise of Administration on public policy considerations, and also the justice of the public money's allocation leading to the minimum vital of the human being and to the social utility. Terms like minimum vital, social utility and deontic aspect of constitutional norms are discussed, with the objective to convince that the public needs' implement is Administration duty, even if this need requires a positive installment, what open the possibility of a new judicial review that the State may be demand for that.

KEYWORDS: APPROPRIATION ACT; PUBLIC NEEDS; STATE'S CONSTITUTIONAL DUTIES; SOCIAL RIGHTS; VITAL MINIMUM.

INTRODUÇÃO

O Estado, como organização social preordenada a certos fins, desenvolve uma série de atividades de naturezas diversas. É um fenômeno tão complexo que as funções as quais se incumbe devem ser repartidas, com vistas ao melhor atendimento das necessidades públicas, entendidas essas como a finalidade precípua do Estado.

Para tanto o Estado exerce *atividade financeira*, entendida por Aliomar Baleeiro como a consistente em “obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às

necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu a outras pessoas de direito público”.¹

Refere-se o professor às necessidades públicas, cuja satisfação o Estado sempre avoca, mas assumindo a execução por si mesmo ou cometendo a outras pessoas de direito público (Administração Indireta). Vale observar, ademais, que atualmente o ordenamento jurídico permite a delegação de serviço público, em que pessoas de direito privado exercem função pública.

No entanto, no que se refere à escolha das “necessidades-alvo” do Estado em certo período, observa-se que apenas o Poder Executivo é incumbido formalmente de realizá-la. Diz José Souto Maior Borges² que:

[...] variáveis motivos políticos e que não podem ser determinados *a priori* comandam a atuação do Estado no sentido de promover a satisfação de certas necessidades coletivas, exercendo os governos uma série constante de opções das necessidades sociais a serem satisfeitas pela rede de serviços públicos.

Nessa esteira, também Aliomar Baleeiro³:

Determinar quais as necessidades de um grupo social a serem satisfeitas por meio do serviço público, e, portanto, pelo processo da despesa pública, ressalvada a hipótese de concessão, constitui missão dos órgãos políticos e questão essencialmente política.

De qualquer modo, conforme a ordem constitucional vigente, os trechos colacionados acima têm razão em dois sentidos: *pelo primeiro*, a Constituição Federal prescreve obrigações de fazer ao Estado, como obrigações mínimas a cumprir, voltadas ao atendimento das necessidades públicas;⁴ *em segundo sentido*, o administrador deve proceder à realização de um planejamento orçamentário, a fim de satisfazer necessidades da população governada, especificamente (art. 165, C.F.).

Em ambos os sentidos, pois, a decisão de escolha das necessidades está contida no âmbito político, mas em duas dimensões diferentes, embora complementares. Por um lado, a Assembléia Geral Constituinte e o Poder Constituinte derivado já procederam a

¹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 16ª Ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

² BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 13/14.

³ BALEEIRO, *Op. Cit.*, p. 78.

⁴ Como exemplo máximo, o artigo 6º de nossa Constituição. Sobre deveres explícitos do Estado, têm-se os artigos 205 (Educação), 215 (Cultura), 217 (Desporto), 225 (Meio Ambiente), 226 (Família), 227 (Criança e Adolescente) e 230 (Idoso).

uma escolha geral, chegando a necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, em qualquer período da história.

De outro lado, há o planejamento orçamentário ‘específico’, em que o Chefe do Poder Executivo tem a iniciativa (e após, o veto) e o órgão Legislativo vota e aprova as leis orçamentárias. Nesse diapasão, constitui-se a feitura da lei do orçamento um processo complexo, com o fito de representar a vontade popular local de modo efetivo, em busca de necessidades peculiares.

É forçoso considerar, no entanto, que o Ente Federativo não pode se afastar das necessidades-alvo da Constituição Federal, pois os deveres estatais nela insertos fazem parte de um programa geral para todo o país.

Diante do exposto, observa-se que para fazer face à satisfação das necessidades sociais o Poder Executivo tem obrigações pré-determinadas pela Carta Magna e leis ordinárias consentâneas.

As dotações correlacionadas com tais obrigações são, a bem de ver, *dotações com força constitucional*, ou seja, uma vez contempladas na Lei orçamentária, obrigam o Poder Público, pois são superiores às demais.

Ana Paula de Barcellos⁵ ensina que houve um

[...] processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega [...].

Esse processo histórico, denominado *neoconstitucionalismo*, segundo a autora resultou na caracterização da Constituição como documento imperativo, dotado de normatividade, superioridade e centralidade.

Identifique-se nesse ínterim que toda obrigação constitucional do Estado requer a previsão e a execução de dotações específicas, necessárias a todo instrumento orçamentário, sob pena de inconstitucionalidade.

As dotações, portanto, podem ser de dois matizes, de acordo com a força normativa em que se baseiam: podem ter força normativa derivada da Constituição,

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007, p. 02.

quando serão *dotações com força constitucional*; ou força normativa derivada dos demais atos normativos, quais sejam, *dotações subordinadas*.

Óbvio que a escolha das dotações segue a pauta de escolha das necessidades, pela relação funcional das primeiras em prol das últimas. Assim, urge a necessidade de se classificar as necessidades e por conseqüência as respectivas dotações, com o fito de se aclarar o problema da má escolha “administrativa”, o que traz conseqüências para a efetividade dos direitos fundamentais.

1. CLASSIFICAÇÃO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS

Na Revolução paradigmática de 1789, reconheceram-se os Direitos do Homem e do Cidadão do ponto de vista liberal, ou seja, enfatizando-se as liberdades públicas dos indivíduos em face do Estado⁶.

Esse movimento é conhecido por constitucionalismo e pode ser resumido como o processo que culminou na subordinação dos governantes a um documento com maior legitimidade que eles próprios, para determinar a organização do Estado e o espaço de liberdade dos indivíduos e suas relações.

Por outro lado, o movimento sócio-democrático iniciado em resposta ao *capitalismo selvagem* e à quebra da Bolsa de Nova Iorque trouxe a preocupação social à tona, no sentido de destinar ao Estado o dever de zelar pela vida de seus cidadãos, passando a intervir na Economia quando necessário.

O documento corolário do liberalismo foi a Constituição da França, de 1791. Já em relação ao Estado do Bem Estar social, tem-se a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919.

Em síntese, José Afonso da Silva⁷ aduz:

Aliás, as declarações de direito do século XX procuram consubstanciar duas idéias fundamentais: *universalismo*, implícito já na Declaração francesa de 1789, e *socialismo* (tomada essa expressão em sentido amplo, ligado ao social, e não técnico-científico), com a extensão do número dos direitos reconhecidos, o surgimento dos *direitos sociais*, uma inclinação ao condicionamento dos direitos de propriedade e dos demais direitos individuais, propensão que refletiu no Direito Constitucional contemporâneo.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158.

⁷ *Idem*, p. 162.

Assim, o movimento constitucionalista atual, denominado de *neoconstitucionalismo*, propugna a incorporação, pelas Cartas dos Estados, de opções políticas dirigidas à proteção dos direitos fundamentais⁸, em resposta à possibilidade efetivada pelo nazismo e fascismo de deturpar discursivamente os direitos positivados em uma Constituição a fim de cometerem violações genocidas.

Observe-se que historicamente os “constitucionalismos” foram respostas a situações de opressão aos seres humanos, avançando desde o simples reconhecimento em documentos (a mera *folha de papel* de Lassale) para a tentativa de construção objetiva da efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente (*força normativa da Constituição* de Konrad Hesse).

E tal busca pela efetividade dos direitos fundamentais se dá pelo reconhecimento constitucional de valores e opções políticas, como também preceitua Ana Paula de Barcellos⁹:

As constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente ligados a valores – associados, em particular, a dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação).

Tais valores e opções políticas, nesse passo, influenciaram as Assembléias Constituintes a elencarem por si mesmas as necessidades básicas as quais todo ente federativo, em cada Estado, deve perseguir.

Com a nossa Carta Magna, nascida já no segundo movimento constitucionalista, tal não foi diferente. Inúmeras disposições estipulam desde *deveres do Estado* e prioridades políticas, até vinculação material de determinadas receitas e limites objetivos à execução orçamentária (como o art. 34, VII, *e*).

Em vista disso, é possível apontar uma razoável classificação das necessidades públicas do Estado Brasileiro, com base em critérios materiais e constitucionais, e com o intuito máximo de identificar as dotações *com força constitucional*, cuja prevalência nos processos de preferência das leis orçamentárias urge para o desenvolvimento do Estado brasileiro.

⁸ BARCELLOS, *Op. Cit.*, p. 04.

⁹ *Idem*, p. 04.

Preconiza-se nesse trabalho que o Estado tem *dever* de atuação pré-determinada a fins sociais, os quais valorados pela Constituição de forma mínima, sendo impostos a todos os entes federativos. Nesse sentido, não apenas os direitos *negativos*, mas também os *positivos*, são exigíveis do Estado.

De qualquer modo, aqui foi dito que a Assembléia Geral Constituinte e o Poder Constituinte derivado já procederam a uma escolha geral, chegando às necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, de forma atemporal.

Pois bem, diante do quadro de necessidades ínsito na Carta Magna, pode ser construída uma classificação das mesmas, condizente com a efetividade de direitos prestacionais. Saliente-se, mais uma vez, que os direitos de primeira dimensão (liberdades públicas) são *negativos*. Assim, são próprios do indivíduo, sendo a tutela jurisdicional individual a mais efetiva a protegê-los.

No caso dos direitos prestacionais, no entanto, já que derivam de necessidades públicas por serem “sociais e econômicos” e estão na dimensão dos interesses da coletividade, o instrumento de efetividade deve ser diferente, por serem *positivos*.

Nesse sentido, pela análise da Constituição e das relações da vida, são identificados três gêneros de necessidades públicas, as quais ensejam uma hierarquia no sentido de vincularem maior dispêndio público, em gradação de importância, quais sejam, as necessidades públicas *stricto sensu*, as *úteis* e as *de possibilidade regradada*.

Ressalte-se, desde logo, que não há subsidiariedade entre os tipos de necessidades públicas, de modo que a Administração estaria autorizada a satisfazer, durante o mesmo período, todos os tipos. No entanto, e esse é o objetivo da presente classificação, o montante a ser reservado para cada um dos tipos deve seguir a ordem decrescente de apresentação nesse trabalho monográfico.

Nesse sentido, a maioria dos gastos públicos idealmente devem se voltar ao atendimento de necessidades *stricto sensu* básicas, sendo até excluídas as de possibilidade regradada quando não atendidas aquelas satisfatoriamente.

1.1. NECESSIDADES PÚBLICAS *STRICTO SENSU*

As necessidades públicas *stricto sensu* são necessidades fundamentais da sociedade que devem ser satisfeitas pelo Estado Democrático, as quais em larga escala

se referem à sua própria manutenção. Sabe-se que o exercício da cidadania só é materialmente alcançado quando os nacionais possuem condições mínimas de sobrevivência.

No pensamento de que o indivíduo necessita da prestação do Estado para se transformar em agente de sua própria mudança, vale ter em conta a conclusão do prêmio Nobel de Economia do ano de 1998, Amartya Sen, pertencente ao ramo da “Economia ética”.¹⁰

Aduz o referido economista que a pobreza econômica rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico.

Cabe ao Estado, pois, prestar tais elementos mínimos aos seus cidadãos que não podem ter por si mesmos, por variados motivos, seja através de Assistência Social, seja por satisfações a direitos prestacionais.

Ressalte-se que se constituir agente de sua própria mudança é elemento do exercício da cidadania, que se materializa na possibilidade de um indivíduo dar expansão ao seu desenvolvimento integral, inclusive no que toca à relação política, mas sem se exaurir na possibilidade de “votar e ser votado”, como alguns supõem.

Desse modo, as necessidades públicas *stricto sensu* possuem vinculação estrita com o mínimo existencial da pessoa humana, entendido esse, inclusive, como único meio de estabelecimento da verdadeira democracia e, mesmo, da liberdade.

Nesse sentido também é Ana Paula de Barcellos, lastreada por autores como Jürgen Habermas e Juan Carlos Bayón:

Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.¹¹

¹⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

¹¹ BARCELLOS, *Op. Cit.*, p. 08.

O mínimo existencial deve ser entendido como pressuposto da vida humana, constituindo-se como pauta a ser preenchida pelo legislador e pelo administrador, de acordo com a sociedade dada. É o que raciocina Regina Helena Costa:

A fixação do ‘mínimo vital’, destarte, variará de acordo com o conceito que se tiver de necessidades básicas. O problema é tormentoso, pois concerne à decisão política do legislador. Este deverá basear-se, à falta de normas constitucionais específicas, no que, numa sociedade dada, razoavelmente se reputar ‘necessidades fundamentais do indivíduo e de sua família [...] O conceito de mínimo vital, portanto, varia no tempo e no espaço.’¹²

Porém, sabe-se que a Constituição, derivada do movimento neoconstitucionalista, como já bem salientado por Ana Paula de Barcellos, já procedeu a escolhas básicas, demarcando limites à discricionariedade administrativa em reconhecê-las nos documentos orçamentários (são as normas constitucionais específicas apontadas por Regina Helena Costa acima como inexistentes).

Ademais, tal incorporação constitucional se evidencia também no que concerne à fixação de salário mínimo e do salário-base de previdência social, conforme aludiu uma decisão do STJ¹³, acerca do mínimo vital que tais benefícios devem satisfazer.

Resta salientar que, incorporando opções políticas, a Constituição delimita o âmbito de variação temporal-espacial do conceito de mínimo vital, devendo o administrador e os legisladores com poder decorrente apenas se posicionarem nesse *iter* constitucional.

Embora o conceito de mínimo vital seja considerado como indeterminado, é possível identificar a essência conceitual de acordo com a Constituição e, sobretudo, com a atuação material de parâmetros, notadamente o da proporcionalidade e da análise conjunta com a reserva do possível.

Mas, por ora, assinala-se que, através de tais normas constitucionais, que ao contrário do que se pensa são explícitas na Constituição e “não-programáticas”, as necessidades *stricto sensu* podem ser racionalizadas e identificadas, cabendo subdividi-las em *emergenciais* e *básicas*.

Primeiramente, as necessidades públicas básicas. A nossa Lei Maior prescreve *deveres do Estado* nos artigos 205, 215, 217, 225 a 227 e 230, respectivamente quanto a

¹² COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

¹³ REsp 263697 / AL. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgamento: 19/09/2000. DJ 18.12.2000.

proporcionar Educação, Cultura, Desporto e um Meio Ambiente equilibrado e *pari passu* a proteger a instituição Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso.

Por outro lado, o artigo sexto resume os direitos sociais:

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

Assim, há que se apontar que a Lei Maior elegeu como valores a Educação, a Saúde, a Cultura, o Desporto, o Meio Ambiente, a Família e a proteção dos entes frágeis (criança, adolescente e idoso), indicando-os como *deveres do Estado de Direito*.

São valores que se consubstanciam como objetivos estatais e, logo, da Administração, em cada período de governo. Tais deveres são nada menos que os valores sociais e opções políticas apontados pela Constituição Federal e dirigidos a todos os entes federativos, em qualquer tempo, sob qualquer Administrador.

Prova disso é o quanto estatuído como competência de todos os entes federativos, no art 23, da Constituição, notadamente os incisos II, V a X e XII, além da competência especial do Município, no art. 30, nos incisos V a VII.

Note-se, e é importante frisar, que no art. 30, o inc. V prescreve competência municipal em “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

Ora, se o transporte coletivo é tido como serviço público essencial, o que dizer dos serviços de saúde e educação, por exemplo? Habitação e fornecimento de água e esgoto? Analisemos um exemplo de necessidade pública básica para aclarar a essencialidade de algumas opções políticas as quais a Constituição determina como dever estatal: saneamento básico urbano.

O dever do Estado no que concerne ao saneamento resta patente tanto em relação à vida digna e à Saúde dos cidadãos quanto à proteção ao Meio Ambiente equilibrado. Ainda assim, segundo estudo do IBGE (Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, 2000), apenas 33,5% dos domicílios brasileiros é atendido por rede geral de esgoto.

O atendimento chega ao seu nível mais baixo na região Norte, onde apenas 2,4% dos domicílios são atendidos, seguidos da região nordeste (14,7%), Centro-Oeste

(28,1%) e Sul (22,5%). A região Sudeste apresenta o melhor índice: 53,0% dos domicílios têm rede geral de esgoto.¹⁴

Com a análise de apenas uma necessidade básica evidencia-se também a eventual “incongruência de gastos”, quando o Administrador decide realocar verbas anteriormente dispostas para suprir necessidades básicas, aplicando o dinheiro público em praças e ginásios de esportes, por exemplo, ou seja, necessidades de utilidade inferior às básicas aqui referidas. Embora o desporto seja uma necessidade básica *strictu sensu*, verifica-se racionalmente que é de importância menor se comparada ao saneamento, medida específica de saúde pública, a qual proporciona o próprio desporto, vez que previne a saúde dos atletas da comunidade.

De qualquer modo, não constitui novidade alguma a identificação de deveres Estatais impostos pela Carta Magna. O que não se estudou ainda foram a sua sistematicidade e possibilidade de exigência jurídica, como dever jurídico.

Apenas o estudo do neoconstitucionalismo permite que concordemos com a possibilidade constitucional de exigibilidade jurídica dos direitos prestacionais, *sob certo procedimento coletivo*. Interessante notar, por outro lado, que há regulamentações infraconstitucionais para tanto, o que confirma a idéia da sua exigibilidade.

Bem verdade que em diversos casos não se necessita de especificidade concreta, mas fato é que há deveres do Estado também estão previstos *infra constitucione*, seguindo o seu rastro de proteger o mínimo vital, como é o caso da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), a Lei nº 8.080/90 (art. 6º da Constituição Federal); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (art. 206 da C.F.); a Lei nº. 8.069/90; a Lei nº. 10.741/03; a Lei 6.938/81; a Lei nº 8.313/91 e a Lei nº 9.615/1998.

Ainda temos o Código Civil, em seu Título IV que, ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente, busca em inúmeros artigos proteger e promover a família, instituição considerada a base da sociedade pela Constituição.

Ademais, pode-se dizer que a Jurisprudência pátria já evidenciou certa tendência em identificar valores instituídos pela Lei Fundamental e, com isso, tornar a prestação

¹⁴ Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000 – IBGE.

do Estado exigível, em diversos casos. Primeiramente, vale analisar a ADI-MC 1458/DF, que discutiu o salário mínimo, tal qual admitido pela Constituição.¹⁵

Nela, expõe-se que o desrespeito à Constituição pelo Poder Público pode ocorrer tanto mediante ação estatal quanto por inércia governamental. A inconstitucionalidade será por ação ou omissão, sendo que nessa última há abstenção de “cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs [ao ente público]”, incidindo em violação negativa do texto constitucional. Ainda explica o relator Celso de Mello que esse *non facere* pode ser “total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.”

A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - **para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva** destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, [...] o valor intrínseco dessa remuneração básica [**grifos nossos**].

Claro está, assim, que o movimento *neoconstitucionalista* influenciou a feitura da Constituição, pois o seu programa social é nítido, dirigido ao Estado, ao qual se incumbe de realizá-lo prontamente.

Vale acrescentar que na mesma decisão o Supremo aduz: ao dever de legislar imposto ao Poder Público, corresponde o “direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as *necessidades vitais básicas* individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo”.

Verifica-se que o critério usado – necessidades básicas, mínimo vital – ainda não está sistematizado (problema que esse estudo visa combater), mas já é vislumbrado o caráter *vinculante* dos direitos sociais constitucionais em sede de *dever* do Estado.

Na esteira do dever do Estado exigível, não se pode deixar de colacionar interessante decisão monocrática do Ministro Eros Roberto Grau:¹⁶

[...] 8. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. **É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa impede que o Poder Público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição do Brasil.** [...] [**grifos nossos**].

¹⁵ ADI-MC 1458 / DF, Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 23/05/1996. DJ 20-09-1996.

¹⁶ RE 293412/SP – Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 15/04/2006. Publicação DJ 29/05/2006.

Como visto, a Administração não pode se esquivar de atuar os direitos sociais, do contrário a Constituição se desvirtua para um documento de mínima força normativa. Ao revés do pensamento estritamente positivista, há valores (nesse caso, os sociais) racionalizáveis, de modo a serem apontados abstratamente por normas constitucionais e concretizadas pelos instrumentos normativos específicos de cada ente (orçamentos públicos) e por medidas concretas (execução de despesas orçamentárias).

Segue o mesmo raciocínio o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷:

[...] Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. [...] [grifos nossos].

Infere-se que os ‘valores em nível elevadíssimo’ seriam os referentes à vida digna dos indivíduos e, assim, os valores improcrastináveis da Administração (os deveres do Estado) se ligam ao mínimo existencial.

Nesse sentido, as necessidades estudadas são denominadas *básicas*, pois se referem a um mínimo existencial, quando não de sobrevivência física, de sobrevivência espiritual (no sentido de vida digna). Ademais, por sua natureza mínima se sobrepõem a todas as outras necessidades sociais (“não-básicas”) e não podem ser procrastinadas, sob pena de falência do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que até os dias atuais o fracasso de um Estado se refere ao desrespeito aos direitos civis e políticos, tendo os documentos internacionais se debruçado sobre a proteção desses com maior voracidade: a liberdade de locomoção, o devido processo legal, a não-discriminação, a tolerância, a iniciativa privada, a liberdade de voto, o respeito à propriedade, e assim por diante.

Com o movimento *neoconstitucionalista*, porém, os parâmetros de tal juízo de valor foram alterados, alargando-se o objeto considerado para abarcar também o efetivo cumprimento dos deveres estatais prestacionais, como o atendimento especializado à criança e ao adolescente, a educação de qualidade, a saúde com acesso universal, e assim por diante.

¹⁷ TJRS, Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 596017897. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgamento em 12/03/1997.

1.1.2. NECESSIDADES PÚBLICAS *STRICTO SENSU* EMERGENCIAIS

Em segundo lugar, há as necessidades públicas emergenciais. O estado de emergência constitui um conceito indeterminado e, de acordo com Philipp Heck,¹⁸ podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual, o primeiro atinando ao sentido quase unívoco do conceito e o segundo constituindo o sentido dúbio, ou como diz Karl Engisch, a “zona de penumbra”.

Procurando pelo núcleo conceitual, podemos raciocinar que todo fato jurídico que produz um risco para a vida da totalidade dos membros de uma comunidade, como um acidente nuclear, uma enchente, um furacão, maremoto ou tempestade, causa um estado de emergência.

O risco para a vida dos cidadãos se mostra, assim, em um dos parâmetros para se observar a existência de um estado de emergência. Note-se que os cataclismas naturais e os acidentes de grandes proporções geralmente são suas causas. A guerra, que felizmente não é comum em nossas terras, também é ente causador da emergência, seja pela dificuldade de acesso aos recursos naturais, seja pela destruição causada pelos instrumentos bélicos de grandes proporções à população civil e militar.

Cabe apenas indicar a existência de necessidades públicas *stricto sensu* emergenciais, no que se refere ao núcleo conceitual: são as necessidades públicas causadas por fatos jurídicos imprevisíveis e de conseqüências maléficas para a vida de um grupo representativo de uma comunidade, quando não para a vida dos indivíduos da comunidade inteira. O risco à vida geralmente é causado por fatos jurídicos (extrema seca, enchentes, maremotos, terremotos), podendo também ser gerado por atos (“arrastões”, depredações e guerras).

Por outro lado, são também emergenciais as despesas posteriores ao surgimento do fato/ato danoso, como as medidas de recuperação do crédito e das culturas atingidas por uma praga, projetos de irrigação emergencial para os polígonos da seca, o aterramento de zonas de desertificação, a doação de alimentos a desabrigados de enchentes, etc.

¹⁸ *Apud* ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 209.

Fica aqui registrado, mesmo assim, que as necessidades emergenciais, as quais podem ser classificadas em áreas como saúde, segurança ou educação deveriam ser amplamente custeadas com as reservas de contingência de cada área, já que criadas para isso.

1.2. NECESSIDADES DE UTILIDADE MÉDIA

Por sua vez, as necessidades públicas úteis, ao contrário das necessidades *stricto sensu*, não se referem ao mínimo existencial, mas são extraídas do conceito de utilidade, notadamente da definição de utilidade pública.

Segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, a utilidade é a qualidade que possuem as coisas que servem à satisfação das necessidades humanas, sendo a utilidade pública um “modo de ser daquilo cuja finalidade o governo reconhece como de interesse, ou benefício da coletividade, e lhe concede certas regalias ou vantagens”.¹⁹

A terminologia justifica-se para se contrapor a idéia da necessidade básica, de alta utilidade, e a necessidade de existência regrada, de baixa utilidade. Identifique-se a existência de uma necessidade pública que não é básica nem emergencial, mas que possui alguma utilidade pública, a qual, a par do outro extremo, não pode ser relegada a uma mera possibilidade regrada.

Devem-se analisar, pois, fatores úteis à comunidade como um todo, mas que vão além do mínimo existencial. Assim, vislumbra-se que não se referem à vida humana, mas propriamente às relações humanas, como a econômica, a urbana, a rural, a tecnológica, a cibernética e a religiosa.

Qualquer necessidade de utilidade média refere-se à facilitação das relações ou facilitação do acesso a essas relações. As *despesas de capital* são um belo exemplo das decorrentes de necessidades de utilidade média, pois consubstanciam investimentos públicos na área de estruturação do Estado, de funcionalização de seu aparato ou, mesmo, no investimento de títulos.

Pode-se citar como exemplos de ‘necessidade pública útil’ a construção de anéis rodoviários e viadutos, a pavimentação de ruas (ambas facilitam o tráfego municipal e a

¹⁹ MICHAELIS, *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos Ltda., 1998.

circulação de mercadorias), a reforma de prédios públicos, a restauração de prédios históricos e a construção de praças (patrimônio público e histórico).

Nesse ínterim, tudo o que for útil à comunidade, mas que não se referir à vida humana em si ou a seu desenvolvimento necessário, apenas à qualidade das relações entre indivíduos, constitui uma necessidade pública útil ou de “utilidade média”.

A facilitação do trânsito (relação tecnológica e também econômica – transporte de mercadorias), a organização do plano diretor, praças públicas sem lazer e dos loteamentos (relação urbanística e de vizinhança), o desenvolvimento de fatores de produção e a manutenção do comércio (relação econômica) são outros exemplos de necessidades de utilidade média.

Diferem-se das *stricto sensu* por não possuírem conteúdo existencial, ao passo em que não se confundem com as de possibilidade regrada por não serem apenas possíveis de acordo com o ordenamento jurídico, possuindo maior utilidade do que essas últimas. O conceito se clarificará a partir da explicação do item seguinte.

1.3. NECESSIDADES PÚBLICAS DE POSSIBILIDADE REGRADA

As necessidades de possibilidade regrada são encontradas por exclusão às notas distintivas acima especificadas, ao tempo em que são encontradas como possíveis ao Estado pela Constituição e, por vezes, em leis infraconstitucionais.

Como exemplo máximo e até com o fito de denunciar uma prática completamente abusiva por parte dos Administradores Públicos por todo o país, tem-se a publicidade da Administração, verdadeiro cantão de despesas públicas, cujo montante por diversas vezes até supera o total de despesas com educação ou saúde.

Analisando-se a Constituição, identifica-se o uso da palavra ‘publicidade’ em dois sentidos: pelo primeiro, o Estado *deve* dar publicidade aos seus atos, com o fito precípua de ser objeto de controle pelos administrados. Tal dever está explícito como “princípio” da Administração (art. 37, *caput*). Ressalte-se que tal dever se coaduna com o direito à informação, no sentido de liberdade pública, i.e., o Estado deve permitir o acesso à informação. Tal se vê em acórdão do Supremo:²⁰

²⁰ RMS 23036 / RJ. Re. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Segunda Turma. Julgamento: 28/03/2006. DJ 25-08-2006 PP-00067. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 29/09/2007.

[...] 2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. [...] 5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação. Recurso ordinário provido.

Pelo segundo sentido, *pode haver* a publicidade de programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos de determinado governo, com *restrições*, as quais se transcrevem do art. 37, §1º, da Constituição Federal:

Art. 37. [...] § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Analise-se pelo âmbito deôntico a referida norma constitucional: ao invés de se referir à publicidade dos programas como um dever estatal, a Constituição apenas permite, i.e., engendra a sua possibilidade. E vai além: claramente seu objetivo não é apenas permiti-la, mas sim restringir, limitar o modo de sua aplicação.

Decerto que não se obriga o Estado a fazê-la, o que somente se poderia inferir caso a Carta instituísse um dever jurídico do Estado em perfazer a publicidade de seus programas e resultados.

Por outro lado, pode-se dizer que a referida norma proíbe a publicidade inválida segundo as restrições impostas, ou seja, aquela que contiver símbolos que caracterizem promoção pessoal de autoridades.

O mais importante aqui, no entanto, é que não há qualquer dever estatal para a consecução da publicidade. A Lei Fundamental apenas rege a sua possibilidade. Daí dizer-se que é uma necessidade pública de mera possibilidade regrada.

Não se conforma a necessidade de possibilidade regrada com o mínimo existencial e, por outro lado, não há referência a uma utilidade pública relevante. Apenas há formatação constitucional, ou seja, regra-se a forma do ato, instituindo vícios formais a serem rechaçados.

Cabe, assim, assumir que há necessidades, como a publicidade (nesse segundo sentido engendrado) que não podem ser valorativamente superiores aos deveres do Estado para com a coletividade. Nesse passo, os custos com publicidade não podem ser

maiores que os gastos com saúde e educação públicas, sob pena de serem tidos por desproporcionais.²¹

Patente é a desproporcionalidade no que concerne à aplicação de imensos recursos em uma necessidade pública com utilidade ínfima diante dos deveres estatais. Está aqui querendo dizer o que parece óbvio: as despesas referentes à publicidade da Administração simplesmente não se impõem sobre as despesas das necessidades *stricto sensu* ou, mesmo, das de utilidade média.

Elas fazem parte de um conjunto de necessidades públicas de utilidade inferior às outras aqui apresentadas, pois não são úteis à existência humana e ao seu desenvolvimento, nem tampouco às relações entre indivíduos, caracterizando-se mais como instrumentos de simples informação à coletividade.

Note-se que tais necessidades são até mesmo dispensáveis (e nesse passo não são propriamente necessidades), pois, para ficarmos no exemplo da publicidade, a informação pelos meios concedidos administrativamente muitas vezes supre de forma eficaz a publicidade governamental.

Não se pode ter em conta, desse modo, que altas cifras sejam alocadas em tais necessidades inferiores, sob pena de se infringir a razoabilidade e a proporcionalidade, por não serem proporcionais (em sentido estrito), malgrado possam ser adequadas ou suficientes.²²

A publicidade é o exemplo extremo das necessidades de mera possibilidade regrada porque é apenas *possibilitada de certa forma* pela Constituição. Ora, isso revela o desejo intrínseco da norma em se voltar o Administrador às questões mais importantes para a coletividade e deixar de alocar imensos recursos de forma inadequada na rubrica publicitária.

No que concerne ao escalonamento existente entre necessidade básica e a publicidade, já se decidiu em sede de pedido de antecipação de efeitos da tutela.²³

²¹ Informe do próprio governo, em 2008, permite verificar a grande alocação de dinheiro público sob a rubrica genérica “publicidade institucional” ou “publicidade de utilidade pública”, sendo que a primeira supera em vários milhões de reais as várias contas da segunda. Informação disponível em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/index4.asp>>. Acesso em 26 de março de 2008.

²² Utiliza-se aqui a construção do postulado da proporcionalidade, de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 160/175.

²³ Processo nº. 2006.51.01.023830-0. Juíza Regina Coeli Medeiros De Carvalho. 18ª Vara Federal - Rio de Janeiro. Data do Julgamento: 12 de janeiro de 2007. In: **Revista Consultor Jurídico**, 16 de janeiro de 2007.

Verifico que o pedido formulado [...] visa a resguardar o bem jurídico [...], qual seja, o da adequada e satisfatória aplicação dos recursos financeiros destinados à **área de saúde**, nos termos disciplinados pela Emenda Constitucional nº. 29/2000. [...] Nesse giro, defiro parcialmente a liminar para determinar o **bloqueio das verbas previstas para a Secretaria de Comunicação Social do Estado do Rio de Janeiro, destinadas à publicidade e/ou divulgação das ações de Governo**, conforme previsão no Projeto de Lei Orçamentária para o exercício de 2007 [...]

No entanto, diga-se desde logo que outras necessidades podem ainda ser adaptadas a essa última classificação, desde que não se refiram à existência humana e às relações sociais mais relevantes. Trata-se de “cláusula aberta” a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se do quanto exposto que os precedentes históricos da feitura da Constituição Brasileira de 1988 levam ao entendimento de que ela está contida no 2º movimento constitucionalista mundial, o qual preconiza a valoração e a inserção de certos elementos políticos no documento jurídico de maior relevância (tendência já identificada por Boris Guetzévitch ainda no século passado como racionalização do poder).²⁴

Tais elementos políticos são as opções políticas para a execução de prestações positivas do Estado, já constantes no documento constitucional para orientarem e serem exigidas judicialmente frente a qualquer entidade federativa, nos rumos de sua competência.

Logo, através da análise racional da Constituição de 1988 pode-se observar um bem delimitado sistema de necessidades públicas, escalonado em três dimensões pelo critério do atendimento maior ou menor ao mínimo vital dos cidadãos. Foram denominadas *strictu sensu*, de utilidade média e de possibilidade regrada, em ordem hierárquica.

Todas elas são necessidades públicas constitucionais, mas que, em prol do exercício racional do poder, devem ser ordenadas logicamente. Tal foi o contributo que esse trabalho almejou conceder.

²⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 21-58.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site www.direitopublico.com.br. Acesso em 09/08/2007.
- BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.