

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

PEDRO HENRIQUE DA SILVA MELLO

**A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR À REALIZAÇÃO DAS DESPESAS PREVISTAS
NA LEI ORÇAMENTÁRIA COMO FORMA DE GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FACULDADE DE DIREITO
Juiz de Fora
2012**

PEDRO HENRIQUE DA SILVA MELLO

**A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR ÀS DESPESAS PREVISTAS NA LEI
ORÇAMENTÁRIA COMO FORMA DE GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para o obtenção de grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Frederico Augusto D'Avila Riani.

Juiz de Fora
2012

PEDRO HENRIQUE DA SILVA MELLO

**A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR ÀS DESPESAS PREVISTAS NA LEI
ORÇAMENTÁRIA COMO FORMA DE GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para o obtenção de grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Frederico Augusto D'Avila Riani.

BANCA EXAMINADORA:

Data: ___ / ___ / ___

Aprovada por:

Professor Dr. Frederico Augusto D'Avila Riani (orientador)

Professora Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Professora Ms. Joana de Souza Machado

Juiz de Fora

2012

A Deus, minha razão de viver, porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas. Aos meus pais e ao meu irmão, que viveram e agora realizam este sonho juntamente comigo. A Alessandra, por estar ao meu lado em todo tempo. E a todos os que acreditam na construção de uma sociedade melhor e mais justa por meio da concretização da Constituição.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que pela Sua infinita graça me leva a lugares onde eu jamais poderia imaginar chegar. Tudo o que tenho e que sou vem dEle e é para Ele. Agradeço também aos meus pais, por seu amor e apoio incondicionais. Esta vitória não é só minha, é nossa. Ao meu irmão, por seu companheirismo. A minha eterna namorada Alessandra, pelo seu carinho em todas as situações. Agradeço ainda ao meu professor e orientador Frederico Riani, pela orientação não apenas acadêmica, mas sobretudo, para as situações da vida que estão por vir. Por fim, não posso esquecer-me de meus amigos que colaboram desde o início de tudo para que enfim este momento chegasse: Flávio, Eider, Knaip, Victor Macedo, Cayle, Bruno, Vitão, e todos os meus colegas de turma.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a questão atinente à concretização dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles que demandam uma prestação positiva do Estado, por meio de um dispêndio financeiro, para sua concretização, apontando a lei orçamentária, na medida em que se revela como o principal meio de programação estatal na gestão dos recursos públicos, como um importante instrumento para este fim. Neste sentido, deverão ser levados em consideração a evolução na temática referente ao reconhecimento e à aplicabilidade dos direitos fundamentais, e no conceito do orçamento público, notadamente diante das mudanças ocorridas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por fim, pretende-se demonstrar, através de uma interpretação sistemática do texto constitucional, a necessidade de uma mudança no entendimento sobre a questão da execução orçamentária, reconhecendo-se a vinculação do administrador à realização das disposições que concretizem direitos fundamentais, de forma a conferir a máxima efetividade ao texto constitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Cláusula de aplicabilidade imediata. Orçamento público. Execução orçamentária. Impositividade. Concretização de direitos fundamentais. Máxima efetividade da Constituição.

ABSTRACT

This study aims to analyze the issue concerning the implementation of fundamental rights, especially those that require a positive provision of the state through a financial outlay for its achievement, pointing to the budget law, insofar as it reveals the main programmatically state in the management of public resources, as an important instrument for this purpose. In this sense, should be taken into account developments in thematic recognition and applicability of fundamental rights, and the concept of the public budget, especially given the changes with the advent of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. Finally, we intend to demonstrate, through a systematic interpretation of the constitutional text, the need for a shift in understanding about the issue of budget execution, recognizing the linkage administrator to implement the provisions giving effect to fundamental rights in order to give maximum effectiveness to the constitutional text.

Keywords: Fundamental Rights. Clause immediate applicability. Public budget. Budget execution. Linking. Realization of fundamental rights. Maximum effectiveness of the Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.1. Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.....	10
1.2. Reconhecimento, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais na atual ordem jurídica brasileira.....	12
CAPÍTULO II: O ORÇAMENTO PÚBLICO.....	20
2.1. Considerações iniciais.....	20
2.2. Breve histórico dos orçamentos públicos.....	20
2.3. A evolução do conceito de orçamento público.....	21
2.4. A natureza jurídica do orçamento, e sua execução.....	24
CAPÍTULO III: O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
3.1. Breves considerações iniciais.....	29
3.2. O dever do Estado de buscar incessantemente a concretização dos direitos fundamentais.....	29
3.3. O orçamento como instrumento de programação estatal na gerência de recursos públicos de forma a concretizar os direitos fundamentais, e a necessidade de mudança na forma de sua execução.....	32
3.4. Instrumentos à disposição da sociedade para exigir do Poder Público o cumprimento das disposições orçamentárias que concretizem direitos fundamentais.....	39
CONCLUSÃO.....	41
BIBLIOGRAFIA.....	43

INTRODUÇÃO

Questão que tem se apresentado deveras tormentosa atualmente, tanto aos administradores públicos, como a outros intérpretes e aplicadores do direito, é a questão relativa à concretização dos direitos fundamentais, sobretudo no campo dos chamados direitos sociais. Isto porque, conforme tradicionalmente destacado pela doutrina, tais direitos demandam uma prestação positiva do ente estatal para sua satisfação. Ocorre que, esta prestação positiva estatal demandada para a concretização de tais direitos, no mais das vezes, para não dizer sempre, requer a realização de um dispêndio financeiro por parte do Estado. Não obstante, há que se destacar também que tais direitos não são concretizados num único e determinado momento. Ao revés, são direitos que reclamam um aperfeiçoamento e uma expansão constante em sua prestação.

Eis aí então o ponto central da questão. Como se sabe, o Estado possui uma quantidade limitada de recursos financeiros para suprir uma infindável gama de necessidades de seus cidadãos. É evidente então, que as necessidades públicas não poderão ser satisfeitas todas ao mesmo tempo. Assim sendo, é mister que o administrador público utilize os recursos financeiros, de modo a concretizar o maior número de necessidades possível e da melhor maneira possível, imprimindo máxima eficácia à sua atuação.

Para atingir tal objetivo, se faz necessário uma programação por parte do administrador, onde o mesmo, sensível às condições sociais vividas no seio da sociedade em um determinado momento, eleja, dentre as diversas necessidades públicas, aquelas cuja satisfação se revele prioritária naquele dado momento.

É neste ponto que surge a temática central do presente trabalho, que busca apresentar uma alternativa a esta intrincada questão sobre a concretização dos direitos fundamentais.

Sabe-se que as leis orçamentárias são o principal instrumento governamental na programação para utilização dos recursos públicos. É através delas que o administrador público elenca seus planos de governos, traçando os objetivos a serem alcançados e as formas como pretende alcançá-los. São elas um instrumento por meio do qual o Estado se programa para melhor utilização dos escassos recursos diante de uma infinidade de necessidades públicas.

Desta feita, o objetivo deste trabalho será demonstrar como a questão da execução orçamentária pode ser associada à maior ou menor concretização dos direitos

fundamentais, conforme a natureza que se entenda possuir as leis orçamentárias, e, conseqüentemente, sua execução pelos administradores públicos.

Por meio de uma interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, pretende-se proceder à uma reinterpretação da natureza jurídica da execução da lei orçamentária, buscando enquadrá-la como um verdadeiro instrumento para a efetiva concretização daqueles direitos fundamentais que demandam uma prestação positiva do Estado.

Assentadas as premissas de que este trabalho pretende se valer, cumpre-nos agora adentrar no aprofundamento da questão. Para tal, importa que se faça primeiramente uma análise da evolução histórica no reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo as repercussões trazidas pelo advento da Constituição Federal de 1988, tanto no reconhecimento como na aplicação e efetivação dos direitos fundamentais nela previstos, tema que é objeto do próximo capítulo.

Capítulo I - A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 - Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais

As Constituições, como instrumento de organização política de uma determinada comunidade, não são privilégio dos Estados modernos. Ao contrário, como sustenta Karl Loewenstein¹, a origem do constitucionalismo remonta ao povo hebreu, para o qual o governante não possuía poder absoluto, sendo limitado pela lei do Senhor. Assim sendo, é possível perceber que, em todas as sociedades politicamente organizadas, sempre existiu uma Constituição, entendida como um conjunto de normas, escritas ou não, que dizem respeito à organização política de uma sociedade².

Contudo, é partir do chamado constitucionalismo moderno, o qual atingiu seu ápice com a promulgação das Constituições escritas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), que as Constituições ganharam contornos e aspectos mais amplos e próximos daqueles que hoje apresentam. A partir de então, passaram a serem vistas não apenas como instrumentos de organização política dos Estados, mas também de limitação do poder estatal, através de positivação de um rol de direitos e garantias fundamentais que vinculam os detentores do poder à sua garantia e respeito.

Sobre o tema, valiosa a lição de Dirley da Cunha Jr.³, para o qual:

o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Quer dizer, qualifica-se como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, sendo temas centrais do constitucionalismo, portanto, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. Cuida-se de um movimento político e jurídico que visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.

Eis então a valiosa contribuição do constitucionalismo moderno, ao reconhecer nas Constituições, sobretudo naquelas escritas e rígidas, não apenas um instrumento de organização do poder político estatal, mas também de limitação do mesmo por meio do reconhecimento de uma série de valores e direitos, que pela sua relevância no âmbito de uma dada sociedade, são elevados à condição de fundamentais. E, por isto mesmo, devem estar positivados no texto constitucional, a fim de vincular todo o exercício do poder estatal.

1 KARL LOEWENSTEIN, **Teoria de la Constitución**, p. 154, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2012, p.31.

2 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2012, p.31.

3 *Idem*, p 36.

Neste primeiro momento histórico, os direitos considerados fundamentais eram aqueles relacionados tão somente com as liberdades do cidadão, como a liberdade de opinião, liberdade religiosa, liberdade contratual, etc. Ou seja, exigia-se do Estado tão somente um *non-facere*, uma abstenção de interferência nas liberdades públicas, devendo agir como um garantidor do *status quo* vigente no seio da sociedade.

Contudo, o passar dos anos foi demonstrando que a tutela constitucional dos direitos fundamentais não poderia restringir-se àqueles direitos relacionados às liberdades públicas, e que, tampouco, a atuação estatal poderia ser limitada à garantia da manutenção do *status quo* existente na sociedade. Apesar de alguns movimentos sociais existentes no século XIX, foi a partir do século XX, que restou evidente o fracasso do Estado liberal em promover uma significativa melhoria nas condições materiais de vida da maior parte da população.

Surge então a necessidade de que o Estado abandone suas postura absentéista, passando a intervir no âmbito social a fim de promover a igualdade de condições materiais entre seus cidadãos. E assim, viu-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social, intervencionista, com o reconhecimento da necessidade de intervenção estatal na sociedade, por meio de diversas prestações positivas. A partir de então, os chamados direitos sociais – porque tendentes a promover uma melhoria nas condições sociais dos seus destinatários –, passaram a constar do rol de direitos fundamentais, que antes era ocupado tão somente pelos direitos de liberdade.

Apesar disso tudo, a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo a partir deste momento, com a previsão de direitos que demandam uma prestação positiva do Estado, ainda restava muitas vezes frustrada, devido ao predomínio do positivismo jurídico, no qual a lei figurava no centro do universo jurídico. Havia um culto à figura do legislador e uma absoluta separação entre norma e valor, sendo que a lei deveria ser cumprida tão somente por ser emanada de uma autoridade competente, independentemente de seu conteúdo. A Constituição restava então relegada a um papel secundário, vista tão somente como instrumento de limitação do poder estatal.

Porém, foi sob a égide do positivismo jurídico que se viu acontecer as mais sistemáticas violações aos direitos fundamentais, praticadas por regimes totalitários, como aquelas ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial. Diante disto, surgiu em meados do século XX o movimento que restou denominado de *Neoconstitucionalismo*⁴, a partir do qual as

4 Não obstante as várias concepções doutrinárias a respeito do tema, o presente trabalho adota aquela que vê no neoconstitucionalismo um movimento que reforça a força normativa e a supremacia do texto constitucional, na medida em que busca conferir maior eficácia à Constituição, através da previsão de valores especialmente ligados à

Constituições alcançam o posto de norma fundamental dentro do sistema jurídico.

É a partir de então, que passam elas a preverem valores e programas a serem obedecidos pelos órgãos estatais, como forma de não apenas manter o *status quo* existente na sociedade, mas de ser um instrumento de transformação social, objetivando promover o bem comum. Desta forma, por ser a norma mais importante dentro do sistema jurídico, a Constituição passa a ser dotada de uma força vinculante que se irradia por todos os cantos do sistema jurídico. Por esta razão, torna-se também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, de sorte que qualquer norma que com ela se contraste, seja formal ou materialmente, há de ser considerada inválida.

Assim, com o advento do *Neoconstitucionalismo*, as Constituições têm reforçada a sua posição de primazia na ordem jurídica, com o reconhecimento de sua supremacia não apenas formal e hierárquica, mas sobretudo, material e axiológica. Ou seja, a Lei e o Princípio da Legalidade passam a ocupar a periferia do ordenamento jurídico, passando o seu centro a ser ocupado pela Constituição.

Neste contexto, os direitos fundamentais adquiriram maior relevância ainda, deixando de serem meras recomendações ao Poder Público, passando a vincular toda ação estatal, a qual deve se pautar na concretização dos mesmos, seja por meio de uma postura absenteísta, seja através de prestações positivas, conforme a natureza de cada um dos direitos garantidos no texto constitucional.

E a importância adquirida pelos direitos fundamentais foi de tal maneira, que as Constituições passaram a prever a responsabilidade dos agentes estatais não apenas quando atentassem contra tais direitos comissivamente, mas também quando, por meio de sua inércia, deixassem de garantir aos cidadãos as condições necessárias à fruição de um determinado direito previsto constitucionalmente.

Logo, a concretização dos direitos fundamentais deixa de ser uma opção dos detentores do poder político, passando a ser elemento legitimador de suas ações, sob pena de incidirem em inconstitucionalidade, seja na modalidade comissiva, ou mesmo por meio de uma omissão do Poder Público.

1.2 - Reconhecimento, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais na atual ordem jurídica brasileira.

promoção da dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos fundamentais. Ou seja, utiliza-se a expressão neoconstitucionalismo aqui para designar o movimento que realçou a posição de superioridade das Constituições não apenas por se tratarem do instrumento de limitação do poder estatal, mas, - e aqui reside o principal - pelo fato de sua carga axiológica, o que traz como consequência uma maior preocupação deste movimento com a eficácia dos textos constitucionais.

Foi neste contexto do *neoconstitucionalismo* que promulgou-se, em 5 de outubro de 1988, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, com a qual, se viu reconhecida como nunca antes em toda a história constitucional deste país, a supremacia da Constituição.

Também trouxe consigo um extenso rol de direitos a serem reconhecidos aos cidadãos e garantidos pelo Estado, como jamais se viu. Seu objetivo não era apenas romper com a ordem jurídica anterior, mas, para além disto, objetivava inaugurar uma nova ordem jurídica que se revelasse realmente apta a promover as transformações a que tanto ansiava o povo brasileiro, seja na seara política, econômica ou social. Por isto mesmo, se revestiu ela de elevada legitimidade, garantindo assim o reconhecimento de sua força normativa.

Ciente de sua missão de promulgar uma Constituição que fosse um verdadeiro instrumento de transformação política e social, apta a efetivamente realizar as mudanças necessárias no seio da sociedade brasileira, o constituinte de 1988 fixou diversos objetivos a serem alcançados pelo Estado, e traçou programas a serem cumpridos para o cumprimento dos mesmos.

No campo dos direitos fundamentais, não se limitou a restabelecer as liberdades públicas suprimidas no regime anterior, mas também previu diversos direitos de cunho social, econômico e cultural. E, para garantir que os direitos nela consagrados não se tornassem meras promessas ou recomendações ao Poder Público, instituiu diversos instrumentos hábeis a proporcionar seu efetivo cumprimento, como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os remédios constitucionais, o controle de constitucionalidade dos atos do poder público, inclusive das omissões estatais, dentre outros.

Desta forma, os direitos fundamentais se revelam como meio para o alcance dos objetivos previstos constitucionalmente, de tal forma que, sua observância pelo Poder Público passa a ser mais do que obrigatória, tornando-se em parâmetro para aferição de legitimidade e juridicidade de toda atuação dos agentes estatais.

Neste contexto, importante destacar a previsão contida no §1º do art. 5º da Constituição Federal, onde se lê que “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata*”. Na busca pelo sentido deste dispositivo constitucional, há quem acredite que o mesmo contém previsão inútil, obsoleta, pois a disposição ali contida não pode atentar contra a natureza das coisas. Para os que assim

pensam, os direitos fundamentais somente poderão ter aplicabilidade imediata quando a própria norma constitucional que os consagrar contiver todos os elementos necessários à sua plena e imediata aplicação⁵.

É bem verdade, que dentre os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, existe alguns que, pela sua natureza e função, já possuem elementos suficientes à sua plena e imediata aplicação, enquanto que outros possuem um grau de eficácia reduzida. Isto é, ao mesmo tempo em que o texto constitucional prevê direitos que já podem ser diretamente aplicados, sem demandar qualquer integração legislativa ou administrativa, existem também direitos que reclamam ora a atuação do legislador, ora a atuação do administrador.

Todavia, com a devida vênua aos que sustentam tal pensamento, esta não parece ser a melhor exegese a ser aplicada ao dispositivo em comento, e diversos são os motivos para assim crer.

Em primeiro lugar porque, de acordo com o princípio hermenêutico da máxima efetividade, ao interpretar as normas constitucionais, o intérprete deverá atribuir às mesmas o sentido que lhes confirma a maior efetividade possível, de forma a extrair dela todas as suas potencialidades. Logo, negar conteúdo ou utilidade à previsão do §1º do art. 5º é ignorar um princípio básico de hermenêutica constitucional, atentando, aí sim, contra a natureza jurídica das normas constitucionais.

Em segundo lugar, porque o referido dispositivo traz consigo duas importantes conclusões. A primeira, é a de que os direitos fundamentais que já encontrem no texto constitucional todos os elementos necessários à sua imediata aplicação devem ser imediatamente aplicados, independentemente de qualquer providência do legislador ou do administrador. Ou seja, quando o próprio texto constitucional fornecer os elementos necessários à imediata aplicabilidade de um determinado direito fundamental, não pode o Estado recusá-la sob a alegação de não haver regulamentação legislativa ou administrativa. Admitir o contrário implicaria em sobreposição da lei à própria Constituição, numa nítida e inadmissível inversão de valores hierárquicos na pirâmide normativa.

A segunda conclusão é a de que, para os direitos fundamentais que reclamem ora a atuação do legislador, ora a atuação do administrador, não há qualquer possibilidade destes deliberarem sobre a conveniência de se satisfazer à exigência constitucional. Isto quer dizer que, nestes casos, o Poder Público não tem autonomia para

5 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2012.

decidir se lhe é conveniente agir conforme o comando constitucional para conferir maior grau de eficácia, e assim, aplicabilidade, aos direitos fundamentais que reclamem tal atuação. Nestes casos, a norma inscrita no §1º do art. 5º da Constituição Federal traz para o Poder Público um dever de agir a fim de garantir a maior concretude possível aos direitos fundamentais, e, acaso descumprido este dever, a possibilidade de ser responsabilizado pela via da inconstitucionalidade por omissão.

Fica claro então, que não há como negar valor ao disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal.

Desta forma, partindo da premissa de que a norma contida no art. 5º, §1º da Constituição Federal possui a natureza de uma *norma-princípio*, cujo conteúdo seja o de vincular o Estado à efetiva e paulatina concretização dos direitos fundamentais, chega-se, inevitavelmente, à conclusão de que o administrador se encontra obrigado a todo momento buscar conferir maior efetividade e concretude aos direitos previstos no texto constitucional.

Assim é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que, no trecho a seguir⁶, retirado da obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, sintetiza esse entendimento:

Em hipótese alguma o significado do art. 5º, §1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, §1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

Adiante, o citado doutrinador conclui⁷:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan.

Neste mesmo sentido leciona Flávia Piovesan, mencionada no trecho acima transcrito, ao aduzir em sua obra *Proteção judicial contra omissões legislativas*, que: “o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 268.

7 *Idem*, p. 270.

direitos e garantias fundamentais seja reais e efetivos”⁸.

Isto se revela deveras significativo quando se tratam de direitos sociais, os quais, em sua absoluta maioria, exigem uma prestação positiva, através de um dispêndio financeiro do Estado, a fim de transformá-los de uma mera previsão no texto constitucional para uma realidade concreta. Assim se dá porque, como já alertado, esta categoria de direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna se difere das demais por não possuir um dado momento em que se revelem plenamente concretizados. Ou seja, são direitos que sempre exigem um constante aperfeiçoamento em sua forma de prestação. Exemplo claro disto é o direito à educação. Suponha que num dado momento uma escola possua vagas para todos os alunos daquela localidade em que se situa. Seria possível dizer então que, por esta razão, naquela determinada localidade o Poder Público já teria se desincumbido totalmente do dever constitucional de prover o direito à educação a todos?

Embora a resposta possa parecer positiva, com base na sistemática adotada pela nossa Lei Maior no tocante aos direitos fundamentais, a resposta que se impõe é a negativa. Isto porque, como foi dito acima, o direito à educação é um daqueles típicos direitos sociais que demandam um constante aperfeiçoamento em sua forma de prestação. Logo, se faz necessário ainda perquirir qual a qualidade do ensino ali ministrado, a qualidade das instalações daquela escola. Ademais, sempre haverá algo a ser aperfeiçoado na forma de prestação deste importante direito reconhecido constitucionalmente. Por esta razão, nunca se poderá dizer que o Estado se desincumbiu totalmente do seu dever de prover o direito à educação de seus cidadãos, mas apenas parcialmente, haja vista que sempre será possível aperfeiçoar a forma de prestação deste direito.

Outra importante implicação trazida pela norma do §1º do art. 5º da CRFB diz respeito ao dever do Estado de garantir um mínimo substancial daqueles direitos previstos constitucionalmente.

Ora, é sabido que reside nos Poderes Públicos, notadamente no Legislativo e no Executivo, a função de, na qualidade de representantes do povo, verdadeiro detentor do poder numa democracia, eleger as prioridades dentre as incessantes necessidades públicas num dado momento, a fim de concretizá-las. Entretanto, a experiência revelou que é possível que determinados direitos tenham sua prestação constantemente

8 PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 92, *apud*, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

postergada ou omitida pelos Poderes Públicos, tornando-os assim letra morta no texto constitucional.

É por este motivo, que vêm sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o dever do Estado de garantir um mínimo substancial aos direitos fundamentais, de forma a impedir o seu esvaziamento pela inércia, voluntária ou não, dos Poderes Públicos em proverem sua prestação. É o que foi decidido por este Tribunal Constitucional no bojo da ADPF nº 45, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, cuja ementa convém transcrever:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.** CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”.** VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191) (Grifos nossos)

Neste mesmo sentido, importa também colacionar a decisão proferida pelo mesmo Tribunal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, igualmente relatada pelo ilustre Ministro Celso de Mello, cujos argumentos ali dispendidos demonstram com clareza a consolidação de tal entendimento no âmbito de nossa Corte Suprema:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - **A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF,**

art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290) (Grifos nossos)

No caso levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público do Estado de São Paulo obteve em primeira instância a condenação do Município de Santo André para que este providenciasse matrícula de criança em creche municipal. A condenação foi revertida no Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, razão pela qual o Ministério Público interpôs o referido Recurso Extraordinário.

Na decisão do mencionado recurso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, diante do direito constitucionalmente reconhecido à educação, o Estado tem o dever de criar condições objetivas que possibilitem a fruição, ainda que mínima, deste direito, sob pena de frustrar o dever a ele constitucionalmente conferido de garantir tal direito. Percebe-se então claramente, a ideia de vinculação do Poder Público à efetiva e paulatina concretização dos direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido decidiu a nossa Suprema Corte em diversas outras ocasiões, valendo citar, a título de ilustração: RE 463210/SP, rel. Min. Carlos Velloso; ARE 639337/SP, rel. Min. Celso de Mello; RE 603575/SC, rel. Min. Eros Grau; RE 464143/SP, rel. Min. Ellen Gracie; RE 594018/RJ, rel. Min. Eros Grau; RE 592937/SC, rel. Min. Cezar Peluso; RE 595595/SC, rel. Min. Eros Grau.

As decisões acima transcritas ou referidas permitem-nos perceber que o

Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, vem procurando conferir eficácia ao disposto no §1º do art. 5º da CRFB, na medida em que atribui ao Poder Público o dever de garantir ao menos um mínimo substancial para fruição daqueles direitos previstos constitucionalmente.

Concluimos então, afinal, que ao invés de um dispositivo inútil e desprovido de qualquer significação, o §1º do art. 5º de nossa Carta Magna se revela como uma norma de elevado valor na atual temática constitucional dos direitos fundamentais, na medida em que atribui ao Estado um dever de sempre buscar conferir eficácia e concretude às normas constitucionais que prevêm direitos e garantias constitucionais, bem como de sempre buscar aperfeiçoar a maneira como se realizam tais direitos.

Capítulo II - O orçamento público

2.1 – Considerações iniciais

Analisada a questão da evolução no campo do reconhecimento e aplicabilidade dos direitos fundamentais no capítulo anterior, faz-se mister, antes de adentrar na temática objeto do presente trabalho, um estudo sobre o orçamento público. Isto porque este se revela como o principal instrumento de programação governamental na gestão dos recursos públicos a fim de satisfazer as necessidades existentes no seio da sociedade.

Assim sendo, antes de mais nada, impõe-se como necessário, um breve estudo sobre a origem histórica do orçamento público, e da evolução do seu conceito ao longo do tempo. Após, faremos uma breve análise sobre a natureza jurídica do orçamento e sua execução, para, em seguida, enfim, adentrarmos no estudo da temática objeto do presente trabalho.

2.2 – Breve histórico dos orçamentos públicos⁹

A origem do orçamento público encontra-se de certa forma ligada ao constitucionalismo moderno. Isto porque, a Magna Carta inglesa de 1215 é considerada o embrião da ideia dos orçamentos públicos, na medida em que, em sua cláusula 12, exigia o consentimento dos súditos para que o rei pudesse cobrar quaisquer tributos dos mesmos.

Posteriormente, na *Petition of Rights* de 1628 e no *Bill of Rights* de 1689, estabeleceu-se a necessidade de aprovação parlamentar para a realização de despesas com o exército. Mais tarde, durante a Revolução Francesa de 1789, foi estabelecido o princípio da periodicidade e a autorização pelo Parlamento para a arrecadação de impostos.

Diante disto, uma atenta observação histórica permite-nos perceber que, na verdade, a relação entre o orçamento público e o constitucionalismo moderno é mais profunda do que aparenta. Assim se dá porque, enquanto vigeu o Estado Absolutista, os cofres públicos e a fortuna particular do monarca eram tidos como uma mesma coisa, de forma que era então inexistente a ideia de um orçamento público regando a obtenção de

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

receitas e, muito menos ainda, a realização de despesas públicas, afinal, o monarca não prestava contas de nada a ninguém.

Régis Fernandes de Oliveira traduz bem esta ideia no trecho a seguir transcrito:

A grande revolução ocorreu com o início do Estado liberal clássico e término do Estado absolutista. Este controlava tudo e não prestava contas a quem quer que seja. Logo, o erário se confundia com o fisco e, pois, despicienda era a ideia de orçamento. A partir do Estado liberal e do advento da responsabilidade do Estado e de seus governantes, nasce o orçamento como noção importante para o controle dos gastos públicos.¹⁰

Nota-se então que o orçamento público surge como instrumento de controle dos detentores do poder político através do controle das receitas e gastos públicos. É por este motivo que se pode afirmar que o orçamento público é obra do constitucionalismo moderno, ao se revelar como importante instrumento de limitação do poder estatal, na medida em que objetivava controlar a arrecadação e a utilização dos recursos públicos.

Assim, num primeiro momento, o orçamento público foi conceituado como “uma peça que continha a previsão das receitas e a autorização das despesas, sem preocupação com planos governamentais e com interesses efetivos da população. Era mera peça contábil, de conteúdo financeiro¹¹.” Entretanto, com o passar dos anos, este conceito do orçamento se revelou incompatível com as evoluções ocorridas no seio da sociedade, razão pela qual tal conceito teve de evoluir, de forma a se adequar aos anseios da sociedade atual.

2.3 – Evolução do conceito de orçamento público¹²

Se inicialmente o orçamento era visto como uma simples peça de previsão de receitas e autorização de despesas públicas, a partir do século XX, seu conceito começou a ser transformado.

No ano de 1912, o então presidente americano William Howard Taft, preocupado com a queda dos superávits da economia nacional e a corrupção, e objetivando modernizar o funcionamento da administração federal, apresentou ao

10 OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326.

11 *Idem*, p. 342.

12 GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 12ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003, p. 48 e s., *apud* d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

Congresso Nacional, o relatório da Comissão de Economia e Eficiência, por ele instituída dois anos atrás, e recomendou a adoção de um verdadeiro orçamento nacional, no qual se apresentava um programa administrativo de trabalho a ser desenvolvido.

Contudo, em razão de interesses políticos dos congressistas norte-americanos, a proposta presidencial foi rejeitada. Apesar da rejeição num primeiro momento, as mudanças sócio-econômicas do pós 1ª Guerra Mundial levaram à aprovação, em 1921, do *Budget and Accounting Act* (Lei de Orçamento e Contabilidade).

Ao fim da década de 30, outra grande guerra mundial eclodiu, e, após o seu término, em 1945, foi necessária uma nova reforma orçamentária, sendo aprovado o *Performance Budget* (Orçamento de Desempenho), no qual se buscava aprimorar a técnica orçamentária e o planejamento, transformando-o em um verdadeiro instrumento gerencial da Administração Pública. Após isto, surge a técnica do Sistema de Planejamento, Programação e Orçamento, conhecido pela sigla PPBS (*Planning, Programming and Budgeting System*), que se caracteriza por dar ênfase aos objetivos, programas e impactos decorrentes do atingimento de metas.

O advento do *Welfare State* também contribuiu para esta transformação ao transformar o Estado, antes mero garantidor do *status quo* existente na sociedade, em verdadeiro agente transformador da realidade social, a fim de garantir a todos uma igualdade de condições materiais. Diante desta nova e numerosa gama de responsabilidades atribuídas ao Estado, a noção de orçamento como simples instrumento de controle político sobre o Executivo não poderia mais subsistir, fazendo-se mister uma readequação deste instituto às mudanças ocorridas.

Viu-se então uma evolução histórica no conceito de orçamento público, que passa de uma mera peça contábil de previsão de receitas e autorização de despesas para se tornar em um instrumento de política fiscal do Estado. Ou seja, o orçamento deixa de ser apenas um instrumento de controle político dos gastos públicos, para se tornar o principal instrumento de planejamento estatal no manejo dos recursos públicos.

Neste mesmo sentido, discorre Frederico Augusto d'Avila Riani¹³:

Assim, gradativamente, o orçamento tradicional, organizado como mero demonstrativo de autorizações legislativas de despesas, cuja principal função era a de possibilitar aos órgãos de representação um controle político sobre o Executivo, pois punha frente a frente despesas e receitas, as reformas orçamentárias foram levando os orçamentos públicos a se constituírem em

13 d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

instrumentos de administração, auxiliando o Executivo na programação, execução e controle das despesas públicas, apresentando propósitos para os quais os créditos se fazem necessários, custos dos programas que devem atingir aqueles fins e meios para mensurar as realizações.

Isto assume elevada importância diante das exigências que a sociedade moderna dirige ao Estado, sobretudo após o advento do neoconstitucionalismo, onde se impõe ao Estado o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais, pois, se há uma escassa quantidade de recursos diante de uma infinidade de necessidades públicas a serem satisfeitas, só há uma alternativa ao Estado: se planejar na utilização dos recursos públicos de forma a maximizar sua atuação. Somente através de um adequado planejamento da utilização dos recursos públicos é que o Estado poderá cumprir com o elevado rol de responsabilidades que lhe foi atribuída pela atual ordem jurídica.

Por meio do planejamento no manejo dos recursos públicos, podem os representantes do Estado eleger, dentre as diversas necessidades públicas a serem satisfeitas, aquelas cuja satisfação se revele prioritária num determinado momento, de acordo com a conjuntura social, política e econômica daquele determinado momento. Por isto mesmo, o planejamento torna-se indispensável para a melhor utilização dos recursos públicos de forma a satisfazer os anseios da sociedade, conferindo assim a máxima efetividade à toda atuação estatal.

O legislador constituinte, atento a esta realidade, estabeleceu nos §§ 4º e 7º do art. 165 da CRFB o princípio da programação orçamentária, segundo o qual “o orçamento não deve conter apenas as estimativas para as receitas e despesas do próximo exercício financeiro, mas também, a previsão de objetivos e metas relacionados à realização das necessidades públicas”¹⁴. Estas necessidades públicas não podem ser outra coisa senão a concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional como meios para o alcance dos objetivos fundamentais igualmente nele previstos.

Tathiane Piscitelli, discorrendo sobre os dispositivos acima referidos, afirma:

Como se percebe, todos tratam ou do papel do orçamento na programação relativa ao alcance das metas gerais, como a redução das desigualdades entre as diversas regiões do país (artigo 165, §7º), ou o cumprimento dessas metas à observância dos orçamentos (artigo 165, §4º). Portanto, trata-se de utilizar os orçamentos não apenas como instrumentos para a previsão de receitas e despesas, mas, igualmente, como forma de atingir objetivos almejados pelo legislador constituinte¹⁵.

14 PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquemático**. 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 39.

15 *Idem*, p. 40.

Em razão disto, o orçamento público se reveste de extremada importância para a atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais, haja vista ser o principal instrumento do Estado de planejamento no manejo dos recursos públicos. Não pode então ser mais visto como mera peça de controle de gastos do Poder Público, muito menos como somente um instrumento de intervenção estatal nas relações de ordem econômica. Muito pelo contrário.

Diante da ordem jurídica vigente, o orçamento público assume feições de um poderoso instrumento de que dispõem os agentes estatais para a transformação da realidade social, no intuito de alcançar os objetivos fundamentais traçados pelo constituinte originário.

2.4 – A natureza jurídica do orçamento, e sua execução.

É fértil o debate doutrinário sobre a natureza jurídica do orçamento, havendo inúmeras posições a respeito do tema, todas elas capitaneadas por grandes estudiosos. Entretanto, no presente trabalho, não se pretende aprofundar nesta discussão, interessando a questão da natureza jurídica do orçamento tão somente para se debater sobre existência de vinculação ou discricionariedade do administrador no momento de sua execução, tema este de relevante interesse para o presente trabalho.

Iniciemos então pela questão da natureza jurídica do orçamento.

Com certeza, não faltam posições para explicar a natureza jurídica do orçamento público. Porém, antes de mais nada, é mister observar que a Constituição, no *caput* do art. 165, determinou que o orçamento, assim como o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, serão estabelecidos por meio de lei de iniciativa do Executivo.

Eis aqui um importante ponto de partida. Ao regular o orçamento público, o legislador constituinte determinou que o mesmo seria estabelecido por meio de lei. Entretanto, é sabido que nem tudo aquilo que possui a forma de lei, pode ser considerado como lei em sentido material, ou seja, instrumento normativo tendente a inovar primariamente na ordem jurídica, dotada de abstração, generalidade e impessoalidade.

É exatamente neste ponto que as controvérsias sobre a natureza jurídica do orçamento se iniciam, como bem sintetiza Regis Fernandes de Oliveira:

Afirmam alguns que se cuida de simples ato administrativo, sem caráter de lei. Para outros, é lei em sentido formal, lei em sentido material, lei material e formal. Por fim, alguns sustentam que é lei em relação à receita e ato administrativo no

tocante à despesa. A última classificação que surgiu coloca-o como ato condição.¹⁶

Sem adentrar no mérito de cada classificação sobre a natureza jurídica do orçamento, importa destacar para o presente trabalho que o orçamento público possui natureza de lei, ainda que apenas formalmente.

Aliás, essa parece ser a corrente prevalecente, a de que o orçamento público é lei apenas em sentido formal. O próprio Supremo Tribunal Federal se valia de tal entendimento para inadmitir o controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, como se vê na decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.057/AP, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 0456, DE 23/07/99, DO ESTADO DO AMAPÁ (**DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS**). EMENDA PARLAMENTAR A PROJETO DE LEI, MODIFICATIVA DOS PERCENTUAIS PROPOSTOS PELO GOVERNADOR, SEM ALTERAR OS VALORES GLOBAIS DA PROPOSTA. **ATO DE EFEITO CONCRETO. INVIABILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.** 1. Constitui ato de natureza concreta a emenda parlamentar que encerra tão-somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que só é admissível ação direta de inconstitucionalidade contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade. **3. A emenda parlamentar de reajuste de percentuais em projeto de lei de diretrizes orçamentárias, que implique transferência de recursos entre os Poderes do Estado, tipifica ato de efeito concreto a inviabilizar o controle abstrato.** 4. Ação direta não conhecida. (ADI 2057 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1999, DJ 31-03-2000 PP-00050 EMENT VOL-01985-01 PP-00038) (Grifos nossos)

Posteriormente, houve a ratificação deste entendimento na ADI nº 2.100/RS, e na ADI nº 2.484/DF, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, cuja decisão se encontra abaixo transcrita, demonstrando a consolidação deste entendimento no âmbito daquela Corte:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - **Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado.** III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (ADI 2484 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2001, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02452) (Grifos

¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 347.

nossos)

Não obstante, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha sofrido recentemente uma mudança de entendimento, de forma a passar a admitir o controle abstrato das leis orçamentárias, ainda não houve qualquer alteração quanto ao entendimento de que as leis orçamentárias são leis apenas em sentido formal, como se vê da decisão da ADI nº 4.048/DF, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, abaixo transcrita:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. **CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.** III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232) (Grifos nossos)

Talvez por causa desta visão do orçamento como lei apenas em sentido formal,

é que prevaleça a tese de que as disposições relativas a receitas e despesas nele contidas não devem ser necessariamente cumpridas, tratando-se na verdade, de mera sugestão ou autorização de gastos, sem que haja o dever do administrador de efetivamente realizá-los.

Mais uma vez recorre-se às lições de Tathiane Piscitelli, que explica:

Sobre isso deve-se dizer que, no Brasil, o orçamento é, via de regra, autorizativo e não impositivo. Desse modo, o que se tem é mera previsão de gastos, que serão realizados de acordo com a disponibilidade das receitas arrecadadas no exercício. A previsão de uma dada despesa não necessariamente implica sua realização, já que o Poder Executivo tem a discricionariedade de ajustar os gastos públicos diante das necessidades que se realizam ao longo do exercício.¹⁷

Percebe-se então que vigora entre nós o pensamento de que as disposições contidas no orçamento público relativas às despesas públicas não são de caráter impositivo para o administrador, podendo o mesmo realizá-las ou não, de maneira discricionária. Assim, consolidou-se a ideia de que as leis orçamentárias não trazem mais do que uma simples autorização de gastos para o administrador público, que, poderá livremente deixar de realizá-los quando assim entender conveniente.

Uma vez mais, nos valem das palavras de Regis Fernandes de Oliveira:

O orçamento, enfim, na lição de notáveis especialistas da área, era mero documento de cunho financeiro, a saber, continha a previsão de receitas e despesas, enquadrando-se, também, como peça contábil – simples lei autorizativa, figurando como previsão de receitas e gastos públicos, sem maior responsabilidade com a vida do país e sem maior relevância na programação da sociedade. Desvinculada de ideário político, continha mera previsão financeira. Logo, era neutra. Não continha quaisquer obrigações, de que vez mera proposta, e tornava o administrador irresponsável, pois ele não era obrigado a exaurir o que na lei se continha. Como lei de previsão, poderiam não se realizar os valores nela contidos, o que desarmava a sociedade de qualquer possível ação para o cumprimento do previsto em lei.¹⁸

Por fim, importa colacionar as palavras de Kiyoshi Harada sobre o tema: “Vige entre nós a cultura do desprezo ao orçamento, apesar de, ironicamente, existir uma parafernália de regras e normas, algumas delas de natureza penal, objetivando a fiel execução orçamentária”¹⁹

Realizada então esta breve análise sobre o orçamento, seu surgimento, sua

17 PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 50.

18 OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 345.

19 HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

evolução, sua natureza jurídica, bem como de sua execução, importa agora adentrarmos na temática do objeto do presente trabalho.

Capítulo III - O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 – Considerações iniciais

Após nos debruçarmos sobre o estudo da temática dos direitos fundamentais, sobretudo diante da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, e do orçamento, no que se refere ao seu surgimento, sua evolução histórica, sua natureza jurídica e sua execução, importa agora adentrarmos ao tema objeto do presente trabalho.

Nas linhas que se seguem, pretende-se demonstrar que o orçamento público é atualmente um poderoso instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, o que necessariamente implica em uma necessidade de uma reinterpretação do instituto à luz da nossa atual Constituição.

3.2 – O dever do Estado de buscar incessantemente a concretização dos direitos fundamentais.

Como já foi dito anteriormente, a transição do Estado liberal para o Estado social, que não se confunde com o Estado socialista, transferiu para o mesmo uma extensa lista de responsabilidades que nunca antes lhe haviam sido atribuídas, visando a implementação de condições básicas de igualdade entre os diversos grupos sociais.

A partir de então, a legitimidade de sua atuação passa a ser pautada, nos dizeres de Fábio Konder Comparato²⁰, pela sua “capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática -, certos objetivos predeterminados”. Desta forma, a legitimidade de toda e qualquer atuação estatal torna-se condicionada à sua maior ou menor capacidade de atingir certos objetivos estabelecidos como fundamentais no seio de uma comunidade.

Porém, foi com o advento do neoconstitucionalismo, ao buscar garantir a máxima eficácia da Constituição, em razão de sua supremacia material e axiológica, que os direitos fundamentais adquiriram maior importância neste contexto, a ponto de se converterem nos meios necessários para a consecução dos objetivos fundamentais de

20 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2. Direito Administrativo e Constitucional**. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 350, *apud* d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

uma sociedade. Vale dizer, os objetivos fundamentais são o ponto de chegada, enquanto que os direitos fundamentais são o caminho a ser trilhado.

Isto significa que somente através do respeito e da concretização dos direitos fundamentais é que o Estado poderá atingir os objetivos fundamentais previstos pelo legislador constituinte. Desta forma, não basta que a atuação estatal busque alcançar os objetivos predeterminados pelo constituinte, é necessário ainda que esta atuação se dê com respeito aos direitos fundamentais.

Poder-se-ia ir mais além, e afirmar que o constituinte estabeleceu que a única forma válida de se alcançar os objetivos fundamentais por ele previstos, é através do respeito e da garantia dos direitos fundamentais.

Sobre este ponto, convém ressaltar que o respeito e a garantia dos direitos fundamentais não se dá apenas por meio de uma postura de abstenção do Estado. Pelo contrário. Como mencionado acima, esta mera posição de agente garantidor do *status quo*, existente no Estado liberal, foi abandonada com a chegada do Estado social, onde o mesmo assume uma postura de agente transformador da realidade social, na medida em que passa a ser devedor de várias prestações positivas aos seus cidadãos.

Devido a esta nova dimensão assumida pelos direitos fundamentais com o advento do neoconstitucionalismo, impõe-se que os mesmos venham a ser efetivamente concretizados, deixando de ser mera “letra no papel” para se tornarem reais e efetivos. Por esta razão, o nosso legislador constituinte se valeu de vários instrumentos para vincular a atuação estatal à concretização dos mesmos, de forma que pudessem se tornar efetivos, sendo o que interessa ao presente trabalho, a chamada cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A referida cláusula, que se encontra insculpida no §1º do art. 5º da CRFB, possui a natureza de norma principiológica²¹, incumbindo ao Poder Público o dever de agir a fim de garantir a maior concretude e eficácia possível aos direitos fundamentais. E isto assume demasiada importância no campo dos direitos sociais, haja vista o elevado custo financeiro demandado para a sua concretização.

É certo que não há direitos cuja implementação não tenha qualquer custo, como bem explica Fernando Facury Scaff:

Não existem direitos sem custos para sua efetivação. Não se trata aqui apenas

21 Em que pesem as controvérsias doutrinárias sobre a natureza jurídica da disposição contida no art. 5º, §1º da CRFB/88, este presente trabalho adota a concepção de que trata-se de norma de caráter principiológico, o que já foi devidamente explicitado anteriormente no Capítulo I da presente obra.

dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito, fundamental ou não. Poder-se-ia imaginar que alguns direitos de liberdade, tais como o de ir e vir, o de liberdade de expressão ou de liberdade religiosa seriam direitos sem custo, mas um segundo olhar sobre os mesmos indicará ser falsa esta suposição, pois pelo menos é necessária a manutenção de um aparato institucional para sua defesa e manutenção. Mesmo o pregador religioso que sobe em um caixote e discursa no meio de uma praça pública requer um mínimo de custos para o Poder Público, ao necessitar de recursos para protegê-lo e para a habitabilidade (limpeza e manutenção mínimas) daquele logradouro.²²

O que diferencia os direitos sociais dos direitos de liberdade é a sua progressividade, ou seja, o fato de serem implementados sempre progressivamente e nunca de uma só vez num dado momento histórico. Neste ponto, mais uma vez oportunas as palavras de Scaff:

Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado – o que não ocorre com outros direitos, tal como o de maioria, a qual se obtém de um dia para o outro – literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva.²³

E é exatamente esta característica de progressividade que torna os custos de sua implementação tão elevados, o que tem se revelado como obstáculo constante à sua concretização.

Sabe-se que na sociedade moderna há uma infindável gama de necessidades a serem satisfeitas por meio da atuação estatal. Por outro lado, os recursos para a satisfação de tais necessidades são limitados, escassos, fazendo com que os direitos sociais devam ser implementados na medida do possível. Isto significa dizer, que diante da infinidade de necessidades públicas a serem satisfeitas pela atuação estatal, e da escassez de recursos para satisfazê-las, é impossível satisfazê-las todas ao mesmo tempo, devendo isto ser feito na medida do possível.

Como consequência disto surge a necessidade de programação por parte do Estado, buscando maximizar sua atuação, na medida em que se estabelecem prioridades, e destinam-se recursos para a sua satisfação. Mas, como então proceder a esta programação tão necessária para a implementação dos direitos fundamentais?

É aí que entra o orçamento público e a questão de sua execução, tema que será abordado no próximo tópico.

22 NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80-81.

23 *Idem*, p. 98.

3.3 – O orçamento como instrumento de programação estatal na gerência de recursos públicos de forma a concretizar os direitos fundamentais, e a necessidade de mudança na forma de sua execução.

Diante deste novo panorama trazido pela Constituição Federal de 1988 relativamente à implementação dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma nova interpretação do instituto do orçamento público, bem como da questão de sua execução.

Havendo tão poucos recursos e tamanhas necessidades a serem satisfeitas, é necessário que o Estado se utilize de algum instrumento, a fim de se programar na gestão dos recursos públicos, de forma a conferir a máxima eficácia à sua atuação, implementando o maior número de direitos fundamentais, e da melhor maneira possível, num menor espaço de tempo. E este instrumento há de ser o orçamento público, pois é através dele que o Estado prevê as receitas e estabelece as despesas a serem realizadas num dado exercício financeiro.

Em razão disto, o estudo da temática sobre a implementação dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, deve ser conjugado com o do orçamento público, tornando assim o Direito Financeiro como o *locus* privilegiado para o estudo da implementação dos direitos sociais.

Por este motivo é que se defende uma mudança no panorama do orçamento público. Nesta nova realidade, em que se impõe ao Estado o dever de satisfazer as mais variadas necessidades públicas, é imprescindível uma nova visão sobre o orçamento público, que deixe de considerá-lo como simples instrumento de controle político por meio da previsão de receitas e autorização de despesas, ou apenas como instrumento de intervenção estatal nas relações de ordem econômica, passando a reconhecê-lo como um importante instrumento estatal para a transformação da realidade social e cumprimento dos objetivos fundamentais constitucionalmente traçados, através da progressiva implementação dos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Antônio Facury Scaff:

..., é através do orçamento que são estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que é possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em uma dada sociedade, em certo período. De nada adianta falarmos de direitos, em especial dos direitos

sociais, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização. A singela proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação.²⁴

Não parece ser outra a concepção adotada pelo constituinte quando organizou o sistema orçamentário. Prova disso, é a previsão constitucional do já mencionado princípio da programação orçamentária, que determina que o orçamento deve conter a previsão do cumprimento de metas e objetivos que venham a satisfazer as necessidades públicas.

Outra prova disso reside no fato do constituinte ter previsto a existência de três leis orçamentárias, quais sejam, o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), e a lei orçamentária anual (LOA), todas fazendo parte de um conjunto harmônico de planejamento estatal para a gestão dos recursos públicos. Neste ponto, vale trazer à baila novamente as palavras de Scaff:

Desta maneira, o Sistema Orçamentário brasileiro funciona como um funil para o planejamento, na medida em que vincula as disposições de uma espécie normativa às das outras.

Em primeiro lugar, devem ser obedecidos os Fundamentos (art. 1º) e os Objetivos Constitucionais (art. 3º) que servem de lastro na construção desse Sistema Orçamentário, e que são perenes, para qualquer esfera de governo ou coloração política, pois deve ser respeitado o pluralismo político.

Na sequência, deve ser organizado o PPA, que é uma lei com prazo de validade de 4 anos, e que estabelece os planos e projetos de governo para esse período.

Após, deve ser editada a LDO, que tem por função precípua orientar a construção do projeto LOA, além de outras atribuições estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por fim, no âmbito da proposição normativa, surge a LOA, que é igualmente uma lei de prazo determinado – e a parte final do funil referente ao planejamento orçamentário –, que deve reger a realização de todas as despesas governamentais pelo período de 1 ano.²⁵

Percebe-se então a clara intenção do constituinte em fazer do orçamento um instrumento de programação do Estado na gestão dos recursos públicos, de maneira a implementar, com a máxima eficácia possível, os direitos fundamentais, como forma de atingir os objetivos igualmente por ele traçados.

Todavia, todo esse esforço do constituinte será em vão se não se implementar urgentemente uma mudança radical no atual entendimento sobre a questão da execução orçamentária. Enquanto persistir entre nós o entendimento de que as disposições relativas às despesas previstas na lei orçamentária não geram o dever do administrador

24 NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

25 *Idem*, p. 104.

de realizá-las, restará frustrada a vontade do constituinte originário, bem como o alcance dos objetivos previstos no texto constitucional.

Urge então a necessidade de, adotando postura diametralmente oposta àquela vigente no ordenamento pátrio, passar a se entender o orçamento público como peça impositiva, tendo o administrador o dever de realizar todas as disposições relativas às despesas ali previstas que concretizem os direitos fundamentais.

Não se trata de querer engessar o Executivo no momento da execução orçamentária por receio à discricionariedade do administrador, pois, afinal, nem sempre as coisas correm como planejado, fazendo-se necessárias algumas correções no projeto original, motivo pelo qual, diante de circunstâncias justificáveis, não há que se exigir o exato cumprimento de todas as disposições orçamentárias. Tais alterações poderão se dar por meio da abertura de créditos suplementares ou adicionais, ou mesmo com a realocação de verbas, e somente poderão ocorrer diante de uma mudança imprevista no planejamento estatal, e não ao mero deleite do administrador.

O que se quer na verdade, é tornar o orçamento público um verdadeiro instrumento de promoção e realização dos direitos fundamentais, o que se revela em total consonância com o texto constitucional. E muitas são as razões que fazem crer assim.

A primeira delas é referente à natureza jurídica do orçamento. Como já destacado no Capítulo II da presente obra, o que não faltam são classificações sobre a natureza jurídica do orçamento público, tendendo a prevalecer, sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a de que se trata de lei apenas em sentido formal.

Neste ponto, é oportuno lembrar que o constituinte determinou no *caput* do art. 165 da CRFB que o orçamento seria estabelecido por meio de lei, tal como as diretrizes orçamentárias e o plano plurianual. Poderia o constituinte ter previsto que o orçamento público seria estabelecido por meio outra espécie normativa qualquer, mas ao invés disto, preferiu estabelecer que o mesmo se daria por meio de lei.

Tal fato não pode ser ignorado pelo intérprete do texto constitucional, pois, como ensina o princípio de hermenêutica constitucional da máxima efetividade, não existem normas inúteis ou desprovidas de significação no texto constitucional, cabendo ao intérprete buscar o sentido que confira a maior efetividade possível às normas constitucionais. Por este motivo, ainda que se considere que a previsão constitucional de que o estabelecimento das leis orçamentárias se dará por meio de lei, tenha atribuído tão somente a natureza de lei em sentido formal ao orçamento público, tal previsão traz uma

importante consequência.

A determinação constitucional de estabelecimento do orçamento por meio de lei torna necessária a participação do Parlamento, na condição de legítimo representante do povo, que é o verdadeiro detentor do poder e destinatário das prestações estatais, para a sua elaboração e aprovação. Isto quer dizer que o povo, através de seus representantes democraticamente eleitos, terá significativa participação no processo de escolha das prioridades na hora de se alocar recursos para a satisfação das necessidades públicas. Tal fato reforça a tese da impositividade do orçamento, ao conferir ao mesmo maior legitimidade democrática, na medida em que a população participa, ainda que indiretamente, de sua elaboração, não podendo assim o administrador, na hora de executar o orçamento, se furtar ao atendimento das disposições ali contidas, sob pena de se sobrepor os interesses dos governantes ao interesse público, o que é inadmissível no Estado de Direito.

A recente alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade das leis orçamentárias serem objeto do controle abstrato de constitucionalidade já indica uma mudança neste panorama, ainda que não tenha havido nenhuma alteração no entendimento daquele Tribunal sobre a natureza jurídica do orçamento. A simples possibilidade de manejo das ações do controle concentrado de constitucionalidade em face das disposições constantes das leis orçamentárias pode ser o primeiro passo para o reconhecimento da natureza impositiva destas.

Outra razão para a impositividade do orçamento, e esta é a razão que orienta o presente trabalho, reside na já mencionada cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no §1º do art. 5º da CRFB. Tratando-se de norma principiológica que incumbe ao Poder Público o dever de agir a fim de garantir a maior concretude e eficácia possível aos direitos fundamentais, não pode o Estado fazer menos do que empregar todos os seus esforços na efetiva concretização dos direitos fundamentais. Isto se reflete no campo do orçamento público, trazendo a necessidade de que os recursos públicos sejam utilizados de forma a tornar reais os direitos fundamentais.

Sobre o tema, outra vez colacionamos as palavras de Scaff: “Os recursos públicos são escassos, mas, a despeito disso, devem sempre ser utilizados de modo a ampliar as prestações sociais que implementem os direitos sociais previstos em nossa Constituição²⁶”.

26 NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. - Porto Alegre: Editora

Assim sendo, se há um infindável número de direitos a serem implementados e uma quantidade escassa de recursos para este fim, de forma que os direitos não poderão ser implementados todos ao mesmo tempo – e nem o poderiam, haja vista tratarem-se de direitos cuja implementação se dá de maneira progressiva – é mister então que os recursos públicos seja utilizados com a máxima eficácia, de forma a implementar o maior número de direitos fundamentais, e da melhor maneira possível, num menor espaço de tempo. E isto só poderá ocorrer se as disposições contidas na lei orçamentária referentes à concretização dos direitos fundamentais forem de observância e realização obrigatória para o administrador público quando da execução do orçamento.

A tese da discricionariedade do administrador público na execução da lei orçamentária, segundo a qual pode o mesmo deixar de realizar as despesas ali previstas quando assim entender conveniente, não pode mais ser aceita entre nós, em vista das mudanças trazidas pelo advento da Constituição Federal de 1988 no campo dos direitos fundamentais.

Como anteriormente explicitado, já vai longe o tempo em que o orçamento era tido tão somente como um simples instrumento de previsão de receitas e, sobretudo, de autorização de despesas. Este entendimento já não encontra mais lugar no Estado Democrático e Social de Direito, que retira sua legitimidade da sua capacidade de implementar os direitos fundamentais, tornando-os reais, como forma de se alcançar certos objetivos preestabelecidos como fundamentais no seio de uma sociedade.

Fica clara então a inadequação da tese da discricionariedade do administrador na execução orçamentária – que até pode ter se justificado em épocas outras -, diante da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição vigente, pautada na garantia e concretização dos direitos fundamentais como forma de se alcançar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Neste ponto, magistral a lição de Regis Fernandes de Oliveira:

Com a assunção de novas responsabilidades, a estrutura do Estado moderno cede a imperativos de boa administração. Já não bastam boas intenções. O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la. Não se pode estabelecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser real.

A positivação não só do ideário político, mas da concretude da peça orçamentária passa a vincular a ação administrativa e a ação política. As finalidades que forem inseridas na peça orçamentária deixam de ser mera ação governamental, mas identificam a solidez de compromissos com o cumprimento dos objetivos ali

consignados.

Já não se pode admitir um orçamento sem compromissos, apenas para cumprir determinação legal. Já não se aceita o governante irresponsável. Já vai longe o tempo em que se cuidava de mera peça financeira, descompromissada com os interesses públicos. Já é passado o momento político em que as previsões frustravam a esperança da sociedade.²⁷

E mais adiante, o autor conclui:

A evidência das respostas às questões formuladas leva-nos à conclusão de que o orçamento não pode ser mera peça financeira, nem apenas simples plano de governo, mas representa o compromisso político de cumprimento de promessas sérias levadas ao povo. A previsão desperta esperança, expectativa de satisfação dos compromissos, certeza de que serão atendidos.²⁸

Assim sendo, a partir do momento em que o Estado passa a ser responsável pela realização de diversas prestações positivas em favor de seus cidadãos, e na medida em que, diante da escassez de recursos para implementá-los e pela característica da progressividade na implementação de alguns deles, é impossível implementá-los todos ao mesmo tempo, torna-se imperioso o reconhecimento de que não assiste qualquer discricionariedade ao administrador no momento de se executar as disposições contidas na lei orçamentária, sobretudo, aquelas que digam respeito à concretização de direitos fundamentais.

A discricionariedade ainda há de subsistir, mas tão somente no momento de elaboração da lei orçamentária, ou seja, no momento de se decidir quais os direitos terão recursos públicos alocados no orçamento para sua implementação quando da execução orçamentária²⁹. Ainda que hajam certas imposições constitucionais que devam ser respeitadas, como as referentes ao limite mínimo de gastos com saúde e educação, a elaboração do orçamento é ato de natureza política³⁰. Desta forma, respeitadas as determinações constitucionais, e desde que se pautem na implementação dos direitos fundamentais, há plena discricionariedade tanto do Executivo quanto do Legislativo, no momento de elaboração da lei orçamentária.

Isto porque, o constituinte incumbiu a estes, na condição de representantes do povo, a função de eleger, dentre os diversos direitos a serem implementados, aqueles cuja satisfação se revele prioritária no momento de elaboração do orçamento público.

27 OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 350.

28 *Idem*, p. 350.

29 Neste sentido: d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

30 *Idem*.

Contudo, uma vez eleitas as prioridades na alocação de recursos para implementação dos direitos fundamentais, não há mais que se falar em discricionariedade, estando o administrador vinculado ao programa estabelecido através da lei orçamentária.

Entender o contrário, implicaria em permitir o retardamento, quando não a omissão, do cumprimento do dever estatal de concretização dos direitos fundamentais, o que não se pode admitir, em vista do conteúdo da cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. E não se diga que a previsão de valores mínimos de gastos a serem efetivados em áreas como saúde e educação, é prova de que não pode haver impositividade da lei orçamentária, salvo quando expressamente prevista no texto constitucional.

Muito pelo contrário. A existência de imposições constitucionais determinando valores mínimos de gastos a serem realizados em áreas como educação e saúde, ao invés de enfraquecer a tese da impositividade do orçamento, só a reforça. É que o constituinte reputou de tal maneira relevante a concretização de direitos como educação e saúde, que estabeleceu um percentual mínimo a ser investido, obrigatoriamente, para a implementação destes direitos em cada exercício financeiro. Trata-se apenas de um percentual mínimo a ser investido, nada impedindo que seja destinada uma quantia superior para a implementação de tais direitos.

Quanto aos demais direitos fundamentais, resta claro que o constituinte delegou a tarefa de implementá-los aos poderes constituídos – no caso, o Legislativo e o Executivo –, confiando na sensibilidade dos mesmos para escolher o melhor momento e a melhor maneira de torná-los efetivos.

Não cabe também a alegação da existência da reserva do possível, pois aqui não se busca outra coisa senão que o Estado cumpra com aquilo que ele estabeleceu como objetivos para si mesmo. A questão da reserva do possível é resolvida no momento da elaboração da lei orçamentária, quando, como já foi dito anteriormente, são elegidas as prioridades para as quais serão alocados recursos visando seu atendimento³¹. A partir de então, não há mais que se falar em reserva do possível, pois procura-se tão somente que o Estado venha a cumprir com aquilo que consta da lei orçamentária, não se tratando no presente trabalho de questões como a da determinação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Por fim, destaque-se ainda que a impositividade das leis orçamentárias é

31 d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

decorrência lógica também da própria previsão constitucional das mesmas como instrumento de planejamento estatal na gestão dos recursos públicos. Ora, se deve haver planejamento, é consequência lógica, que tal planejamento deve ser seguido posteriormente no momento de execução. Caso contrário, restaria sem qualquer sentido – para não dizer totalmente ilógica –, a necessidade de planejamento estatal na gestão dos recursos públicos por meio das leis orçamentárias. Se não há a necessidade de cumprir com aquilo que foi planejado, então não deve haver sequer a necessidade de planejamento, eis que se revelaria como atividade inútil do Estado, o que não se pode admitir diante do princípio da eficiência administrativa, insculpido no *caput* do art. 37 da CRFB.

3.4 – Instrumentos à disposição da sociedade para exigir do Poder Público o cumprimento das disposições orçamentárias que concretizem direitos fundamentais.

Dizer que o administrador tem o dever de realizar as disposições relativas às despesas previstas na lei orçamentária que se destinem à concretização dos direitos fundamentais, implica em reconhecer que estas disposições veiculam direitos subjetivos aos seus destinatários, sendo possível recorrer-se ao Judiciário, a fim de que as mesmas sejam efetivamente cumpridas. Por este motivo, pretende-se no presente tópico, expor, ainda que de maneira breve e superficial, os meios de que a sociedade dispõe para exigir do Poder Público o cumprimento das disposições contidas na lei orçamentária.

A análise há de ser breve, pois não faz parte dos objetivos do presente trabalho um aprofundamento nas questões processuais que envolvem cada um dos meios a seguir expostos. Ressalta-se ainda que, quando se diz sociedade no presente tópico, inclui-se aí também a atuação do Ministério Público na condição de legítimo curador dos interesses públicos e defensor da ordem jurídico-constitucional.

Como primeiro instrumento a ser citado, temos a ação civil pública. Prevista constitucionalmente no art. 129, III, da CRFB, e regulada pela Lei Federal nº 7.347/85 (LACP), bem como em alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), trata-se de importante instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, na medida em que se trata de ação de natureza coletiva, cujo resultado acaba por beneficiar uma expressiva quantidade de pessoas. Pode ser proposta pelo Ministério Público, e por um rol de outros legitimados, previstos na LACP.

Por se tratar de ação voltada a tutelar interesses metaindividuais, como é o

caso da concretização de direitos fundamentais, se revela como um dos mais importantes instrumentos a serem utilizados caso o Poder Público deixe de efetivar os gastos previstos na lei orçamentária.

Outra importante ação constitucional possível de ser manejada nestes casos é o mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da CRFB, e regulado pela Lei nº 12.016/09. Sua impetração é possível diante de violação a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sendo direito público subjetivo dos destinatários dos recursos previstos no orçamento público a efetiva realização dos gastos nele previstos, a omissão do Poder Público em assim proceder resultará em ilegalidade, cabendo então a impetração do mandado de segurança visando a efetiva realização dos gastos da lei orçamentária.

Importante destacar também a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, constante do art. 5º, LX, da CRFB, regulado igualmente na Lei nº 12.016/09. O mandado de segurança coletivo, igualmente cabível diante da violação de direito líquido e certo por parte de autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes, diferencia-se do individual pelo fato de se prestar a tutelar direitos metaindividuais, tal como a ação civil pública. Por este motivo, há também algumas diferenças no que toca à legitimidade para a sua propositura.

São estes então os instrumentos de que dispõe a sociedade no objetivo de ver cumpridas as disposições contidas na lei orçamentária, especialmente as que sejam referentes à concretização dos direitos fundamentais, cabendo assim ao Poder Público a realização das mesmas, sob pena de ser compelido a tal pela via judicial.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto ao longo do presente trabalho, a conclusão a que se chega é que, diante da atual ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, na qual toda a atuação estatal deve ser pautada na concretização e no respeito aos direitos fundamentais, como forma de se alcançar os objetivos fundamentais da sociedade brasileira, não assiste mais qualquer discricionariedade ao administrador público no momento da execução dos gastos previstos na lei orçamentária relacionados à concretização de direitos fundamentais. Ao longo deste trabalho procurou-se demonstrar diversas razões para tal, mas sem dúvida, dentre todas, a previsão constitucional da aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais se revela como a principal, na medida em que impõe ao Poder Público o dever de sempre agir buscando a paulatina e progressiva efetivação dos direitos previstos no texto constitucional.

Neste particular, vale salientar que tramita no âmbito do Congresso Nacional vários projetos de emenda constitucional, os quais foram manejados no sentido de implementar um modelo de orçamento impositivo, ao menos, no tocante às verbas destinadas à concretização dos direitos fundamentais. Dentre as propostas parlamentares, podemos citar as PEC's nº 22/2000, 565/2006 e 281/2008. Outrossim, em alguns estados da federação há também vozes legiferantes nesse sentido.

Embora louvável a iniciativa parlamentar, e até certo ponto desejável a fim de se encerrar de uma vez por todas as discussões sobre a impositividade ou não das disposições orçamentárias, prestigiando-se assim a efetiva concretização dos direitos fundamentais, o objetivo do presente trabalho foi o de demonstrar que a impositividade do orçamento independe de qualquer alteração do texto constitucional, sendo depreendida através de uma interpretação sistemática do mesmo.

Em vista disto, deve-se lembrar que entendemos que o cidadão possui direito público subjetivo à concretização das políticas públicas ora já designadas na lei orçamentária, e, caso haja qualquer manobra ou conduta do Executivo na tentativa de furtar-se à implementação de determinados gastos essenciais, nada obsta a possibilidade de controle judiciário da lei orçamentária. Tal controle pode vir por meio dos remédios constitucionais constantes na própria Carta Magna, os quais, notadamente, representam um freio a eventuais manobras do gestor público, por meio do chamado controle social da administração pública.

Por tudo isso, é indubitável o avanço social, mesmo que lento e paulatino, mas crescente, no sentido de conferir impositividade às disposições orçamentárias referentes à concretização de direitos fundamentais, como forma de garantir a efetiva realização dos mesmos quando demandarem uma prestação positiva do Estado para sua implementação, como é o caso dos direitos sociais.

Finalmente, não se pode aceitar que as normas orçamentárias atinentes à concretização dos direitos fundamentais sejam tratadas por mera liberalidade do gestor público. É que o tema dos direitos fundamentais, dada sua relevância, não pode se ver reduzido aos interesses do administrador público, como ocorre na tese da discricionariedade da execução orçamentária. Estes deverão ceder espaço à inafastável necessidade de concretização dos direitos fundamentais, em prol da efetividade máxima da Constituição da República, para que se viabilize a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA SILVA, Cissa Maria de. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Artigonal, 2006. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direitoun-suporte-axiologico-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-sociais-1802344.html>> Acesso em: 08 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em 23 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22educa%27%29&pagina=2&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.057/AP. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 9 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2057&processo=2057>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.484/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2484&processo=2484>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4048&processo=4048>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2012.

d'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito)--Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.