

CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM ABSTRATO DE LEI ORÇAMENTÁRIA: análise da ADI 4.048-1/DF

Clara Cardoso Machado¹

RESUMO

O presente trabalho examina o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis orçamentárias à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.048-1/DF. Para tanto, sustenta necessidade de fazer uma filtragem constitucional do Orçamento, haja vista o paradigma do neoconstitucionalismo e da pós-modernidade. Defende, ainda, que os Poderes Executivo e Legislativo observem as diretrizes constitucionais nas escolhas orçamentárias a fim de racionalizar a opção e facilitar o controle judicial. Por derradeiro, examina criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal e verifica as hipóteses de controle jurisdicional.

Palavras-chave: controle jurisdicional de constitucionalidade; lei orçamentária; Supremo Tribunal Federal; filtragem constitucional.

ABSTRACT

This paper examines the jurisdictional control of constitutionality of budgetary law in the light of decision of Supreme Court on ADI 4.048-1/DF. To do so, it argues the need to make a constitutional filtering of budget, given the paradigm of neoconstitutionalism and post-modernity. It is argued further that the executive and legislative branches to comply with the constitutional guidelines on budgetary choices in order to rationalize the choice and facilitate judicial review. For last, it critically examines the decision of the Supreme Court and verifies the hypotheses of jurisdictional control.

Keywords: jurisdictional control of constitutionality; budgetary law; Supreme Court; constitutional filtering.

¹ Mestranda em direito público na Universidade Federal da Bahia. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais” da Universidade Federal de Sergipe. Advogada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ORÇAMENTO NO DIREITO PÓS MODERNO. 3 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM ABSTRATO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: análise da ADI 4.048-1/DF

1 INTRODUÇÃO

A intervenção judicial em questão orçamentária é tema instigante e polêmico no cenário jurídico.

Inúmeros entraves técnicos (conhecimento de economia, finanças, etc.), políticos (legitimidade democrática) e jurídicos (separação dos poderes, discricionariedade administrativa, natureza da lei orçamentária) são argüidos com o objetivo de impedir o controle jurisdicional do Orçamento.

Entretanto, a inobservância e o desrespeito aos preceitos da Carta da República são fatos constantes no contexto brasileiro, principalmente, quando envolve destinação de recursos públicos.

Não se pode descartar que, a supremacia da Constituição de 1988 e a busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais legitimam a interferência do Judiciário, em caso de descumprimento dos limites formais ou materiais delineados pelo constituinte.

A deturpação de requisitos constitucionais, que possibilita a abertura de créditos extraordinários, a exemplo do art. 167, §3º, CF/88, ocorre diuturnamente, de modo que, impedir o controle de constitucionalidade dos abusos dos gestores públicos é ser conivente com o massacre da Constituição.

Na linha deste raciocínio é que o Supremo Tribunal Federal caminha para mudança de sua jurisprudência, no sentido de admitir o controle abstrato de lei orçamentária, ainda que de efeito concreto.

Para empreender a análise deste controle o trabalho foi dividido em três partes.

Primeiramente, se fará uma abordagem da necessidade de (re) descoberta do orçamento, enquanto instrumento jurídico em prol da realização dos direitos sociais.

De fato, no âmbito do constitucionalismo pós-moderno, é imperativo efetuar uma leitura verticalizante do Orçamento a fim de prestigiar seu aspecto jurídico e delinear os limites para a elaboração e execução orçamentária.

Após, serão examinadas as possibilidades de controle abstrato de constitucionalidade de lei orçamentária, seguida da análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.048/DF.

2 ORÇAMENTO NO DIREITO PÓS MODERNO

2.1 Neoconstitucionalismo e a (re) descoberta do orçamento

O Estado Democrático de Direito, marcado pela concepção contemporânea de direito Constitucional, também denominado de ‘neoconstitucionalismo’, delinea novos artefatos para o Ordenamento Jurídico, em consonância com as nuances da pós-modernidade².

Desde logo, cumpre advertir que em derredor da expressão ‘neoconstitucionalismo’ foram desenvolvidas várias acepções, fato que destitui a compreensão meramente ideológica do termo, que identifica neoconstitucionalismo com constitucionalismo contemporâneo³, fenômeno sócio-político-cultural que propugna a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a limitação dos poderes do Estado.

Num viés metodológico, defende-se a tese da conexão necessária entre direito/moral⁴, e o neoconstitucionalismo ganha espaço ao destacar a importância da

² A pós-modernidade é um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, diante da necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

³ O constitucionalismo clássico, como movimento revolucionário de vocação universal, nasce durante a Revolução Francesa, no final do século XVIII, pautada numa tríade: garantia dos direitos individuais, soberania nacional, separação de poderes. Numa acepção mais restrita, o constitucionalismo, como movimento contrário ao antigo regime, buscava essencialmente, a limitação do poder estatal com fins garantísticos. As normas constitucionais tinham caráter marcadamente individualistas, como os direitos civis e políticos. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Coimbra: editora Coimbra, 1997, p.110/175.

⁴ No que concerne à relação entre direito e moral no neoconstitucionalismo, Suzanna Pozzolo defende a separação conceitual entre ambos a fim de alcançar a autonomia do jus positivismo metodológico. POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 187 - 210. Conferir também OTO, Ecio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

normatização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, exatamente, como ponte entre direito/moral⁵.

Do ponto de vista teórico, neoconstitucionalismo representa uma nova teoria jurídica, alternativa à teoria positivista tradicional, que aspira descrever as conquistas da constitucionalização do direito e ressaltar as peculiaridades da interpretação constitucional⁶. Será esta a perspectiva adotada neste trabalho.

Após uma longa fase de enfoque meramente periférico e político da Constituição⁷, percebeu-se a necessidade de aferir uma carga axiológica, normativa, vinculante e suprema ao texto constitucional, a fim de que todas as relações jurídicas fossem concebidas a partir da Lei Fundante do País.

O neoconstitucionalismo suplantou o Estado Legislativo de Direito e consubstanciou o Estado Constitucional de Direito⁸, de modo que as condições de validade das normas jurídicas passaram a depender não só de aspecto formal, mas também da compatibilidade material com princípios e regras constitucionais⁹.

Com isso, a Constituição ocupa o centro do sistema e impõe uma leitura verticalizante de todos os ramos da ciência jurídica, então conhecida como constitucionalização do direito¹⁰. Indiscutivelmente, esse fenômeno é um dos resultados do paradigma neoconstitucional.

⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 87.

⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 83-84.

⁷ Luís Roberto Barroso ressalta: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006.

⁸ “O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da segunda guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009. p. 39.

¹⁰ Ricardo Guastini compreende constitucionalização do ordenamento jurídico como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal de los actores políticos, así como las relaciones sociales” GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 49.

Em olhar mais circunstanciado, Ricardo Guastini descreve algumas condições para caracterização do aludido fenômeno, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a ‘sobreinterpretação’ da Constituição; 5) a aplicação direta das normas Constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas¹¹.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito surgiu com a Constituição de 1988. Certamente, a Carta Democrática de 1988 tem um nítido caráter neoconstitucional, uma vez que foi a partir dela que se iniciou a valorização não meramente formal da Constituição, como outrora se observara, mas também material, potencializada pela normatividade de seus princípios e pela previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais voltados para o indivíduo e para a coletividade.

É neste cenário que se faz premente a necessidade de uma filtragem constitucional do Orçamento, antes concebido como mera peça de ficção jurídica (uma lei que não era cumprida). Ou seja, todo processo de planejamento, elaboração e execução orçamentários devem observar os valores e objetivos delineados na Lei Maior, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais.

No contexto de um Estado Democrático protetor de direitos fundamentais, não se pode mais admitir a redução do Orçamento ao aspecto político-instrumental de elemento de cunho financeiro, que contém previsão de receitas e autorização de despesas para um determinado período, sem atender aos interesses efetivos da população.

Orçamento é o instrumento jurídico, por excelência, de exercício da democracia, de proteção à cidadania e de concretização dos direitos fundamentais. Através dele são deliberados os destinos da sociedade.

Alberto Adeodato preconiza que “o orçamento é, em sua mais exata expressão, o quadro orgânico da economia pública. É o espelho da vida do Estado e, pelas cifras, se conhecem os detalhes de seu progresso, de sua cultura e de sua civilização”¹².

¹¹ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 49-73.

¹² DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 271.

Principalmente após a ascensão do Estado Social, resulta evidente a importância do Orçamento para implementação de políticas públicas e realização dos anseios sociais.

Indeclinável registrar que a lei orçamentária¹³ não revela apenas nuance política. Aliomar Baleeiro preleciona que o estudo do orçamento compreende quatro aspectos fundamentais: a) o jurídico, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz da Constituição; b) o político, pelo qual o orçamento revela desígnios sociais e regionais na destinação de verbas, e confere liberdade decisória ao Poder Executivo; c) o econômico, através do qual se apreciarão os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica; d) o técnico, que envolve os processos estatísticos de cálculo de receitas e despesas¹⁴.

Os aspectos políticos, técnicos e econômicos sempre preponderam no exame do orçamento. *Contrario sensu*, o viés jurídico é relativizado, ou, até mesmo, esquecido, percepção que reluz, por exemplo, quando se alega impossibilidade de controle jurisdicional da lei orçamentária.

Ora, emerge cristalina a necessidade de uma leitura constitucional do Orçamento a fim de limitar a margem de discricionariedade do Executivo e permitir que os objetivos constitucionais sejam alcançados.

No paradigma do direito constitucional contemporâneo, urge uma (re) descoberta do orçamento, como instrumento jurídico, dotado de força normativa, e responsável pela efetivação de direitos fundamentais.

Um dos grandes problemas relacionados ao orçamento é definir sua natureza jurídica. Impende determinar se é uma lei material, com conteúdo de direito e eficácia inovadora, ou se é mero ato administrativo, que só reveste as características de lei do ponto de vista formal.

A compreensão da lei orçamentária como ‘lei de meios’ ou lei meramente formal prevalece na doutrina¹⁵ e na jurisprudência¹⁶, fato que diminui sua juridicidade.

¹³ A Constituição prevê três leis que tratam do sistema orçamentário: 1) Plano Plurianual; 2) Lei de Diretrizes Orçamentárias; Lei Orçamentária Anual. Este trabalho cingir-se-á à lei orçamentária anual, chamada de Orçamento.

¹⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 522.

¹⁵ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

Nega-se o sentido material, sob o argumento da ausência de abstração e de generalidade na lei orçamentária.

Bem de ver que alguns doutrinadores admitem a materialidade da lei orçamentária em relação às receitas. Nesse passo, Regis Fernandes Oliveira pontua: “É que, na previsão dos recursos tributários e das denominadas receitas originárias, há uma constante possibilidade de cobrança. A previsão legal não se exaure em uma só previsão (...). Tem, pois, o caráter de generalidade e abstração, e inova, primariamente, no ordenamento jurídico”¹⁷. Malgrado esta assertiva, o autor acolhe o posicionamento da maioria para conferir natureza jurídica de lei em sentido formal¹⁸.

Sandoval Alves da Silva desenvolve uma linha mais congruente para defender a natureza formal e material das leis orçamentárias. Para o autor, a teoria da lei formal não é compatível com o poder de emendar o projeto de lei orçamentária (art. 166, §§ 2º e 3º, CF/88), com a necessidade de aprovação na lei de diretrizes orçamentárias de alteração de lei tributária (art. 165, II, CF/88), com o princípio da programação orçamentária (art. 165, § 4º, art. 166, §§ 3º, I e 4º), com o princípio do democrático e com o sistema de direitos fundamentais exposto na Constituição.¹⁹

A polêmica em torno da natureza jurídica do orçamento assume contornos de importância prática indiscutível. Com efeito, ao reconhecer o sentido material da lei orçamentária, vêm à tona outras questões: obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas; criação de direitos subjetivos para terceiros; revogação das leis financeiras materiais.

Diante dos limites propostos neste trabalho, não será possível ingressar com profundidade nestas questões. Entrementes, à luz de um Estado voltado à efetivação dos direitos sociais, a teoria do orçamento enquanto lei formal e material parece estar mais adequada à conjuntura neoconstitucional.

¹⁶ “Os atos da legislação orçamentária, sejam aqueles de conformação original de Orçamento anuam de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício, são exemplos de paradigmas de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal Federal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato e constitucionalidade de leis e atos normativos.” ADI 1.716, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.98.

¹⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

¹⁸ “Em suma, e inserindo-nos na discussão, basta a afirmação de que se cuida de lei em sentido formal, que estabelece a previsão de receitas e despesas, consolidando posição ideológica governamental, que lhe imprime caráter programático.” OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 320.

¹⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 162.

Não se deve descurar que, a esfera de liberdade do Legislativo e do Executivo deve estar dentro dos parâmetros e limites constitucionais²⁰. Atualmente, pode-se afirmar que, “o que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas passa a ser vinculada. Não deixa de ser decisão política, uma vez que o constituinte optou por uma solução dentre várias que possuía”²¹

Por isso sua natureza material. O fato de ter efeitos concretos ou abstratos não retira esta característica. A própria Constituição Federal confere ao orçamento a natureza de lei, *ex vi* dos artigos 165, III e §§§ 5º, 6º e 8º.

Ademais, importa recorrer mais uma vez às lições de Sandoval Alves da Silva, ao afirmar que as leis orçamentárias, à primeira vista, são gerais e abstratas, uma vez que “representam, *prima facie*, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais (...) e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração”²². De fato, inicialmente, o orçamento não define os devedores de tributos e os beneficiários das prestações estatais, razão pela qual visível um contorno abstrato e autônomo²³.

Ora, quando a lei orçamentária fixa uma despesa pública surge o dever jurídico para Administração de realizar políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos sociais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário para concretizar tais direitos.

Pensar em sentido diverso implicaria negar eficácia aos direitos fundamentais sociais. O raciocínio é simples: Se os direitos sociais não podem ser demandados na ausência de recursos para implementá-los através de políticas públicas, como, após a fixação da despesa eles não podem ser exigíveis?

Na trilha desse pensamento, entende-se que a natureza jurídica da lei orçamentária é de lei em sentido formal e material.

²⁰ Além disso, cumpre registrar que a Lei de Responsabilidade fiscal (LC 101/2000) também introduz vinculações, a fim de obrigar o agente político a cumprir o orçamento, não podendo contingenciar recursos, *ex vi* do art. 9º, §2º da LC 101/2000.

²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 324.

²² SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 228.

²³ Assinale-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.925/DF, relator Min. Marco Aurélio DJ 04/03/05, entendeu que a lei orçamentária pode ter contornos abstratos e autônomos.

Em suma, diante do paradigma do direito constitucional contemporâneo e das vicissitudes da pós modernidade, marcada pela ‘axiologização’ das relações jurídicas e pela busca incessante da efetivação dos direitos fundamentais, é mister uma (re) descoberta do orçamento enquanto instrumento jurídico essencial para a consagração da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

2.2 Constituição Orçamentária e direitos sociais

2.2.1 Breves considerações sobre Orçamento e direitos fundamentais sociais

Não há como negar atrelamento necessário entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e existência de recursos públicos para provê-los. Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que, em sua maior parte, os direitos sociais preconizam regulamentação através de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras da União, Estado, Distrito Federal ou Município para serem implementadas.

No Brasil, o planejamento da atividade financeira ocorre através do Orçamento, que consiste, conforme frisado alhures, no instrumento de ação do Estado que fixa os objetivos a serem atingidos. Regis Fernandes de Oliveira conceitua orçamento como “lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público”²⁴.

Indiscutivelmente, o Orçamento é o caminho por meio do qual se permite realizar políticas públicas, essenciais à concretização dos direitos fundamentais sociais. Vê-se, então, a relação de ‘dependência’ dos direitos sociais ao Orçamento. Convém ressaltar que o direito ao mínimo existencial, aqui considerado como direito às condições mínimas de existência humana digna, não pode ficar refém da inexistência de fixação de despesas públicas para realizá-lo.

O custo dos direitos²⁵ é uma realidade irrefragável, que não pode ser negligenciada, sob pena de transformar direitos sociais em válvulas retóricas, em meros discursos simbólicos de manipulação das massas²⁶.

²⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

²⁵ Stephen Holmes e Cass Sustein defendem que todos os direitos (prestacionais ou não) geram custos para o Estado. Essa assertiva centra-se no argumento de que todos os direitos são sindicáveis perante o

Ressalte-se, entretanto, uma desproporcionalidade entre as necessidades sociais (infinitas) e a escassez de recursos públicos para supri-las. Em decorrência deste cenário, a efetivação dos direitos fundamentais sociais pressupõe escolha do Executivo e do Legislativo acerca dos instrumentos de deliberação de verbas para atendimento e realização de políticas públicas.

É possível constatar, então, que haverá conflito por recursos escassos, haja vista encontrar-se no plano utópico a realização plena e incondicional de todos os direitos sociais.

Por este prisma, os princípios da moralidade e da eficiência da Administração Pública serão indispensáveis para otimizar direitos sociais e garantir a justiça, tendo em vista que “o desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que eles deveriam atender.”²⁷

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, a questão dos custos dos direitos pode agir como limite fático à concretização dos direitos sociais, a partir do exame do caso concreto. Na prática jurídica, o argumento da escassez dos recursos como restrição ao reconhecimento do direito social é denominado ‘cláusula da reserva do possível’.

A teoria da reserva do possível foi invocada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no julgamento da decisão conhecida como *numerus clausus*, que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior. Ao decidir a questão, o Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se

Estado-Juiz. “*Rights are costly because remedies are costly. (...) almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse*”. Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos. (tradução nossa). HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999. p. 43.

²⁶ A Constituição álibi é um dos tipos de constitucionalização simbólica descrita por Marcelo Neves. “Dela não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiantamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.” NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 105.

²⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”²⁸.

No Brasil, a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada como barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais, fato que, *concessa venia*, não deve ser acolhido, sob pena macular os valores constitucionais.

Para a adequada discussão da teoria da reserva do possível, incontornável o exame do cenário sócio-político-econômico em que ela deve ser aplicada²⁹. A aludida teoria foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico social totalmente distinto da realidade brasileira³⁰. Realmente, é inadmissível que, num país em que o povo carece tanto de prestações sociais fundamentais, haja um condicionamento preestabelecido.

Não obstante, é cediço que os direitos fundamentais sociais se apresentam, na maioria das vezes, na qualidade de princípios³¹, fato que permite ponderação e aplicação em diferentes graus a depender das possibilidades fáticas e jurídicas da situação posta.

Em virtude do caráter principiológico, as normas de direitos fundamentais podem sofrer restrições pelos poderes públicos, desde que não vulnerem o conteúdo essencial do direito (limites dos limites)³².

Se assim o é, a reserva do possível deve ser compreendida como elemento externo ao direito fundamental social, que pode reduzir sua eficácia diante do caso concreto.

Isto significa, em apertada síntese, que a apreciação da escassez de recursos públicos não é, necessariamente, condição de possibilidade para reconhecimento do

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 304.

²⁹ Ao examinar a realidade brasileira, Dirley da Cunha Júnior anota que “o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área de assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da *luta pelo direito* entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 736.

³⁰ Para uma melhor compreensão desta assertiva Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

³¹ Ana Carolina Lopes Olsen pontua que é mais adequado considerar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como pertencentes a um modelo normativo híbrido de regras e princípios. LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63

³² “La garantía del contenido esencial es límite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.” BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 126.

direito, porém, é elemento exterior, que pode comprometer sua efetividade. Dito de outro modo, a cláusula da reserva do possível não é um limite imanente, determinado em abstrato e aprioristicamente. Apenas diante do caso concreto deve-se ponderar a realidade econômico-financeira e, assim, limitar a efetividade do direito fundamental social.

Não se pode olvidar que a escassez de recursos para concretização de direitos fundamentais sociais é, na maioria das vezes, fruto de escolhas alocativas dos poderes públicos que podem ser objeto de ponderação se, constatada, eventual desproporcionalidade.

À guisa de ilustração, suponha-se que os gestores públicos, quando da elaboração do orçamento, destinaram cifras elevadas de verbas públicas para construção de monumentos para embelezar a cidade, ao tempo em que não previram despesas orçamentárias para direito à moradia. Nesta hipótese, saltam aos olhos a inexistência de uma real escassez para implementar políticas públicas em prol do direito de moradia.

Deveras, é extrema de dúvidas que, em inúmeras ocasiões, “o que frustra a efetivação de tal ou qual direito (...) não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito”³³. Sem mais delongas, admite-se, no caso concreto, que se ultrapasse o argumento da reserva do possível.

Com isso, não se pretende desconsiderar a dimensão econômica do direito. Por óbvio, quando restar demonstrado equilíbrio, razoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no processo de escolhas orçamentárias, tem-se por legítima a alegação da cláusula de reserva do possível para relativizar a exigibilidade do direito fundamental social. Em outros termos, a escassez deve ser necessária e proporcional.

Parece ser este o entendimento de Gustavo Amaral, ao analisar a viabilidade de controle das escolhas orçamentárias pelo Judiciário na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.”³⁴

³³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 208.

Com lastro nestes argumentos, as repercussões dos custos dos direitos sociais deverão ser aquilatadas no caso concreto e não à priori, como limite imanente, sob pena de enlanguescer a proteção aos direitos fundamentais sociais³⁵.

Cumpra advertir, entretanto, que toda e qualquer restrição a direito social deve respeitar o limite dos limites ou o núcleo essencial, que, *in casu*, relaciona-se com o direito mínimo à sobrevivência do indivíduo com dignidade.

Na verdade, o mínimo existencial assume o caráter de regra e, por via de consequência, não está sujeito a ponderação³⁶. Ao examinar a Constituição Federal de 1988, pode-se utilizar como parâmetro para o padrão mínimo o rol de garantias insculpido no art. 7º, IV, que denotam as necessidades vitais básicas do ser humano e de sua família, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Não obstante tais garantias, compreende-se que diante do caso concreto é que se pode inferir a proteção ao mínimo existencial, já que extremamente vinculado à ideia de justiça distributiva.

Assim, em relação ao mínimo vital, não se vislumbra possibilidade de ponderação com base na escassez de recursos (reserva do possível), uma vez que tratam-se de garantias de proteção mínima do direito social, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.

2.2.2 Classificação constitucional das necessidades públicas

O Estado Social e Democrático de Direito, enquanto instituição jurídica e política organizada funcionalmente para regular a sociedade e garantir direitos fundamentais, deve absorver os valores insculpidos na Constituição Federal, com vistas à otimização do atendimento das necessidades públicas por intermédio do exercício financeiro.

³⁵ Ana Carolina Lopes Olsen também critica a compreensão da cláusula da reserva do possível como limite imanente. Para tanto, aduz: “[...] ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento do sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é. (...) Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria constituição”. LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Atividade financeira do Estado, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos³⁷, “é toda aquela marcada ou pela realização de uma receita ou pela administração do produto arrecadado ou, ainda, pela realização de um dispêndio ou investimento. É o conjunto das atividades que têm por objeto o dinheiro”.

De maneira ampla, pode-se afirmar que a procura de instrumentos, a exemplo da arrecadação de receitas, da gestão e da realização de gastos, com o escopo de satisfazer as necessidades públicas, abriga a própria atividade financeira do Estado³⁸.

Apesar da ausência de definição concreta do que constitua ‘necessidade pública’ - analisada na ciência das finanças como toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo de serviço público³⁹ - evidencia-se a indispensabilidade de propugnar uma classificação constitucional das necessidades públicas do Estado brasileiro, a fim de instruir e limitar as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e na execução orçamentárias, com vistas à realização dos direitos fundamentais.

Com efeito, compete, de início, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, *ex vi* dos artigos 165 e 166 da *Lex Maxima*. Consequentemente, a escolha das necessidades-alvo é determinada pelo Executivo, ao efetuar planejamento orçamentário, somada à anuência do Legislativo ao votar e aprovar lei orçamentária. Todavia, não é desarrazoado lembrar que essas funções não são absolutas, pois encontram limites expressos ou implícitos nas normas constitucionais.

Imbricadas em um Estado Democrático de Direito, que propende, em especial, à efetivação dos direitos fundamentais, as necessidades públicas carecem de um tratamento jurídico hábil a realizar prioritariamente o interesse público⁴⁰, representativo da vontade social da coletividade.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

³⁸ Consoante as lições de Regis Fernandes Oliveira “A atividade financeira é precedida pela definição das necessidades públicas. Conhecendo-as, passam a existir três momentos distintos: a) o da obtenção de recursos; b) o de sua gestão (intermediado pelo orçamento: aplicação, exploração dos bens do Estado etc.) e c) o do gasto, com o qual se cumpre a previsão orçamentária e se satisfazem as necessidades previstas”. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

³⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4.

⁴⁰ Consoante Celso Antonio Bandeira de Mello, interesse público é aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

A rigor, a noção de ‘necessidade pública’ não pode ser determinada à priori⁴¹. É que as necessidades variam de acordo com o contexto sócio-político-econômico de cada país. Contudo, ao examinar o cenário do Estado Brasileiro, a partir das diretrizes constitucionais, é factível apontar uma razoável classificação para necessidades públicas, a fim de reger o âmbito de atuação do poder público.

Antes, porém, impende registrar duas observações acerca da noção de “necessidade pública”.

A primeira é que não há relação direta entre ‘necessidade pública’ e a soma das necessidades individualmente consideradas. Tal assertiva reveste-se de importância na medida em que as “necessidades coletivas não são categoricamente sofridas por todos os cidadãos”⁴². Deveras, as necessidades públicas são aquelas que os homens não conseguem executar sem o concurso do Estado⁴³. Segundo preleções de Aliomar Baleeiro, são “necessidades que, por sua natureza, só encontram satisfação eficaz pela ação coordenada do grupo, quer seja voluntária, quer seja coativa à participação dos indivíduos que o formam”.

Adverta-se também que ‘necessidade pública’ e necessidade do Estado nem sempre refletem a mesma coisa. Por certo, enquanto esta pode traduzir, tão somente, vontade do Estado enquanto pessoa Jurídica, aquela deve exprimir os reais interesses da sociedade.

Após estas considerações, cumpre tracejar a classificação das necessidades públicas⁴⁴ com espeque nos preceitos constitucionais.

A leitura da Carta Magna de 1988 permite constatar diversas normas que estabelecem deveres do Estado e prioridades políticas, a exemplo dos direitos sociais à saúde e à educação, que possuem receita vinculada.

⁴¹ Alberto Adeodato esclarece que “desde que o homem passa do estado quase isolamento primitivo para a vida social, surgem novas necessidades”. DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6

⁴² “O caráter coletivo de uma necessidade é dado tanto pelos sujeitos que a ressentem como pelos meios utilizados para satisfazê-las. É certo que as necessidades coletivas não são necessariamente sofridas por todos os cidadãos. Basta que a coletividade se conforme com seu financiamento por todos”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

⁴³ Importante registrar mais uma vez o escólio de Alberto Adeodato quando distingue necessidades individuais das coletivas, *in verbis*: “Nem os indivíduos nem os grupos privados poderão prover a essas necessidades que são coletivas. Diferem por completo das individuais, porque estas nascem e ficam na vida do homem isolado que se supõe isolado, como as necessidades do pão e da água. (...) A necessidade do grupo é, por exemplo, a defesa da propriedade contra ladrões. (...) O Estado intervém para regular e tornar possível a existência de atividades antagônicas; essa intervenção é feita através dos serviços públicos.” DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6.

⁴⁴ Insta consignar que os livros de direito financeiro tratam da classificação de despesas públicas. Cf. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45-47.

Indeclinável perceber, mormente à luz da Constituição garantista de 1988, a interligação entre necessidades públicas e direitos fundamentais sociais. É que, conforme já tais direitos dependem, em regra⁴⁵, de prestações estatais para serem concretizados.

Com arrimo na exegese do texto constitucional, a formulação do elenco das necessidades da sociedade pelos órgãos públicos deve observar a ordem de prioridades firmadas, a fim de assegurar o princípio democrático.

Destarte, é possível qualificar, didaticamente, as necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias.

As necessidades públicas primárias são aquelas indispensáveis à sobrevivência do indivíduo com dignidade⁴⁶. Revelam, portanto, o direito ao mínimo existencial. Ante estas necessidades, os poderes estatais não podem se esquivar sob o manto da reserva do possível e devem destinar o máximo de recursos possíveis para provê-las, sob pena de infringir a cidadania e a própria liberdade⁴⁷.

De outro lado, as necessidades públicas secundárias relacionam-se com direitos e interesses fundamentais da coletividade, não abrangidos pelo mínimo vital. Têm-se, como hipótese, direitos sociais, interesses difusos, etc.

Por fim, as necessidades públicas terciárias prendem-se aos interesses da sociedade relacionados à administração do Estado, como é o caso, por hipótese, da publicidade de programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos de determinado governo (art. 37, § 1º, CF/88).

A importância da classificação consiste na hierarquização das necessidades, no sentido de racionalizar as escolhas orçamentárias e facilitar, posteriormente, o

⁴⁵ Existem direitos sociais que não reclamam prestações estatais do Estado, como, por exemplo, o direito de associação sindical e de greve

⁴⁶ Regis Fernandes de Oliveira anota a existência de necessidades intrínsecas do ser humano que o Estado não pode deixar de atender. Entretanto, o autor ressalva que “entre o ser e o dever ser há bastante distância. Entre o que deve o Estado atender, seja por definição jusnaturalista, seja por disposição positivista, e aquilo que dentro da realidade pode ele resolver, ficam os imponderáveis econômico, político e social”. *Data venia*, no que se refere ao mínimo existencial, segundo a linha de raciocínio delineada neste trabalho, questões econômicas, políticas e sociais não podem ser opostas à satisfação mínima de direitos de sobrevivência, no caso concreto, sob pena de conspurcar a dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ “Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 de dezembro de 2009. p. 8

controle judicial do Orçamento. Ou seja, os gastos públicos deverão ser diretamente proporcionais ao grau de essencialidade conferido às necessidades públicas.

Pedro Germano Anjos⁴⁸ classifica as necessidades públicas em necessidades públicas *stricto sensu*, de utilidade média e de possibilidade regrada.

Na inteligência do autor, as necessidades públicas *stricto sensu* possuem vinculação estrita com o mínimo existencial e são subdivididas em emergenciais e básicas. As necessidades básicas representam os valores sociais e as opções políticas delineadas na Lei Fundante e dirigidas a todos os entes federativos (art. 3º, 6º, 205, 215, 217, 225 a 227 e 230 da CF/88). Por outro lado, as necessidades públicas *stricto sensu* emergenciais são aquelas causadas por fatos jurídicos imprevisíveis e de conseqüências maléficas para a vida da coletividade (extrema seca, enchentes, etc).⁴⁹

Seguindo a trilha desenvolvida pelo autor, necessidades de utilidade média relacionam-se com “fatores úteis à comunidade (...), mas que vão além do mínimo existencial”. A título de figuração, Pedro Germano Anjos, refere-se às construções de anéis rodoviários, pavimentação de ruas, reformas de prédios públicos, construção de praças, etc.⁵⁰

Por exclusão das demais, o autor qualifica necessidades públicas de possibilidade regrada como aquelas que a Constituição apenas permite a consecução, não resultando um dever para o Estado. Como exemplo, cita o direito à publicidade.⁵¹

Acerca dessa classificação, mister tecer uma consideração a fim de manter congruência com o que se defende neste trabalho.

Reporta-se à amplitude conferida ao mínimo existencial. Explique-se: o autor qualifica as necessidades públicas *stricto sensu* como aquelas que guardam conexão com as condições mínimas de subsistência. Porém, concomitantemente, cita, a título de exemplo, o rol de deveres do Estado delineados nos artigos 205, 215, 217, 225

⁴⁸ ANJOS, Pedro Germano. *Natureza das Escolhas Orçamentárias*: por uma classificação constitucional das necessidades públicas. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 2375-2394.

⁴⁹ ANJOS, Pedro Germano. *Natureza das Escolhas Orçamentárias*: por uma classificação constitucional das necessidades públicas. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 2375-2394.

⁵⁰ ANJOS, Pedro Germano. *Natureza das Escolhas Orçamentárias*: por uma classificação constitucional das necessidades públicas. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 2375-2394.

⁵¹ ANJOS, Pedro Germano. *Natureza das Escolhas Orçamentárias*: por uma classificação constitucional das necessidades públicas. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 2375-2394.

a 227 e 230 da CF/88. Se assim o é, indaga-se: Todos estes direitos representam mínimo existencial?

Observe que tamanha maximização do mínimo existencial pode acarretar conseqüências desastrosas para a atividade financeira do Estado, haja vista a escassez dos recursos públicos, fato que inviabilizaria a concretização das necessidades públicas *stricto sensu*.

Para seguir a linha de raciocínio aqui exposta, seria imperioso subdividir as necessidades públicas *stricto sensu* em vitais, básicas e emergenciais, resguardando o direito ao mínimo existencial apenas para a necessidade pública *stricto sensu* vital.

Em razão disso, optou-se pela classificação das necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias.

Feita esta ressalva, passa-se à análise dos parâmetros constitucionais para escolhas orçamentárias.

2.2.3 Parâmetros constitucionais para escolhas orçamentárias

Em face da escassez de recursos e da pluralidade de necessidades públicas, cabe ao Estado efetuar escolhas orçamentárias, estabelecendo, assim, critérios e prioridades.

No prisma dos direitos fundamentais sociais, as escolhas consistem na definição de políticas públicas, que depende, a teor do art. 167 da Carta Magna, de previsão e execução orçamentária.

Não é demais lembrar que, compete aos Poderes Legislativo e Executivo deliberarem acerca do destino e da aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, uma vez que encontra limites formais e materiais na Constituição.

Os limites formais atingem tanto receitas como despesas. Em derredor das ideias de Fernando Facury Scaff, os princípios constitucionais tributários da reserva legal, da anterioridade, da irretroatividade, dentre outros, funcionam como limites formais à receita, impossibilitando a retirada de recursos da sociedade sem respeitar os ditames da Lei Maior. De outro lado, os limites formais à despesa impedem que

determinadas escolhas sejam discricionárias, *ex vi* dos artigos 212 e 198,§ 2º, da Constituição Federal⁵².

Por sua vez, há também limites materiais aos gastos públicos, representados pela ordem de diretrizes, valores e objetivos⁵³ calcados na Constituição Federal, sobretudo na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais. Para o alcance deste desiderato, revela-se indispensável reservar uma parcela do orçamento público para direitos fundamentais sociais, a fim de materializar a cidadania e viabilizar o exercício da liberdade real ou fática⁵⁴.

Constata-se, sem rodeios, que atividades legislativas e executivas em assuntos orçamentários devem estar conectadas aos direitos fundamentais sociais que, exigem prioridade na distribuição de recursos. Advirta-se que será inconstitucional, por hipótese, medida de política econômica que retraia a efetividade de direitos fundamentais sociais⁵⁵

É de gizar, mais um vez, que a realização das necessidades públicas envolve custos, e os recursos são finitos. Diante desta limitação, é forçoso priorizar determinadas necessidades a fim de escolher em que se aplicará o dinheiro arrecadado pelo Estado.

Com espeque nestas reflexões, propugnou-se uma classificação hierárquica, em grau de essencialidade, das necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias, designadamente para racionalizar o processo de escolha orçamentária e efetivar as linhas mestras bosquejadas pelo constituinte.

Não é ocioso evocar que a Administração deve tecer o planejamento orçamentário com equilíbrio e razoabilidade, no intuito de satisfazer, o máximo possível, às necessidades públicas. De logo, frise-se que a escolha da necessidade

⁵² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124.

⁵³ Segundo Manoel Jorge e Silva Neto: “É de conteúdo marcadamente programático os objetivos fundamentais assinalados nos incisos I/IV do art. 3º. Não obstante, tal fato, por si só, não tem o condão de, remetendo-se o comando constitucional ao plano da mera declaratividade, impossibilitar a extração de efeitos concretos das normas constitucionais com eficácia relativa complementável de princípio programático (...) já que é crescente a importância que se vem atribuindo às cláusulas de programa, máxime no que toca à constatação de efeitos de real densidade ocasionados por tais comandos.” SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 38.

⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. In: *Constitucional: Leituras Complementares*, org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 289.

primária não afasta a necessidade terciária, tampouco a secundária, já que o Poder Público está autorizado a atender todos os tipos.

A classificação serve, no primeiro momento, apenas como parâmetro racionalizador da opção alocativa do Executivo e Legislativo. Contudo, após a realização da escolha orçamentária, a aludida classificação facilita o controle político, social e judicial do Orçamento, uma vez que podem ser exigidos aspectos de proporcionalidade e razoabilidade referentes às escolhas, evitando, pois, incoerência de gastos de acordo com as necessidades públicas.

Tanto na fase de elaboração e aprovação da lei orçamentária, quanto na execução, os órgãos estatais devem efetuar escolhas relacionadas ao orçamento com vistas à razoabilidade⁵⁶. Apesar de serem opções políticas - inventariadas no contexto social e econômico da União, Estado, Distrito Federal ou Município – resta imperioso o uso do postulado da proporcionalidade⁵⁷, encartado na Constituição Federal, a fim de resguardar o princípio democrático.

O recurso a exemplo clarifica a questão. A alocação de dinheiro público sob a rubrica ‘publicidade institucional’ ou ‘publicidade de utilidade pública’, emoldurada como necessidade pública terciária, não pode ser equiparada ou majorada em relação à dotação orçamentária destinada às necessidades públicas primárias. De ver-se, portanto, que a discricionariedade é regrada pela proporcionalidade, que viabiliza transparência, equilíbrio e moralidade na Administração Pública.

Nesta trilha, Ana Paula de Barcellos⁵⁸ pondera que “as escolhas orçamentárias recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”. Assim, as opções das despesas públicas não estão na esfera discricionária do administrador, que deve direcionar as decisões de alocação de recursos tendo em mira a garantia dos direitos sociais.

Por óbvio, não é constitucionalmente legítimo admitir absoluta margem de liberdade dos gestores públicos para escolhas orçamentárias⁵⁹, visto que muitas delas já

⁵⁶ Ana Carolina Lopes Olsen pontua que “os próprios poderes públicos (leia-se Executivo e Legislativo) deverão se valer do método da ponderação a fim de pautar suas escolhas alocativas de recursos, de forma racional: por quais razões um determinado bem jurídico tem um peso maior que justifique a alocação de recursos para sua satisfação em detrimento de outros?” LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 196.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 160-175.

⁵⁷ *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2009.

⁵⁹ Corroborando essa afirmação, Fernando Facury Scaff preconiza: “(...) não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor

estão indicadas no texto constitucional, cuja força vinculante exige uma maximização da atuação das autoridades administrativas.

Ainda que não se adote a classificação entabulada como parâmetro, mister rememorar que a *Lex Maxima* determinou vinculação da dotação do orçamento para consagrar direitos à saúde e à educação. Evidentemente, os direitos à saúde e à educação devem ser priorizados pelo Estado, vez que são *conditio sine qua non* para a cidadania, compreendida, segundo as lições de Manoel Jorge e Silva Neto, em sentido amplo. É dizer: “consagrar-se o fundamento à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados aos direitos sociais”.⁶⁰

A história brasileira tem demonstrado uma progressiva vinculação de recursos à consecução dos direitos fundamentais, uma vez que o texto originário da Constituição da República previa apenas a aplicação de percentual mínimo para o setor da educação, enquanto que a Emenda Constitucional n. 29 ampliou esta vinculação ao setor da saúde. Atualmente, há duas propostas de Emendas Constitucionais, PEC’s 60/05 e 280/08, que ampliam a vinculação orçamentária aos setores de segurança e moradia, respectivamente.

Tal fato denota uma confissão antecipada da incapacidade de dar ao orçamento as finalidades públicas que ele deveria ter. Por isso, é urgente o resgate do orçamento a fim de torná-lo, segundo o escólio de Gustavo Amaral, o que ele deveria ser: “o momento máximo da cidadania, em que as escolhas públicas são feitas e controladas”⁶¹.

Repise-se que a nova interpretação constitucional, consagrada no contexto do pós-positivismo, exige a máxima efetivação dos princípios e regras constitucionais por todos os Poderes do Estado. Desta maneira, são indispensáveis a observância de postulados hermenêuticos, como a supremacia da Constituição, a máxima efetividade, etc., no momento da destinação do orçamento pelos poderes públicos.

dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia”. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124

⁶⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5 ed. p. 266.

⁶¹ AMARAL, Gustavo. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al].. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 108

É cediço que a meta e o alcance do bem-estar e justiça social, preconizados na Carta de Direitos, através do asseguramento dos direitos sociais por intermédio do Estado, devem balizar as escolhas dos governantes e gestores. Não podem, neste contexto, os gestores, lançar mão do princípio da discricionariedade administrativa ou escolhas governamentais, sob o pálio da procuração popular outorgada através do voto. Corroborando tal entendimento, ensina Robert Alexy que “em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁶²

Nesta ordem de ideias, afigura-se como parâmetro constitucional a classificação das necessidades públicas de acordo com os delineamentos constitucionais, com aplicação necessária do postulado da proporcionalidade no momento da elaboração e execução de escolhas orçamentárias.

Pensar de maneira diversa, incorre no risco de galvanização da Lei Fundante do Estado Democrático de Direito.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM ABSTRATO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: análise da ADI 4.048-1/DF

3.1 Intervenção judicial no Orçamento

A intervenção do Judiciário em questões orçamentárias é alvo de enorme cizânia doutrinária e jurisprudencial.

Para compreender essa questão, é importante fincar as bases jurídico-constitucionais do Orçamento e o momento histórico que se está a examinar.

Por muitos anos, o Orçamento foi visto como lei de meios, ou como ato administrativo ligado à atividade discricionária do poder público, sem qualquer força vinculativa quanto à fixação de despesas e a efetivação dos interesses sociais.

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, e, principalmente, a partir das perspectivas do direito constitucional contemporâneo, que estabelece a necessidade de constitucionalização do direito e máxima efetivação dos direitos fundamentais, o cenário da lei orçamentária sofre drástica metamorfose.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450.

De mera peça de ficção jurídica, o Orçamento passa a ser instrumento fundamental ao exercício democrático da cidadania e à garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, a natureza da lei orçamentária deve ser considerada tanto no aspecto formal, quanto no material.

Como é cediço, os direitos fundamentais representam a base de legitimação do Estado Democrático e, conseqüentemente, todos os poderes públicos devem agir com vistas a garanti-los.

Não é demais repisar que, o vínculo entre orçamento e direitos sociais é inarredável, na medida em que os custos dos direitos e a escassez de recursos exigem prioridades nas escolhas alocativas para implementação de políticas públicas, em prol do interesse da coletividade.

Por certo, cabem ao Legislativo e ao Executivo, prioritariamente, a deliberação sobre o destino dos recursos orçamentários. Todavia, conforme sublinhado alhures, há limites constitucionais formais e materiais à liberdade de conformação destes poderes, que vinculam determinadas fixações de despesas.

À luz destas afirmações, a margem de discricionariedade da Administração, no momento da escolha orçamentária, precisa estar adstrita aos valores e objetivos constitucionais, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

As normas da Constituição sobre direitos fundamentais sociais obrigam o Legislativo a destinar, por meio da lei orçamentária, recursos para políticas públicas voltadas à concretização destes direitos. Bem assim, a Constituição vincula a execução orçamentária, ao menos, no tocante às necessidades públicas primárias.

Quer se dizer com isso que, em caso de inobservância dos preceitos da Constituição, bem como de omissão total ou parcial do legislador⁶³, o Poder Judiciário estará legitimado a intervir para preservar a supremacia constitucional.

Nesse caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes. A Constituição Democrática não consagrou em seu texto o referido princípio de maneira absoluta, já que admitiu o controle recíproco entre os mesmos (*check and balances*). Portanto, a intervenção do Judiciário manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos⁶⁴.

⁶³CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁴DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

Para além disso, a intervenção do Judiciário não substitui a função do Executivo ou do Legislativo, apenas controla a constitucionalidade de suas ações, com vistas a garantir a democracia e proteger os direitos fundamentais.

Assim, o controle de constitucionalidade da lei orçamentária decorre da supremacia constitucional, o que não quer significar “não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”⁶⁵.

Como se vê, no altiplano do direito constitucional contemporâneo, indeclinável a possibilidade de controle de constitucionalidade do Orçamento Público⁶⁶. Percebe-se que, alijar a verificação de compatibilidade da lei orçamentária com a Lei Fundante do país, é o mesmo que anuir com a ideia de que o Orçamento está acima da Constituição, circunstância impensável em um Estado Democrático de Direito.

Após esta tomada de posição, impende discorrer sobre os meios de controle jurisdicional de lei orçamentária, para, seguidamente, examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.2 Meios de controle jurisdicional de constitucionalidade de lei orçamentária

Conforme assentado no capítulo precedente, o controle judicial de constitucionalidade brasileiro pode ocorrer *in concreto* ou *in abstracto*.

O controle concreto de constitucionalidade opera-se no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido, incidentalmente, num processo *inter partes*.

Por outro lado, no controle abstrato ou em tese, a questão constitucional relaciona-se ao próprio objeto da demanda, é provocada por via principal, através das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ação de declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e o controle só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (quando o parâmetro é a Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (quando o parâmetro é a Constituição Estadual).

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 de dezembro de 2009. p. 13.

⁶⁶ Cumpre registrar que a Constituição Federal de 1988 prevê controle político e social do Orçamento, fato que não obsta o controle judicial.

É evidente, que uma vez ultrapassada a legitimidade do Judiciário para verificar a compatibilidade das leis orçamentárias com a Constituição Federal, resta incontestemente a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade⁶⁷. No entanto, há muitas controvérsias quanto à solução das demandas que envolvem políticas públicas e recursos escassos, como, por exemplo, nos casos difíceis em que não há dotação orçamentária suficiente para atendimento da decisão judicial e, tampouco, recursos disponíveis; quando as políticas públicas estão incluídas no orçamento, mas não foram implementadas, etc.

Diante dos limites propostos neste trabalho, o estudo dos *hard cases* que envolvem controle *in concreto* de leis orçamentárias ficará para outra oportunidade.

Neste momento, o foco será o controle abstrato de constitucionalidade de lei orçamentária.

Já numa análise preliminar, soa óbvio que, elaborado um Orçamento conspurcador dos limites formais ou materiais impostos pela Constituição Federal, cabível a provocação do controle abstrato de constitucionalidade.

Como exemplo, pode-se citar um orçamento de um estado 'x' que, devidamente aprovado pelo Legislativo, destine dois milhões de reais para publicidade institucional e, em contrapartida, fixe uma despesa de trezentos mil reais direcionada à implementação do direito à moradia.

Ora, iniludível a ausência de razoabilidade na escolha orçamentária. Trata-se de necessidades públicas de hierarquias distintas, terciária e primária, respectivamente, circunstância que ensejaria, obrigatoriamente, neste caso específico, maior dotação orçamentária para moradia. Vislumbra-se, portanto, uma inconstitucionalidade material da lei orçamentária do estado 'x', que poderia ser provocada por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Outrossim, em caso de omissão inconstitucional quanto à dotação de recursos para necessidades públicas primárias, que estão relacionadas aos direitos mínimos para uma existência com dignidade, seria viável o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁶⁸.

⁶⁷ Em sede jurisprudencial, não há entendimento consolidado em relação à possibilidade de intervenção judicial no Orçamento. Nesse sentido conferir STJ, REsp 493811/SP, segunda turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15/03/04; STJ, REsp 208893/PR, segunda turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 22/03/2004.

⁶⁸ CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

O problema que surgiu em torno do controle de constitucionalidade em tese do Orçamento é que, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, lei orçamentária tem natureza de lei formal de efeito concreto. Em razão disso, restou prejudicado o controle de constitucionalidade do Orçamento uma vez que, segundo o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal, lei de efeito concreto não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, haja vista a ausência de densidade normativa⁶⁹.

Desde logo, cumpre registrar que, na linha desenvolvida neste trabalho, confere-se à lei orçamentária natureza formal e material. De mais a mais, o orçamento é uma norma como outra qualquer, que estabelece as prioridades quanto à aplicação dos recursos arrecadados e exige o cumprimento de cada uma delas. A entender assim, restaria incólume a viabilidade do controle abstrato em caso de ofensa ativa ou omissiva à Constituição Federal.

Lamentavelmente, a maioria da doutrina entende que lei orçamentária tem natureza de lei formal, destituída de abstração e generalidade.

Ainda assim, a partir da leitura do art. 102 da Constituição Federal, observa-se que o legislador constituinte se referiu, apenas, à normatividade de atos do poder público, nada mencionando a respeito das leis (se de efeito concreto ou abstrato). Destarte, não haveria justificativa para inviabilizar o controle.

Com arrimo neste argumento, Gilmar Ferreira Mendes defende que “não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade de leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido a controle”⁷⁰

De fato, seguindo o escólio de Dirley da Cunha Jr., ao examinar esta questão, “não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador (e constituinte!) não distinguiu e tampouco autorizou a distinção”⁷¹.

Em face destas considerações, defende-se que todo texto normativo, sob forma de lei, pode desafiar controle abstrato de constitucionalidade.

⁶⁹ “Os atos estatais de efeitos concretos — porque, despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata — não são passíveis de fiscalização, em tese, ou seja, em controle por ADI e ADC, quanto à sua legitimidade constitucional”. ADIn 283, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 12/03/1990.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163.

⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 184.

Note que a linha de compreensão delineada pelo Supremo isentou “um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle.”⁷²

Realmente, apenas com a lei 9.882/99, que instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), é que a ‘lacuna axiológica’ construída pelo Supremo foi, teoricamente, colmatada, uma vez que se admite ADPF em face de ato concreto do poder público.

O problema é que, não obstante sua importância enquanto mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ainda não conquistou espaço no Egrégio Tribunal. Tal afirmação decorre da verificação do enorme número de arguições que são extintas sem resolução do mérito.

Calha destacar ainda, no que atine ao controle abstrato do Orçamento, que o Supremo Tribunal Federal admite o manejo de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar lei orçamentária quando restar demonstrado um coeficiente mínimo de abstração e generalidade do ato impugnado, a exemplo do que foi decidido na ADI 2.925, que discutiu o caráter abstrato da norma que tratava da “suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis”⁷³.

Apesar de toda esta divergência na doutrina e jurisprudência, destaque-se que há indicativo de revisão de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à admissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei orçamentária, conforme se passa a expor.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163.

⁷³ PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo. (ADI 2925, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00112 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 52-96)

3.3 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre controle *in abstracto* de lei orçamentária: análise da ADI 4.048-1/DF

Como já retratado, por muitos anos, o controle abstrato de constitucionalidade do Orçamento não foi consentido pelo Supremo Tribunal Federal, sob o manto do alegado ‘efeito concreto’ nas normas orçamentárias.

Contudo, decisões recentes em sede de cautelar (ADI 4.048-1/DF⁷⁴ e ADI 4.049-9) indicam revisão de entendimento dos ministros da Egrégia Corte, no que concerne à admissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas de efeito concreto, editados sob a forma de lei.

Essa mudança de perspectiva veio a lume no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 4.048-1/DF, relator ministro Gilmar Mendes, em que o Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) questionou a constitucionalidade da medida provisória n. 405, de 18.12.2007, convertida na lei 11.658/2008, que abriu crédito extraordinário, em favor de Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor de R\$ 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil e seiscentos e sessenta reais), em nítida violação ao art. 167, §3º, da Constituição Federal, que exige a observância dos requisitos constitucionais de urgência e imprevisibilidade para a abertura do aludido crédito.

Não obstante a aparente indeterminabilidade do conteúdo do que se considere ‘urgente’ ou ‘imprevisível’, a própria Constituição Federal no artigo 167, § 3º exemplifica situações que atenderiam aos requisitos constitucionais e, conseqüentemente, possibilitariam abertura do crédito extraordinário, *ex vi* do teor do art 167, § 3º, CF/88, “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (...)”.

Diante da leitura deste dispositivo, o partido da social democracia brasileira asseverou que, numa análise comparativa entre o parâmetro constitucional para categorizar uma situação como urgente ou imprevisível e a abertura de crédito extraordinário para, por exemplo, custeio, ordinário ou de ressarcimento, ao gestor do

⁷⁴ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

fundo nacional de desestatização, há notória incompatibilidade com a vontade do constituinte originário.

Apesar da importância do exame meritório deste pedido, o estudo pormenorizado da ADI 4.048-1/DF, centrar-se-á na verificação de admissibilidade da ação direta.

É que, devido ao fato de a medida provisória possuir nítido caráter orçamentário, o ponto fulcral da questão gira em torno da admissibilidade da ADI 4.048-1/DF, já que havia entendimento consolidado de não submissão de norma orçamentária à ação direta de inconstitucionalidade. Naquela oportunidade, o partido requerente pediu revisão de jurisprudência, sob a alegação de que “não admitir ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inadequação de tais despesas como créditos extraordinários – que, certamente, não são – é criar espaço de ilegitimidade (de inconstitucionalidade) não passível de controle jurisdicional”.

Ao decidir o caso, o relator, ministro Gilmar Mendes, registrou seu entendimento, enquanto doutrinador, acerca da possibilidade de lei formal de efeito concreto desafiar controle abstrato de constitucionalidade. Segundo o ministro, no artigo 102, I, CF/88, que trata do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte não distinguiu lei dotada de generalidade e abstração das leis de efeito concreto. “Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite esta garantia”⁷⁵.

Seguindo o voto proferido por Gilmar Mendes, a ministra Cármen Lúcia advertiu que pensar em sentido contrário “seria criar um cavalo de Tróia no sistema de controle de constitucionalidade”⁷⁶.

Certamente, não se deve admitir que uma lei permaneça no sistema em patente desarmonia com a Lei Maior.

Na linha desse raciocínio, o ministro Carlos Britto afirmou que a lei não precisa ter densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Especificamente em torno do Orçamento, Carlos Britto deixou

⁷⁵ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 64.

⁷⁶ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 90.

claro que abaixo da Constituição não há lei mais importante que a lei orçamentária, porque é a que mais influencia no destino da coletividade⁷⁷.

À luz destes argumentos, o Egrégio Tribunal decidiu que 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. Por conseguinte, permitiu que normas orçamentárias passassem pelo crivo do controle abstrato de constitucionalidade⁷⁸.

Necessário repisar que, a linha desenvolvida neste trabalho, tem como premissa a natureza formal e material da lei orçamentária, razão que afastaria toda esta celeuma em torno da possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade do Orçamento. Bem de ver, conforme preconizou o Ministro Carlos Britto, a lei orçamentária é um ato de efeito concreto apenas na aparência, já que para ser executada reclama a edição de inúmeros atos⁷⁹. Entretanto, não é este o entendimento da Suprema Corte.

Para além disso, necessário destacar que a análise meritória da ADI 4048-1 demonstra a importância do controle abstrato da norma orçamentária. No caso em exame, vislumbrou-se flagrante inconstitucionalidade da medida provisória que abriu crédito extraordinário sem observar os requisitos constitucionais de urgência e imprevisibilidade.

Observe que, o desvirtuamento de leis orçamentárias gera repercussões diretas na efetivação de direitos sociais e na consolidação da democracia. Afinal, o controle da omissão quanto a criação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais passa, inexoravelmente, pelo Orçamento.

Não se pode admitir a inobservância dos limites constitucionais na elaboração e execução orçamentárias. Ao passar os olhos pela ADI 4048-1, percebe-se um evidente abuso do poder de legislar excepcional do chefe do Executivo, em clara agressão aos limites materiais impostos na Constituição Federal.

Em face disto, ao interpretar o art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu que além dos requisitos

⁷⁷ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 92.

⁷⁸ Vencido, no ponto, o Min. Cezar Peluso que não conhecia da ação, por reputar não se tratar no caso de uma lei, sequer no aspecto formal.

⁷⁹ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, p. 111.

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.⁸⁰

Segundo a compreensão da maioria dos ministros⁸¹, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição, uma vez que 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. Por óbvio, ‘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. Ao revés, a leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência.⁸²

Portanto, a edição da MP n° 405/2007 configurou uma patente transgressão dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários.

Com fulcro nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar, e suspendeu a vigência da Lei n. 11.658/2008.

Impende registrar que, em caso similar, mais especificamente no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 4.049-9, relator Min. Carlos Britto⁸³, o Egrégio Tribunal ratificou o posicionamento firmado na ADI 4.048 MC, para deferir a suspensão cautelar de medida provisória n. 402, de 23 de novembro de 2007, convertida na lei 11.656/2008, que abriu crédito extraordinário em favor de vários órgãos do Executivo, sem observar os requisitos de urgência e imprevisibilidade estabelecidos na Constituição da República.

Sem sombra de dúvidas, tais indicativos de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, para permitir o controle abstrato de lei orçamentária, são extremamente importantes para fiscalização da moralidade e eficiência dos gastos públicos, e, conseqüentemente, para garantia do Estado Democrático.

⁸⁰ ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

⁸¹ Nesse sentido conferir os votos dos ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmén Lúcia.

⁸² ADI 4048 MC, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

⁸³ ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008.

Nesse sentido, emblemáticas as palavras do Ministro Carlos Britto ao defender que deixar a lei orçamentária a salvo do controle de constitucionalidade seria o mesmo que dar as costas ao reconhecimento de sua importância. “Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda sociedade civil”⁸⁴.

Impedir o controle de constitucionalidade de lei orçamentária em muito recrudesceria o desrespeito aos direitos fundamentais e ao princípio democrático. No *leading case* examinado, reluz o abuso do poder de legislar do chefe do Executivo e a agressão aos requisitos constitucionais para abertura de crédito extraordinário.

Note que a abertura do crédito extraordinário desequilibra completamente as finanças da União, uma vez que tem caráter excepcional e terá vigência no exercício financeiro em que for autorizado, *ex vi* do art. 167, § 2º, da Constituição, *in litteris*: “Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.”

Logo, não é desarrazoado afirmar que, a abertura de créditos extraordinários para situações previsíveis ou adiáveis, como as retratadas nas medidas provisórias convertidas em lei, é um dos fatores impeditivos à concretização de direitos sociais, já que os recursos são escassos e as necessidades infinitas.

Decorre daí a relevância da Jurisdição Constitucional como instrumento de proteção dos valores e objetivos incutidos na Lei Maior.

Em face do exposto, advoga-se, inclusive, o controle das escolhas orçamentárias quando não atenderem aos direitos mínimos necessários à garantia da sobrevivência do indivíduo com dignidade.

5 CONCLUSÃO

À luz do que foi delineado nos capítulos precedentes, é viável extrair algumas conclusões:

⁸⁴ ADI 4049 MC, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008. p. 193.

1- O Estado Democrático de Direito, marcado pela concepção contemporânea de direito Constitucional, também denominado de 'neoconstitucionalismo', delinea novos artefatos para o Ordenamento Jurídico, em consonância com as nuances da pós-modernidade.

2- É neste cenário que se faz premente a necessidade de uma filtragem constitucional do Orçamento, antes concebido como mera peça de ficção jurídica (uma lei que não era cumprida). Ou seja, todo processo de planejamento, elaboração e execução orçamentários devem observar os valores e objetivos delineados na Lei Maior, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais.

3- À luz de um Estado voltado à efetivação dos direitos sociais, a teoria do orçamento enquanto lei formal e material parece estar mais adequada à conjuntura neoconstitucional.

4- Não há como negar atrelamento necessário entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e existência de recursos públicos para provê-los. Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que, em sua maior parte, os direitos sociais preconizam regulamentação através de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras da União, Estado, Distrito Federal ou Município para serem implementadas.

5- A apreciação da escassez de recursos públicos não é, necessariamente, condição de possibilidade para reconhecimento do direito, porém, é elemento exterior, que pode comprometer sua efetividade. Dito de outro modo, a cláusula da reserva do possível não é um limite imanente, determinado em abstrato e aprioristicamente. Apenas diante do caso concreto deve-se ponderar a realidade econômico-financeira e, assim, limitar a efetividade do direito fundamental social.

6- É possível qualificar, didaticamente, as necessidades públicas em primárias, secundárias e terciárias.

7- A importância da classificação consiste na hierarquização das necessidades, no sentido de racionalizar as escolhas orçamentárias. Ou seja, os gastos públicos deverão ser diretamente proporcionais ao grau de essencialidade conferido às necessidades públicas.

8- A jurisdição constitucional pode ser definida como poder-função-atividade exercida pelo Estado para resguardar e controlar a supremacia da Constituição, independentemente do órgão que a exerça.

9- A ideia que subjaz à legitimidade Jurisdição Constitucional ganha uma nova perspectiva ao se analisar as regras de legitimação da Constituição propugnada por Tércio Sampaio Ferraz Jr.

10- No altiplano do direito constitucional contemporâneo, indeclinável a possibilidade de controle de constitucionalidade do Orçamento Público. Perceba que alijar a verificação de compatibilidade da lei orçamentária com a Lei Fundante do país, é o mesmo que anuir com a ideia de que o Orçamento está acima da Constituição, circunstância impensável em um Estado Democrático de Direito.

11- Cumpre registrar que, na linha desenvolvida neste trabalho, confere-se à lei orçamentária natureza formal e material. De mais a mais, o orçamento é uma norma como outra qualquer, que estabelece as prioridades quanto à aplicação dos recursos arrecadados e exige o cumprimento de cada uma delas. A entender assim, restaria incólume a viabilidade do controle abstrato em caso de ofensa ativa ou omissiva à Constituição Federal.

12- Defende-se que todo texto normativo, sob forma de lei, pode desafiar controle abstrato de constitucionalidade.

13- Decisões recentes em sede de cautelar (ADI 4.048-1/DF e ADI 4.049-9) indicam revisão de entendimento dos ministros da Egrégia Corte, no que concerne à admissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas de efeito concreto, editados sob a forma de lei.

14- Sem sombra de dúvidas, tais indicativos de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, para permitir o controle abstrato de lei orçamentária, são extremamente importantes para fiscalização da moralidade e eficiência dos gastos públicos, e, conseqüentemente, para garantia do Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.*

ANJOS, Pedro Germano. *Natureza das Escolhas Orçamentárias: por uma classificação constitucional das necessidades públicas*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17 ed. rev. e atual por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional*. In SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br> . Acesso em 01 de dezembro de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRITO, Edvaldo. Aspectos Inconstitucionais da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In MARTINS, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47.

_____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 3, 2003.

_____. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. in *Constitucional: Leituras Complementares*, org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas. 1989.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do executivo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

GUETZÉVITCH, Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Cortereal. Brasília. Ed. Universidade de Brasília. 1980.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Coimbra: editora Coimbra, 1997.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OTO, Ecio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – 8ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5 ed.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. 3 ed. São Paulo: Renovar.