

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**ALEX PEREIRA BÜHLER**

**ORÇAMENTO PÚBLICO E DECISÃO JUDICIAL  
SOB UMA PERSPECTIVA DOS LIMITES  
CONSTITUCIONAIS**

**POUSO ALEGRE – MG**

**2017**

**ALEX PEREIRA BÜHLER**

**ORÇAMENTO PÚBLICO E DECISÃO JUDICIAL  
SOB UMA PERSPECTIVA DOS LIMITES  
CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias

**FDSM – MG**

**2017**

## FICHA CATALOGRÁFICA

B931o

Bühler, Alex Pereira.

Orçamento Público e Decisão Judicial sob uma Perspectiva dos Limites Constitucionais./ Alex Pereira Bühler. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2017. 114p.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias  
Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito Constitucional.

1. Orçamento Público. 2. Democracia. 3. limites constitucionais. 4. Princípios e regras. 5. ativismo judicial. I. Elias, Cristiano Thadeu e Silva. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito Constitucional. III. Orçamento Público e Decisão Judicial sob uma Perspectiva dos Limites Constitucionais.

**CDU340**

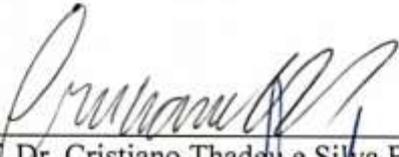
ALEX PEREIRA BUHLER

ORÇAMENTO PÚBLICO E DECISÃO JUDICIAL SOB UMA PERSPECTIVA DOS  
LIMITES CONSTITUCIONAIS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

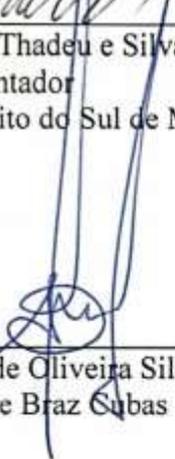
Data da Aprovação 23/05/2017

Banca Examinadora



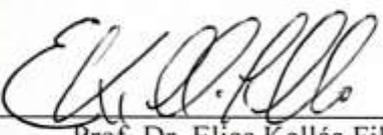
---

Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas



---

Prof. Dr. Ivan de Oliveira Silva  
Universidade Braz Cubas



---

Prof. Dr. Elias Kallás Filho  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG  
2017

*Dedico este trabalho:  
Primeiramente a Deus  
e à minha família.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço:

À Deus, porque, está escrito “Por isso vos digo que todas as coisas que pedirdes, orando, crede receber, e telas ei.” (MARCOS 11:24), desta forma sou eternamente grato por ter recebido a graça deste trabalho;

À minha querida esposa Edna e meus queridos filhos, Bruna e Pedro, por ser a razão de minha vida e o incentivo de meu trabalho;

À minha querida mãe Maria e ao meu querido pai Max em memória, espelhos de minha personalidade;

À Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e a seu corpo docente por todo o trabalho de formação educacional prestado a este discente, os quais proporcionaram mais esta etapa de crescimento intelectual em minha vida;

Ao meu orientador que sempre demonstrou-se aberto às necessidades deste mestrando e soube com paciência trabalhar e lapidar o direcionamento deste trabalho, como um farol que guia o navegante numa noite escura livrando-o dos perigos do mar;

Por fim agradeço aos meus companheiros de curso que formaram sem sombra de dúvidas um grupo amigo, unido e animado durante o curso.

*O propósito de um orçamento é ajudá-los a juntar dinheiro. Uma maneira de garantir que vocês consigam o necessário e, na medida em que se mostrem acessíveis, seus outros desejos. É capacitá-los a perceber seus mais profundos anseios, defendendo-os contra aquisições meramente casuais. Como uma luz brilhando numa caverna escura, o orçamento deixa a descoberto os vazamentos em suas bolsas, dando-lhes condições de estancá-los e destinar as despesas a propósitos definidos e gratificantes.*  
(GEORGE SAMUEL CLASON 1874-1957, O HOMEM MAIS RICO DA BABILÔNIA.)

## RESUMO

BÜHLER, Alex Pereira. *Orçamento Público e Decisão Judicial sob uma Perspectiva dos Limites Constitucionais*. 2017. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, Pouso Alegre, 2017.

Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores contou com a ampla participação popular que notoriamente ocorreu no processo constituinte originário de 1988, deixando patente a forma democrática que estava para ser instaurada no país. Foi inserido no texto constitucional, diversos direitos que demandam muitos recursos públicos para serem implementados. Para custear todos esses direitos, o constituinte originário previu a competência tributária instituindo o dever fundamental de todo cidadão pagar tributos para custear entre outros fins os seus direitos fundamentais. Como instrumento equalizador entre direitos, deveres e seus custos foi instituído o orçamento público constitucional. Porém, o equilíbrio que deveria existir está sendo afetado pelos contenciosos judiciais, que em regra são prestados de forma individual e privada, em detrimento dos direitos fundamentais coletivos. Como consequência temos o aumento do caos executivo pelo desmantelamento do planejamento público via decisões judiciais. Outro efeito inevitável faz do orçamento público cada vez mais uma peça de ficção, porque seu caráter democrático é também desmantelado tornando o Ente governamental incapaz de cumprir com o orçamento público elaborado democraticamente. Trazer alguma proposta para racionalizar, equilibrar e harmonizar as competências constitucionais entre os Três Poderes, de forma a prevalecer em determinadas circunstâncias a supremacia democrática das questões financeiras e orçamentárias na alocação de recursos escassos e deixando aberta a possibilidade para em última instância e sob certas circunstâncias a possibilidade da judicialização dos direitos fundamentais, este é o propósito deste trabalho que aponta uma direção sem a pretensão de esgotar o assunto.

Palavras-chave: Orçamento Público; Democracia; limites constitucionais; princípios e regras; ativismo judicial.

## ABSTRACT

BÜHLER, Alex Pereira. *Public Budget and Judicial Decision from a Constitutional Limits Perspective*. 2017. **Dissertation** (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Master's degree program, Pouso Alegre, 2017.

None of the previous Brazilian Constitutions had the wide popular participation that was notoriously occurred in the original constituent process in 1988, what showed the democratic form that was to be established in the country. It has been inserted in the constitutional text, several rights that require many public resources to be implemented. To defray for all these rights, the original constituent provided the tax competencies, instituting the fundamental duty of every citizen to pay taxes to defray among other purposes their fundamental rights. As an equalizer instrument between rights, duties and their costs, the constitutional public budget was established. However, the balance that should exist is being affected by judicial disputes, which are usually provided individually and privately, to the detriment of collective fundamental rights. As a consequence we have the increased executive chaos by dismantling public planning through judicial decisions. Another unavoidable effect makes the public budget more and more a fiction, because its democratic character is also dismantled making the government body unable to meet the democratically elaborated public budget. To bring some proposal to rationalize, balance and harmonize the constitutional competencies among the Three Powers, so as to prevail in certain circumstances the democratic supremacy of financial and budgetary matters in the allocation of scarce resources and leaving open the possibility found under certain circumstances The possibility of the judicialization of fundamental rights, this is the purpose of this work that points a direction without the pretension of exhausting the subject.

Key-words: Public budget; Democracy; constitutional; limits; principles and rules; judicial activism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 O ORÇAMENTO PÚBLICO .....	12
1.1 Origens do Orçamento Público no Estrangeiro .....	13
1.2 O Orçamento Público no Brasil .....	17
1.3 Aspectos do Orçamento Público Político, Econômico e Jurídico.....	23
1.4 A Tendência Democrática no Orçamento Público .....	31
2 NORMA E REGRA ORÇAMENTÁRIA CONSTITUCIONAL .....	40
2.1 Norma e Enunciado.....	41
2.2 Princípios e Regras .....	47
2.3 As Dinâmicas Entre Princípios e Regras .....	55
2.4 Orçamento Público Constitucional: Regra ou Princípio .....	62
3 ORÇAMENTO PÚBLICO E POLITICAS PÚBLICAS .....	74
3.1 Um Caso Emblemático Entre Direito e Orçamento .....	75
3.2 Direitos Fundamentais são Bases do Estado Social de Direito.....	82
3.3 O Compromisso do Brasil com os Direitos Fundamentais Sociais .....	87
3.4 Custos dos Direitos e Controle Judicial .....	93
CONCLUSÃO .....	102
REFERÊNCIAS .....	106

## INTRODUÇÃO

O Brasil passou por sete Constituições, uma ditadura civil e uma militar, golpes e contragolpes políticos incontáveis, elitismos dos mais variados, revoluções e lutas armadas e graves crises financeiras. Pode ser dito que o tema deste trabalho seria impensável há 29 anos, momento no qual a Assembleia Constituinte deixou seu legado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Nenhuma das Constituições anteriores contou com a ampla participação popular que notoriamente ocorreu neste processo constituinte originário deixando patente a forma democrática que estava para ser instaurada no país.

Sobre o manto da Constituição de (1988), o Brasil vive um dos seus períodos democráticos mais estáveis de sua história, mesmo contando com dois *impeachments* presidenciais, corrupções das mais diversas formas e amplitudes, sem falar das reformas via Emendas Constitucionais incessantes e repetitivos episódios de desrespeito à Magna Carta. Apesar de tudo isso, este período de ouro constitucional também contou com a revolução copernicana do sistema jurídico Brasileiro marcadamente pela supremacia da Constituição de (1988) como jamais foi feito antes, pela preponderância da dignidade da pessoa humana e a presente jurisdição sobre direitos fundamentais individuais e sociais. Neste afã da nova democracia brasileira, o constituinte originário após tantos anos de ditadura e repressão, inseriu no texto constitucional diversos direitos que demandam muitos recursos públicos estatais para serem implementados, os quais segundo Bucci, nem caberiam no PIB brasileiro.<sup>1</sup>

Neste conjunto encontram-se educação básica obrigatória, saúde universal, assistência social, cultura, moradia, desporto, previdência social, lazer, acesso à justiça, meio ambiente entre outros direitos previstos, segundo Leitão, sua obra retrata que no momento constituinte “o fim da ditadura criou a sensação de que tudo era possível, bastava escrever na Constituição e jurar obedecê-la que o direito estava assegurado e os recursos fiscais, garantidos”.<sup>2</sup> Assim, para sustentar todos esses direitos, o constituinte originário aparelhou o Estado brasileiro, em todos os seus

---

<sup>1</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Políticas Públicas em Direito*. In: \_\_\_\_\_ (Org.) *Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico*. 2007. p. 4.

<sup>2</sup> LEITÃO, Mirian. *Saga Brasileira: A longa luta de um povo por sua moeda*. 2011 p. 216.

níveis federativos, com a competência tributária erigindo o dever fundamental de todo cidadão pagar tributos para consagrar seus direitos fundamentais, através das ações executivas governamentais e como instrumento equalizador entre direitos e deveres foi instituído o orçamento público constitucional.

O orçamento público conjugado com os enunciados gerais das normas constitucionais legitima a Administração Pública para as ações implantadoras dos direitos, por isso é no orçamento público que se revela preliminarmente o grau da efetividade dos direitos fundamentais, os quais dependem das prestações estatais efetivas. Porém, o equilíbrio que deveria existir está sendo cada vez mais afetado pelo contencioso judicial, no qual se demanda prestações estatais de fazer, que em regra são prestadas de forma individual privada, isso tudo promovido em detrimento dos direitos fundamentais coletivos.

Após um período no qual essas pretensões foram geralmente negadas, está ocorrendo recentemente uma mudança de entendimento no Poder Judiciário, cuja postura reconhece a plena eficácia dos direitos fundamentais prestacionais contra o Estado enquanto Executivo, de forma a determinar ações urgentes admitindo até o bloqueio de recursos públicos para o seu cumprimento, vinculando particulares que não deveriam ser – privativamente – os destinatários do dever Estatal de cumprir as prestações de direitos fundamentais, forçando ponderações e sopesamento muitas vezes com o afastamento de regras constitucionais como as do dever licitatório, o da reserva de despesas no orçamento público e o pagamento de precatórios, tudo sem a devida argumentação constitucional com base no sobre princípio da Democracia.

Em consequência temos o aumento do caos administrativo nos três níveis da federação pelo desmantelamento do planejamento público via demandas judiciais privadas, em especial os planejamentos que cuidam dos setores mais carentes da população. Outro efeito inevitável faz o orçamento público ser considerado cada vez mais uma peça de ficção, por vez que seu caráter democrático é também desmantelado tornando o Ente governamental incapaz de cumprir com o orçamento público elaborado democraticamente por causa da realocação judicial de recursos escassos.

Trazer alguma proposta para racionalizar e equilibrar esta situação, de modo a harmonizar as competências constitucionais entre os Três Poderes, de forma a prevalecer em determinadas circunstâncias a supremacia parlamentar das questões financeiras e orçamentárias na alocação de recursos escassos e deixando aberta a

possibilidade para em última instância e sob certas circunstâncias a possibilidade da judicialização dos direitos fundamentais, este é o propósito deste trabalho, sem realizado sem a pretensão de esgotar o assunto.

Para este fim, será tratado no primeiro capítulo, o caráter histórico do orçamento público para que não se passe despercebido que um instituto de longa data e que tem seu propósito de existir, não pode ser relegado e uma mera peça com previsão constitucional sem importância, a existência do Estado e a paz social dependem efetivamente do cumprimento e do respeito ao orçamento público previsto na constituição, instituto esse construído sob muitos sacrifícios históricos.

No segundo capítulo, será analisada a moderna concepção jurídica da diferença entre regras e princípios considerando em qual enquadramento podem ser reconhecidos os enunciados normativos do orçamento público constitucional e suas normas derivadas. Esse entendimento é essencial, em tese, para o estabelecimento da sistemática jurídica a ser levada em consideração pelo aplicador do direito quando for decidir as demandas de judicialização privada de direitos fundamentais em face do Estado com grande peso sobre o orçamento público.

Por sequencia, no terceiro capítulo, será feita uma apresentação de um caso emblemático para o direito, cujo estudo quantitativo demonstra um quadro caótico dos efeitos das inúmeras judicializações dos direitos fundamentais sob o orçamento público. O intuito é demonstrar que os direitos fundamentais exercidos privativamente a mandos judiciais têm fortes impactos sobre os orçamentos públicos, que muitas vezes não são percebidos em um primeiro momento pelo julgador.

Posteriormente no mesmo capítulo é apresentado como contra ponto, o comprometimento do Estado Brasileiro com os direitos fundamentais individuais e sociais, cujo aspecto jurídico é forte base para a intervenção do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Ao final, é tratado como a judicialização dos direitos fundamentais com impacto sobre o orçamento público poderia ser, em tese, executada de uma forma melhor, sob certas circunstâncias ora tratando as normas orçamentárias como regras ou ora como princípios, cuja consequência poderia resultar num melhor equacionamento das ações conjugadas entre os Três Poderes respeitando quando possível as alocações de recursos feitas no âmbito democrático, antes de ser dada a decisão de supremacia do Judiciário em defesa dos direitos fundamentais constitucionais exercidos em caráter privado.

## 1 O ORÇAMENTO PÚBLICO

Conforme Severino, o conhecimento científico é feito inicialmente através da observação dos fenômenos e fatos encontrados empiricamente, sobre os quais são aplicados as técnicas e métodos científicos devidamente pautados pelos fundamentos epistemológicos.<sup>3</sup>

Assim, corolário a esta premissa conjugada com as das lições de Portanova<sup>4</sup>, abstrai-se que uma pesquisa sobre orçamento público constitucional requer preliminarmente uma retomada histórica deste instituto, isto porque nestes registros estão as importantes fontes fenomenológicas que lhe deram origem e revelaram os princípios orçamentários conhecidos contemporaneamente.

Nesta direção, o capítulo inicial apresenta os principais marcos históricos do orçamento público ocorrido desde os fenômenos financeiros, políticos e sociais do fim da era feudal até os atuais Estados soberanos; um extenso período no qual o instituto surgiu e foi moldado paulatinamente concomitante às graves desordens públicas, lutas e revoluções que resultaram ao final no fenômeno da constitucionalização.<sup>5</sup>

O conhecimento histórico do orçamento público tem como objetivo compreender que este instituto está alicerçado em princípios jurídicos, fontes normativas de primeira importância uma vez que alicerçam o desenvolvimento dos valores orçamentários segundo cada lugar e seu povo,<sup>6</sup> princípios estes que não podem ser ignorados pelos aplicadores do Direito.

Também é de grande importância destacar neste trabalho que entre as

---

<sup>3</sup> SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. p. 100 – 102.

<sup>4</sup> Portanova ressalta à ciência a importância da busca e o conhecimento dos princípios: “Não se faz ciência sem princípios. Costuma-se mesmo definir ciência como conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios. [...]” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2005. p. 13. Destaques do autor.)

<sup>5</sup> Em seu texto o Beltrão faz menção aos marcos históricos que deram origem ao orçamento público tal como ele é concebido atualmente, um instrumento de planejamento, controle e transparência das finanças públicas. “Do ponto de vista metodológico, cogita-se a existência dos orçamentos públicos a partir das revoluções burguesas dos séculos XVII (Revolução Gloriosa) e XVIII (Revolução Norte-Americana e Francesa), embora a gênese das limitações reais ao lançamento de tributos remonte à Magna Carta Libertatum (1215), imposta pelos nobres ingleses [...]” (BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito econômico, planejamento e orçamento público*. 2015. p. 89. Destaques do autor.)

<sup>6</sup> Rizzatto Nunes ressalta que princípios são pré-existentes e invariáveis diferentemente de valores, aqueles uma vez constatados tornam-se imperativos invariáveis, enquanto estes variam segundo cada lugar e seu povo. (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Doutrina e jurisprudência*. 2002. p. 5.)

principais contribuições do orçamento público estão as funções de tornar as finanças do Estado transparentes e administráveis enquanto instrumento financeiro e orçamentário, assim como instrumentalizar as funções de controle e de planejamento enquanto instrumento de poder político.

Por último, procurasse com este conhecimento preliminar proporcionar a visão da dinâmica do orçamento público brasileiro e suas limitações constitucionais enfrentadas pelo gestor público, para tornar eficazes os programas de políticas públicas que se não forem atendidos satisfatoriamente motivarão o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais individuais e sociais por parte dos cidadãos, como tem ocorrido em escala exponencial<sup>7</sup>.

## 1.1 Origens do Orçamento Público no Estrangeiro

Cogitasse que a gênese histórica do orçamento público tem seus resquícios à época da Idade Média na Inglaterra, embora o instituto tenha sido consagrado somente após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII com o advento do constitucionalismo.<sup>8</sup>

Neste período, nas instituições feudais, todas as receitas, bens e propriedades existentes no reino pertenciam ao rei ou monarca e não havia distinção entre o que era patrimônio público ou privado. A insegurança e a miséria da época contribuíram para a população ficar reunida e serviente aos senhores feudais e ao seu senhor, os quais se reuniam em alianças contra inimigos comuns, instituindo deveres e prerrogativas entre si.<sup>9</sup>

O reino era financiado por meio de receitas oriundas de tributos, de terras arrendadas e outros direitos pertencentes aos senhores feudais ou a seu monarca

---

<sup>7</sup> Fonte apresenta o tema de seu livro ressaltando que, o equilíbrio orçamentário e o planejamento público estão sendo afetados, pela grande quantidade de decisões judiciais sobre prestações específicas do Estado em favor de indivíduos, cuja ponderação aplicada na decisão muitas vezes afasta regras constitucionais financeiras e seu efeito tem causado a falência dos planejamentos públicos, principalmente àquele voltado para a população, tornado o orçamento público cada vez mais uma mera peça de ficção incapaz de cumprir suas funções políticas. (FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2015 p. 21 – 26.)

<sup>8</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. V. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

<sup>9</sup> BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010 p. 523.

sobre tudo o que tinha nas terras de seus domínios. Por costume da época<sup>10</sup>, além das tributações ordinárias, permitia-se também a “tributação extraordinária”, desde que este contasse com o consentimento dos senhores feudais dado por meio de assembleias realizadas em caráter periódico ou permanente.<sup>11</sup>

Vale ressaltar que esta tributação extraordinária somente poderia ser justificada em casos especiais de uma conjuntura de crise a que o reino estava enfrentando, por exemplo, a iminência de guerras ou fatos de importantes interesses públicos, caso contrário os senhores feudais e seu monarca poderiam coletar somente suas receitas ordinárias de tributos, sobre as quais não tinham a obrigação de dar prestação de suas contas.<sup>12</sup>

Nesta época, o foco das preocupações estava assentado somente na manutenção do reino e no poder de seu monarca, ainda não era concebido um instituto de orçamento público propriamente dito com uma técnica contábil organizada das receitas e despesas que permitisse a coordenação de uma gestão financeira do reino adequada. A necessidade de uma organização financeira e orçamentária somente foi despertada aos poucos com o transcorrer de uma série de lutas políticas e sociais, no interesse antagônico das classes feudais inferiores.<sup>13</sup>

Em um desses embates históricos, entre o rei e o parlamento da Inglaterra, foi consagrado o primeiro princípio normativo das finanças públicas, cujo conteúdo impõe a necessidade de existir prévia de autorização do Conselho do Reino para a

---

<sup>10</sup> Chama-se a atenção aqui que, o “costume” de pedir a autorização para instituir tributos já existia e não foi uma inovação da Magna Carta (1215), esta por sua vez foi considerada o primeiro marco histórico normativo legislativo e impositivo deste “costume”, conforme infere-se deste texto de o Baleeiro. “Há exagero em atribuir-se exclusivamente à Inglaterra e à França o princípio do imposto consentido, mas cabe-lhes, sobretudo à primeira, a difusão das doutrinas e das práticas orçamentárias, que já existiam em estado embrionário em todos os povos europeus. Estes, por efeito de instituições feudais, obrigavam o monarca a pedir uma assembleia de contribuintes o assentimento para a aplicação dos tributos. Os princípios da representação política e da anuência expressa para o imposto, bases do orçamento, já estavam implícitos nessas práticas vetustas que há perto de mil anos se observam também em Espanha e Portugal. Deste passariam ao Brasil colonial através das instituições municipais.” (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 526.)

<sup>11</sup> Ibid. p. 523.

<sup>12</sup> Ibid. Id.

<sup>13</sup> Neste sentido: “[...] a origem do orçamento não se prende a elucubrações de técnicos, nem a preocupação de racionalizar a máquina financeira. Uma penosa e multissecular cadeia de lutas políticas tornou a elaboração orçamentária indispensável ao equilíbrio dos interesses antagônicos em volta do poder.” (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 522.)

instituição de tributos ou sua majoração<sup>14</sup>, a consagração da prévia autorização tributária se deu com a assinatura forçada da Magna Carta de (1215)<sup>15</sup> pelo Rei João (1100 - 1216).

Vale ressaltar que, o conteúdo da Magna Carta de (1215) já remete à imposição de um processo legislativo com intenções pré-democráticas, por atribuir um poder de exame autorizativo tributário a um Conselho do Reino. Posteriormente este princípio evoluiu para o que conhecemos hoje no Brasil como o Princípio Constitucional da Legalidade e da Reserva Legal Tributária.<sup>16</sup>

No decorrer da história, o Rei Jaime I (1603 - 1625) desconsiderou a Magna Carta de (1215) em reação da Coroa Britânica contra o Princípio da Prévia Autorização Tributária pelo Conselho do Reino. E para tanto ele usou o argumento de que a soberania do Rei foi dada pelas graças de Deus e assim ele não se sujeitaria às leis humanas.<sup>17</sup>

Este fato incitou uma violenta oposição na Inglaterra, que durou até o reinado de Carlos I (1625 - 1649), o qual manteve com braço forte de represália policial e judicial, os ideais de seu antecessor.<sup>18</sup>

Conseqüentemente, o Rei dissolveu o Parlamento e impuseram vários outros impostos, inclusive sobre os navios mercantes, com vista às grandes navegações. Neste contexto, um homem chamado Hampden (1695 - 1643) negou-se a pagar os tributos e foi condenado a prisão por dívidas, porém o caso Hampden causou grande comoção popular no país desencadeando a guerra civil, na qual o Parlamento em luta armada derrotou e decapitou seu Rei.<sup>19</sup>

Após esse evento foi editado a *Petition of Rights*, já no reinado de Guilherme II de Orange (1626 - 1650), reafirmando o Princípio da Pré-autorização Tributária, pelos representantes do povo. Guilherme de Orange e Maria cederam às condições

---

<sup>14</sup> THE MAGNA CARTA 1215. [...] 12. No scutage not aid shall be imposed on our kingdom, unless by common counsel of our The Magna Carta 6 kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter; and for these there shall not be levied more than a reasonable aid. In like manner it shall be done concerning aids from the city of London.

<sup>15</sup> VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 43.

<sup>16</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 5 caput e II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”; combinado com o, art. 150, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vetado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

<sup>17</sup> VIANA, op. cit. p. 43 – 45.

<sup>18</sup> Ibid. Id.

<sup>19</sup> Ibid. Id.

impostas, confirmando-se assim a supremacia do Parlamento.<sup>20</sup>

Contemporaneamente, segundo Viana o Parlamento inglês é a instituição na Inglaterra que representa as aspirações democráticas de seu povo. Contudo, chama a atenção o autor que, sobre o orçamento público o Parlamento teve sua competência orçamentária paulatinamente reduzida com o passar dos anos e restou pacificado o entendimento que a Coroa tem direito aos recursos financeiros necessários para suas despesas e mais os recursos necessários à administração do governo, que são as chamadas despesas permanentes. Estas despesas permanentes formaram o chamado – fundo consolidado – sobre o qual não pode o Parlamento levantar discussões quanto à sua legitimidade e os recursos devem ser repassados sem maiores indagações.<sup>21</sup>

Pode ser observado que na Inglaterra, a luta dos nobres para votar os próprios tributos não causou uma total hipertrofia do poder da nobreza, nem chegou ao ponto de negá-la o direito de exigir os recursos para suas despesas permanentes e de governo. Este contexto histórico, de aproximadamente 550 anos de evolução das contas feudais, ilustrou de forma cabal que a luta pelo direito de votar os próprios impostos culminou na decapitação do próprio soberano e formalizou o primeiro princípio pré-democrático do orçamento público, a saber: Os tributos devem ser votados e legitimados pelo parlamento.

No decorrer histórico foi germinada a ideia de orçamento público, denominado como *budget* na Inglaterra e na França, cujo desenvolvimento alastrou para outros continentes consolidando-se primeiro na Europa e posteriormente na América do Norte.

Nos Estados Unidos enquanto colônia e sob a influência do mesmo raciocínio inglês, segundo o qual o orçamento público deve ser votado e legitimado pelo Parlamento, os americanos não conceberam a ideia de que um imposto seria legítimo, se ele for instituído em um Parlamento no qual eles não tinham representação, no

---

<sup>20</sup> VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 43 - 45

<sup>21</sup> Sobre o fundo consolidado Viana esclarece que: “Consiste o sistema do fundo consolidado no seguinte: certo número de impostos existe na Inglaterra para atender certos serviços de caráter permanente; anualmente o Parlamento inglês não discute a legitimidade desses impostos nem dessas despesas; aprova o pedido do Governo em globo; quando há excedentes, isto é, quando a receita do fundo excede as despesas torna-se possível discutir esse excedente, para ver se há impostos desnecessários e que devam se abandonar; mas essa discussão nunca se verifica, porque os serviços administrativos crescem e o Governo é sempre obrigado a pedir maiores verbas e, daí, a aprovação dos recursos solicitados, ainda que, para obtê-los, seja preciso criar novos impostos ou agravar os existentes.” (VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 46.)

caso o Parlamento Inglês<sup>22</sup>, a partir de então se rebelaram contra a Inglaterra que havia em 1765 instituído vários impostos sobre a colônia americana. Neste período, os Estados Unidos da América era uma das principais colônias da Inglaterra e se via constantemente subjugado a pagar pesados impostos, os quais motivaram à revolução americana culminando na declaração dos direitos americanos e a consequente independência da América do Norte com a instauração da República. Posteriormente foi organizado o orçamento público americano, mas somente a partir de 1921 com o *Public Budgeting Act*, os americanos começaram a influenciar mundialmente a doutrina orçamentária pública.<sup>23</sup>

Na França, a evolução do orçamento público foi de certa forma desacompanhada de acontecimentos sociais significativos, apesar de que já havia um costume sobre tributação antes da restauração e na Revolução Francesa havia sido estabelecido o direito aos representantes do povo de votar as receitas do Estado, porém esse direito foi negado durante o império de Napoleão e somente após seu domínio é que se praticou o princípio legitimador das receitas públicas pelo povo isso por volta de 1817, a partir de então o orçamento francês juntamente com a organização estatal avançou sua doutrina orçamentária com lições que perduram até os dias atuais nos países mais adiantados.<sup>24</sup>

## 1.2 O Orçamento Público no Brasil

No Brasil, a forma do orçamento público foi herdada de Portugal, cujo desenvolvimento ocorreu através da organização dos municípios espelhados na organização romana. Dotava-se a população com núcleos de personalidade política representativa, constituindo assim, um órgão para a administração local e decretação de tributos para despesas de interesse coletivo e obras públicas. Estes órgãos eram denominados Vereanças ou Senado da Câmara nas cidades maiores.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> “[...] O próprio Washington dizia *que não estava em discussão o pagamento de um imposto miserável sobre o chá, mas, sim, o direito de pagá-lo como cidadãos e não como escravos.* [...]” (VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 47. Grifos do autor)

<sup>23</sup> Ibid. p. 46 – 48.

<sup>24</sup> Ibid. p. 48 – 49.

<sup>25</sup> “A colonização lusa transportou para o Brasil, desde o meado do século XVI, suas instituições municipais, que aqui medraram, assumindo várias delas atitudes de altivez e até de insolências. [...] Os reis portugueses, quando necessitavam de contribuições extraordinárias, “pedidos”, “peitas”, ou “donativos”, para a guerra contra a Holanda, ou cumprimento de paz com esta,

As Vereanças ou o Senado da Câmara cumpriam o Princípio da Representação e da Tributação Concedida, uma vez que estes órgãos eram ativos e dotados de poder através do qual se questionava ou limitava-se por diversas vezes a tributação, como foi o caso do imposto para o sustento das tropas guarnecedoras da velha capital na Bahia, após a invasão holandesa. Nesse contexto, foram depostos alguns governadores como Salvador Correia de Sá e Benevides no Rio de Janeiro em 1960. Portugal como colonizador dirigia muitos pedidos de tributos ao Brasil que eram recebidos, apreciados e rateados pelos municípios através das Câmaras Municipais brasileiras. Um fato curioso é que, algumas delas já efetuavam atividade de créditos naquela época.<sup>26</sup>

No Brasil imperial, a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, atribuiu a competência de fixação anual das despesas públicas e o estabelecimento de meios para pagamento da dívida pública à Assembleia Nacional, dando origem às primeiras disposições formais para a elaboração das peças orçamentárias brasileiras. Nesse período, o orçamento público era de competência mista dividida entre o Poder Legislativo e Executivo, de maneira que a este competia à elaboração da proposta orçamentária e àquele competia a sua aprovação dando forma de lei orçamentária e a fiscalização do exercício financeiro anterior, aqui vale ressaltar que o orçamento misto é muito parecido com o que é feito atualmente.<sup>27</sup>

Posteriormente, com o advento da República Velha e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, alterou a competência orçamentária atribuindo privativamente ao Congresso Nacional a função de orçar receitas e fixar despesas federais, tomar contas do exercício financeiro anterior e ainda o poder de legislar sobre a dívida pública estabelecendo meios para seu pagamento. Para auxiliar o Congresso Nacional na atividade de controle, foi

---

libertação de Angola, dote para a princesa real, reedificação de Lisboa etc. dirigiam seus apelos às Câmaras municipais brasileiras, que deliberavam, então a maneira de repartir o gravame. Algumas delas celebravam empréstimos desde o primeiro século da colonização.”(BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 527.)

<sup>26</sup> Ibid. Id. p. 527.

<sup>27</sup> Segundo o autor, “[...] Surgem as primeiras exigências formais para a elaboração das peças orçamentárias: o Ministro do Estado e da Fazenda devia apresentar anualmente à Câmara de Deputados um balanço geral da receita e despesa do Tesouro do ano antecedente e, também, o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro.[...]” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 11.)

criado o Tribunal de Contas da União. A mudança da competência orçamentária neste período significou a alteração do modelo orçamentário do tipo misto para o tipo legislativo ou parlamentar como chamado em outros países.<sup>28</sup>

Na Revolução de 1930, ocorreram novas mudanças no orçamento brasileiro, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, incorporaram-se ao orçamento público, importantes princípios do direito estrangeiro como, o Princípio da Unidade da peça orçamentária, o Princípio da Especialização das despesas e o Princípio da Exclusividade da matéria orçamentária em lei para proibir a legislação em lei orçamentária de matéria adversa de sua essência, evitou-se com isso as chamadas – caudas orçamentárias –<sup>29</sup>. Ocorria que tais dispositivos em nada contribuíssem para o orçamento e versavam sobre matérias adversas, isto foi um meio muito utilizado pelo governo para burlar os processos legislativos morosos. Neste período, a proposta do orçamento voltou a ser da competência do Poder Executivo retornando o orçamento para o tipo misto e, além disso, restou proibida qualquer limitação das emendas ao projeto original orçamentário executivo feito pelos parlamentares.<sup>30</sup>

No Estado Novo, com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, houve novamente a centralização da competência orçamentária no Poder Executivo, foi criado um departamento vinculado à Presidência da República responsável por estudar a Administração Pública do ponto de vista da economia e da eficiência dos serviços públicos, cuja elaboração da proposta orçamentária deveria estar de acordo com as instruções do Presidente da República. Neste período, os princípios orçamentários foram mantidos, porém ao Poder Legislativo foram impostos prazos mínimos para a apreciação da proposta orçamentária. E esta estratégia inviabilizou de certa forma a apreciação e a votação do orçamento, que neste caso, uma vez exíguo os prazos adotavam-se a proposta

---

<sup>28</sup> MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 11 – 12.

<sup>29</sup> Neste sentido esclarece Baleeiro que, a “cauda orçamentaria” foi um termo utilizado por Rui Barbosa, para estigmatizar as matérias legislativas diversas introduzidas nas edições de leis orçamentárias, sem nexos com o orçamento, para burlar o procedimento legislativo moroso ordinário. (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 558 – 559.)

<sup>30</sup> Trata o autor que: “[...] Pela primeira vez, falou-se em unidade das peças orçamentárias, especialização rigorosa da parte variável do orçamento das despesas e proibição para que a lei do orçamento contivesse dispositivos estranhos à receita e despesa fixada para os serviços anteriormente criados. [...]” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. p. 12 – 13)

originalmente elaborada pelo Poder Executivo. Assim, restou configurado a mudança do orçamento do tipo misto para o tipo executivo de forma velada.<sup>31</sup>

Mais tarde, com a redemocratização o país em 1946, o orçamento retornou ao tipo misto com competência da proposta orçamentária e sanção do Poder Executivo, mas sua apreciação e votação cabia ao Poder Legislativo representado pelo Congresso Nacional, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, consagrou os Princípios da Anuidade, Exclusividade e Especialização, além disso também se instituiu detalhadamente as atribuições do Tribunal de Contas.<sup>32</sup>

Posteriormente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, ocorreu nova hipertrofia do Poder Legislativo no orçamento público, houve a imposição de restrições às emendas orçamentárias pelos parlamentares na atividade legislativa de forma que ao legislador restaram somente a competência para discutir os aspectos formais das peças orçamentárias, elaboradas pelo Poder Executivo, e outras questões de ínfima importância. Neste período vigorou os princípios orçamentários básicos e era vedados, o estorno de verbas, a concessão ilimitada de créditos e a abertura de crédito especial ou suplementar, sem prévia autorização legislativa e sem a indicação da correspondente fonte de receitas. As despesas com obras que perdurassem por mais de um exercício financeiro deveriam estar previstas no plano de orçamento plurianual de investimentos, sem o qual não poderiam ser dotas de verbas nas peças anuais. Neste período primou-se pelo princípio do equilíbrio financeiro entre despesas e receitas estimadas, princípio este conhecido como Princípio do Equilíbrio ou Regra de Ouro do Orçamento, em resumo, não se poderia gastar mais do que aquilo que se arrecadou.<sup>33</sup>

Contemporaneamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05

---

<sup>31</sup> Descreve o autor que: “O Estado Novo inaugurou um regime financeiro fortemente centralizado, em que o orçamento, em todas as suas fases, permaneceu como assunto de competência do executivo. [...] Manteve-se o respeito aos princípios da unidade e exclusividade, incorporando-se prazos exíguos para que o legislativo apreciase a proposta. Não aguardado os prazos, o Presidente da República publicaria o orçamento de acordo com a proposta originalmente elaborada. [...]” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. p. 13 – 14)

<sup>32</sup> Ibid. p. 14

<sup>33</sup> Segundo o autor: “[...] Os parlamentares deviam se contentar com as diretrizes e valores das peças originárias e estavam proibidos, formalmente, de deliberar sobre emendas das quais decorresse aumento da despesa global ou de órgão, projeto ou programa.[...]” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 14 – 17)

de outubro de 1988 consagrou o orçamento público com elevada importância, em virtude da influência de modernas teorias de Administração Pública.

O orçamento público passou a ser concebido não apenas como peça de mera contabilização, mas sim concebido como um instrumento do planejamento e controle governamental sobre o recurso público.

No Congresso Nacional foi instituída a comissão mista permanente para apreciação de matéria orçamentária e fiscalização da execução orçamentária. O planejamento orçamentário e financeiro foi estabelecido para ser feito através de três leis orçamentárias de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo, a lei do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Contudo, a grande inovação desta constituição, foi à instituição da lei de diretrizes orçamentárias, cuja função primordial é formar um elo vinculativo entre a lei de planejamento plurianual e a lei orçamentária anual, ou seja, instrumentalizou-se pela lei de diretrizes um vínculo entre o plano de governo e o orçamento anual com o objetivo de tornar mais efetiva a sua concretização orçamentária.<sup>34</sup>

Mesmo assim, atualmente devido à complexidade do orçamento público muitas dúvidas e diversas respostas podem surgir diante da pergunta: O que é orçamento público?

No senso comum, a maioria as pessoas poderiam responder dizendo que, o orçamento público é uma peça contábil onde se demonstra a movimentação financeira de um governo.

Porém tal definição não atende aos requisitos conceituais para um instituto com alguns séculos de história, de lutas políticas e sociais, cujo desenvolvimento trouxe-lhe uma maior complexidade e amplitudes ensejadoras de uma conceituação mais ampla deste instituto.

Em um primeiro momento, pode ser conceituado e concebido o orçamento público como, um ato administrativo periódico de previsão de receitas e fixação de despesas de um ente público,<sup>35</sup> mas não é somente isso, ele também é uma lei no sentido formal, emanada por um poder político autorizando a arrecadação tributária e

---

<sup>34</sup> MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 17 – 19

<sup>35</sup> Assim define o autor: “O orçamento é um programa, para determinado período, de previsão de todos os recursos que uma entidade é autorizada a arrecadar e, simultaneamente, de fixação das quantias que, ordinariamente, pode despende.” (VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 71 GRIFOS DO AUTOR)

criando obrigações e ao mesmo tempo é um ato condição no sentido material, por limitar e permitir os gastos do poder público.<sup>36</sup>

Contemporaneamente, em um segundo momento, a conceituação do orçamento público entrelaça-se com uma das principais funções do Estado, a Política, fomentadora das negociações entre os poderes Executivo e Legislativo na disputa por recursos financeiros.

Isto porque, é através da função política do orçamento público, que o poder Executivo, faz sua proposta orçamentária ao poder Legislativo, proposta que para ser aprovada instiga o poder Executivo a tentar formar uma representatividade política partidária majoritária no Congresso Nacional. E se o poder Executivo não conseguir formar sua representatividade majoritária, ele fica motivado a negociar a aprovação de sua proposta orçamentária com a oposição político partidária no poder Legislativo, sendo justamente este o fenômeno no qual o orçamento público pode ser conceituado como um instrumento político fomentador da democracia.<sup>37</sup>

Por último, no campo econômico e social, o orçamento público está instrumentalizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um instrumento de planejamento na lei do Plano Plurianual, uma vez que, é através dela que se elabora o plano de investimentos do governo e a implementação de direitos fundamentais constitucionais, que se realizam através das políticas

---

<sup>36</sup> Sobre a natureza jurídica da lei orçamentária conceitua o autor: “A natureza jurídica do orçamento é de lei no sentido formal e ato-condição em sentido material; não é lei em sentido material porque não é ato normativo, não altera o ordenamento jurídico e não gera direitos subjetivos; não é aceito como um ato administrativo de efeitos concretos porque não altera o ordenamento jurídico; é necessária uma lei para tanto. É, pois, **ato-condição**, isto é, aquele praticado de acordo com o ato-regra para possibilitar ou como condição à realização do ato subjetivo.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico: Suplemento à 2ª edição*. 2001. p. 5. GRIFOS DO AUTOR)

<sup>37</sup> Sobre o jogo político no orçamento o autor tece duras críticas a respeito da influência do executivo sobre o legislativo para a aprovação de sua proposta orçamentária: “Uma espécie de *acomodação política* ronda o modelo orçamentário. O que deveria ser produto de um amplo debate nacional não vai além dos limites da disputa de poder político. O executivo domina todo o sistema, conduz os processos, impõem restrições e responsabiliza-se pelo produto final diante da sociedade. [...] A negociação política do orçamento deve ser feita com *integridade*, o que pressupõe que a intermediação legislativa honre os princípios democráticos do mandato político e não se amesquinhe nas conveniências partidárias nem nos apelos das lideranças administrativas. No embate ideal entre o executivo e parlamentar, sobre o dinheiro público, não pode haver espaço para o acordo de bastidor, para o ‘toma lá, dá cá’. [...] Nunca é demais repetir que o sistema orçamentário constitui um instrumento de poder incorporado à dinâmica estatal, daí porque suas decisões expressam, em última análise, não apenas o compromisso do Estado como bom desempenho da política financeira, mas sobretudo, o modo pelo qual a sociedade e seus representantes vêm o recurso público e a destinação que lhe é dada.” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 149 – 153. GRIFOS DO AUTOR)

públicas, cujo objetivo é a consecução do bem estar social e desenvolvimento econômico do país.<sup>38</sup>

Concebe-se assim, a partir de suas diferentes funções e nuances, a conceituação e compreensão do orçamento público como uma peça contábil no aspecto técnico, uma lei no aspecto jurídico formal, um ato condição no aspecto administrativo normativo de sua materialidade, um instrumento democrático no aspecto político e por fim um instrumento de planejamento no aspecto social e econômico.

Esta conceituação complexa demonstra a grande importância do orçamento público para a eficácia dos direitos fundamentais constitucionais uma vez que, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige a realização destes direitos necessariamente através dos programas de políticas públicas do governo, cuja previsão também deve constar no orçamento público constitucional. Este é um requisito restritivo constitucional imposto a todos os poderes políticos<sup>39</sup>, e não somente ao Executivo e ao Legislativo, mas também ao Judiciário.

### 1.3 Aspectos do Orçamento Público Político, Econômico e Jurídico

O orçamento público é um instituto multifacetado que foi aglutinado de valores e conceitos durante sua história de desenvolvimento possuindo diversos aspectos que impactam a vida política, social, econômica e jurídica, das pessoas e gerou vários novos reflexos sob as funções do Estado. Por este motivo faz – se necessário uma abordagem conceitual destes aspectos, para uma melhor compreensão do funcionamento do orçamento público constitucional.

O primeiro aspecto é o técnico, segundo o qual cada Estado soberano possui em regra a constituição de sua técnica para a elaboração orçamentária com base em suas tradições. O orçamento público brasileiro, por sua vez, teve suas origens lusitanas, mas contemporaneamente sofreu forte influência norte americana desde o

---

<sup>38</sup> Explica o autor que: “4.2 Plano Plurianual O plano plurianual é o componente superior da estratégia de planejamento em logo prazo e se destina a formular grandes diretrizes para as finanças públicas do Estado, orientando ações executivas voltadas à promoção do bem-estar social e progresso econômico.” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 49)

<sup>39</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, “art. 167. São vedados, I - o início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual.”

Século XX. Por isso o orçamento tradicional passou a ser concebido como – orçamento desempenho – e este evoluiu para o atual – orçamento-programa – permanecendo ainda em constante trajetória evolutiva.<sup>40</sup>

O aspecto técnico do orçamento público é compreendido com um instrumento de programa de governo, o qual deve ser desenvolvido primeiramente como um planejamento, materializado em um documento onde se constará a previsão de receitas e a fixação de despesas, elaborado pelo Poder Executivo. Para posteriormente ser transformado em uma lei pelo poder Legislativo através de sua atividade legiferante, para então ser posto em prática pelo poder Executivo.<sup>41</sup>

O que se quer deixar claro é que o aspecto técnico do orçamento público é a arte de sua elaboração, que por sua vez não possui fórmula universal, mas sempre deve ser observada a presença dos princípios orçamentários consagrados na história.

Seja qual for a técnica adotada, os princípios são totalmente ou parcialmente respeitados segundo as necessidades do governo e as tradições de cada país, o que se objetiva é uma técnica de um instrumento orçamentário que corresponda à conjuntura de cada Estado Soberano.

O aspecto técnico do orçamento público brasileiro atualmente está estruturado na Constituição em três dimensões, a saber:

A primeira dimensão é o – planejamento orçamentário ou o planejamento de governo – que será formalizado pela lei do Plano Plurianual,<sup>42</sup> na qual devem estar

---

<sup>40</sup> Conclui o autor que: “A arte de preparar orçamentos não fixou ainda um protótipo de aceitação universal. Cada Estado segue, em regra, suas tradições, embora alguns imitem aperfeiçoamentos de outros. [...] É sensível a influência da técnica americana no aspecto gráfico e material do orçamento brasileiro dos últimos anos, embora tenhamos, no assunto, uma experiência que os Estados Unidos só adquiriram depois de 1921. [...] A evolução da técnica orçamentária está em pleno curso, como se vê da recente concepção do *performance budget* dos Estados Unidos ou da bipartição entre orçamento de rotina e orçamento de capital, que algumas nações experimentam desde o período entre as duas Grandes Guerras, assunto examinado no capítulo XLII.” (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 549. GRIFOS DO AUTOR)

<sup>41</sup> Sobre o tema discorre o autor: “Visto sob seu aspecto jurídico, admitimos, para evitar controvérsias, que o orçamento é uma lei. Entretanto, sob o ponto de vista técnico formal, o orçamento é um programa; é um documento em que se concretizam a previsão das rendas e a limitação das despesas. No primeiro caso, vemos a lei isto é, o ato legislativo que aprova um programa de recursos e gastos. No segundo, temos o programa propriamente dito sem a sanção, sem a aprovação que transforma em lei; vemos apenas o documento, o instrumento. [...] Para os que trabalham *tecnicamente* no orçamento, o primeiro aspecto, o aspecto jurídico não importa muito, porque prepararam a *proposta orçamentária*, o *documento orçamentário*, enfim o *programa* de previsão de rendas e fixação de despesas. [...]” (VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 68 – 69. GRIFOS DO AUTOR)

<sup>42</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 165, I, §1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as

estabelecidos de forma regionalizada, os objetivos e as metas da Administração, tudo com a devida estimação de despesas de capital e os programas de duração continuada.

A lei do Plano Plurianual orienta a execução dos planos nacionais, regionais e setoriais do governo, estando consubstanciados em relatórios anuais, dos andamentos dos programas e nas justificativas dos órgãos referente às discrepâncias ocorridas durante a execução orçamentária.<sup>43</sup>

Sua segunda dimensão técnica é as – diretrizes orçamentárias – que serão instituídas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias<sup>44</sup>, obrigatória apenas para os entes federais e prevê o estabelecimento de prioridades e metas de execução para a administração federal. Nesta lei devem estar incluídas as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, que servirá como base para a elaboração da Lei Orçamentária Anual.

Por terceira dimensão técnica tem-se a Lei Orçamentária Anual<sup>45</sup>, ou o – orçamento anual – que concretiza um documento no qual se prevê os orçamentos fiscais, orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social.

É neste documento, no qual o orçamento público mais se assemelha a uma planilha contábil e permite verificar os demonstrativos orçamentários, sua execução

---

diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

<sup>43</sup>Conceitua o autor que: “A lei de diretrizes orçamentárias compreende as prioridades e metas da administração pública federal, a estrutura e organização dos orçamentos e as regras essenciais para sua elaboração e execução. Cuida das disposições relativas à dívida pública e das normas referentes às despesas da União com pessoal e encargos sociais, por força dos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta lei, também trata, da política de créditos das instituições financeiras oficiais de fomento, da fiscalização orçamentária pelo legislativo e das disposições sobre mudanças na legislação tributária da União” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 52)

<sup>44</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 165, II, § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

<sup>45</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 165, III, § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

que deve obedecer à Lei de Diretrizes Orçamentárias a qual, por sua vez deve estar em consonância com o planejamento, ou seja, a Lei do Plano Plurianual.

O aspecto seguinte refere-se ao papel econômico do orçamento público, antes da Revolução Industrial, em tese, a economia era pura e simples de tal forma que não havia necessidade de uma intervenção estatal em seu domínio, o mercado era estável e regulava-se por si mesmo, porém, com a Revolução Industrial houve grandes mudanças tornando a economia complexa e influenciada por diversos fatores, principalmente pelos grandes capitalistas, que agem através de especulações financeiras e do desenvolvimento do comércio internacional. Deste fenômeno resultou, por exemplo, a grande crise econômica dos anos 30, revelando a fragilidade do mercado demonstrando uma vez que este não se regulava mais por si mesmo e este efeito motivou a necessidade de uma intervenção ativa do Estado, na econômica, para restaurar seu equilíbrio.<sup>46</sup>

Neste campo, a intervenção estatal está quase sempre voltada à macro economia e tem por objetivo principal a eliminação das distorções alocativas e distributivas dos recursos financeiros favorecendo a promoção da melhoria de vida da sociedade. O Estado atua para reestabelecer o equilíbrio econômico, na defesa do bem-estar social e conseqüentemente à 'saúde' de suas finanças uma vez que o Estado auferir grande parte de suas receitas através da fiscalidade das atividades econômicas da sociedade. Para tanto, o Estado exerce na economia três principais espécies de funções econômicas, quais sejam: a função alocativa, a função distributiva e a função estabilizadora.<sup>47</sup>

Pelos mesmos motivos, a Constituição de 1988 reafirmou o regime econômico capitalista do país, permitindo a existência do mercado, com a garantia do direito à propriedade privada e à livre iniciativa,<sup>48</sup> uma vez que essas garantias são necessárias para a dinâmica da economia capitalista e sua prosperidade.<sup>49</sup> Igualmente, o texto

---

<sup>46</sup> VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval. *Economia: Micro e Macro*. 2002. 439 p. 22 – 27

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 190 – 193

<sup>48</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 1º, IV; art. 5º caput, XXII; Título VII.

<sup>49</sup> Neste sentido o autor compreende que “O mercado é a instituição básica do capitalismo. Nele é que se podem dinamizar, alcançando o máximo resultado de suas potencialidades, os valores jurídicos fundamentais do sistema: direito de propriedade dos bens de produção e liberdade de contratar. O mercado assim, *habitat* essencial de tais valores, é que oferece as condições mais propícias àquela dinamização. Do seu eficiente funcionamento é que a prosperidade e a própria continuidade do sistema capitalista.” (GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. 1978. p. 15. GRIFOS DO AUTOR)

constitucional, institui mecanismos que permitem um intervencionismo estatal no mercado, com o objetivo de restaurar o equilíbrio econômico e social.<sup>50</sup>

A Constituição de (1988), em seu art. 174, tem seu aspecto econômico do orçamento público elencando o – planejamento – como uma das formas de intervenção do Estado no mercado Brasileiro, assim, o orçamento público enquanto Plano Plurianual é o instrumento de planejamento estatal intervencionista de maior expressão, pois é a partir dele que se realizam os estudos pelos quais se levantam os dados das necessidades sociais e econômicas do país em seus diversos interesses, para que após análise seja formado um relatório, sobre o qual será possível traçar os objetivos e as metas dos procedimentos de intervenção do Estado no domínio econômico, através de investimentos, e ações fiscais.<sup>51</sup>

Chama-se aqui a atenção que, as metas intervencionistas num primeiro momento, devem constar do orçamento público, porque são justamente as leis orçamentárias que autorizam o Estado agir e intervir, tudo em atendimento ao Princípio da Legalidade.

Um dos aspectos econômicos do orçamento público fica mais evidente quando analisada a dinâmica no mercado, na qual ele exerce tensões no quadro econômico do país como se fosse um contra peso na balança procurando reestabelecer o equilíbrio.

Nos momentos de crise financeira, em tese, o governo estimula, via orçamento/planejamento, o aumento nos investimentos públicos, injetando dinheiro no mercado econômico para aquecer a economia enfraquecida até que a iniciativa privada se fortaleça novamente.

O inverso, em tese, também deverá ocorrer, nos momentos de maior estabilidade econômica, o governo deve reter os investimentos públicos para que, a iniciativa privada se desenvolva exercendo a atividade no lugar do Estado e o

---

<sup>50</sup> Neste sentido para o autor: “Os estados sociais-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social (CF. art. 70). [...] Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação do domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 2014. p. 683 – 684.)

<sup>51</sup> Neste sentido compreende o autor que, “Planejamento é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 2014. p. 844.)

superávit estatal surgido deverá ser reservado para a distribuição de renda aos setores menos favorecidos da sociedade, através dos programas sociais e na formação de um fundo de reserva estatal para os momentos de crise.<sup>52</sup>

As modalidades interventivas do Estado Brasileiro na economia são as seguintes: o controle de preços, o controle de abastecimento, a repressão ao abuso do poder econômico, o monopólio, a fiscalização, o incentivo e o planejamento.<sup>53</sup>

Verifica-se desta forma que, o orçamento público, enquanto planejamento, não funciona somente como instrumento de previsão econômica das atividades estatais, mas, é verdadeiramente um instrumento de intervenção estatal na economia com objetivos de manter o equilíbrio da economia para o bem estar social e de si mesmo.

O terceiro aspecto do orçamento público e talvez o aspecto mais perceptível, seja o seu aspecto político de poder<sup>54</sup>, para entendê-lo basta observar o fenômeno das relações democráticas fomentadas no bojo do processo orçamentário, entre o poder Executivo e poder Legislativo se relacionam.

Cada um destes poderes tem o intuito e o agir norteado para a discussão de fazer constar no orçamento aprovado, as suas pretensões ou cercear as pretensões do outro segundo o jogo político de interesses.

O poder Executivo, preliminarmente, tenta garantir a aprovação de seu projeto de lei orçamentária formando uma significativa representação partidária no Congresso

---

<sup>52</sup> O autor faz a observação que: “O orçamento, por seu aspecto econômico, é estabilizador e amortecedor dos *choques* da conjuntura (ver nº 42.3., deste capítulo) e pode concorrer com outras medidas pra modificação das estruturas do país, inclusive no sentido de seu desenvolvimento. [...] bem diverso daquele em que se situavam os financistas clássicos: a preocupação não deve residir em equilibrar o orçamento com se fosse um fim em si mesmo e não simples meio ao serviço da prosperidade nacional. *Não se trata de equilibrar o orçamento mas, mas fazer com que este equilibre a economia nacional.*” (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 538. GRIFOS DO AUTOR)

<sup>53</sup> Ensina o autor que: “5. Meios interventivos São substancialmente, meios de intervenção do Estado no domínio econômico: o controle de preços, o controle do abastecimento, a repressão ao abuso do poder econômico, o monopólio, a fiscalização, o incentivo e o planejamento, cujos regimes são sucintamente apresentados nos tópicos subsequentes. [...] A Constituição erigiu o planejamento como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 174). O Planejamento, consoante esse preceptivo, é determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. [...]” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2009. p. 827 – 830. GRIFOS DO AUTOR)

<sup>54</sup> O orçamento é como uma forma de poder político para o autor: “Nunca é demais repetir que o sistema orçamentário constitui um instrumento de poder incorporado à dinâmica estatal, daí porque suas decisões expressam, em última análise, não apenas o compromisso do Estado com o bom desempenho da política financeira, mas sobre tudo, o modo pelo qual a sociedade e seus representantes vêm o recurso público e a destinação que lhe é dada.” (MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 152.)

Nacional, ou então realizando negociações com os parlamentares da oposição.<sup>55</sup>

Não obstante, o poder legislativo, ainda assume durante a votação orçamentária e a execução do orçamento, a função de órgão fiscalizador das contas públicas, com o auxílio do Tribunal de Contas, dando prosseguimento ao jogo democrático entre ele e o Executivo.<sup>56</sup> Conforme esclarece Baleeiro, o orçamento público no campo político além de representar o plano autorizativo de despesas e estimativa de receitas, o mesmo possui também o condão de controle das finanças governamentais nas ações do poder Legislativo sobre a gestão do poder Executivo.<sup>57</sup>

O poder inflamado no processo orçamentário com a recusa legislativa do orçamento proposto, pelo Executivo, pode ser interpretada como uma falta de confiança popular no governo e em um país com regime parlamentar isso significa a queda no gabinete, nos países presidencialistas é concebido como uma manifestação para a renúncia do presidente ou para que mude seus ministros de estado.<sup>58</sup>

O quarto aspecto do orçamento público é caracterizado no âmbito jurídico e por dois pontos de análises concorrentes principais, a saber:

Primeiramente sob o ponto de análise formal, o orçamento público é compreendido como ato-regra, ou seja, uma lei. Isto porque, o orçamento público além de ser submetido a um processo legiferante, a Constituição de (1988) assim instituiu o seu *status* de lei.

No mesmo sentido, o orçamento público não pode ser concebido como lei material, pois lhe falta os requisitos inerentes a esta, quais sejam: impessoalidade, generalidade dos atos subjetivos, além do tramite legiferante ser especialíssimo diferentemente do processo legiferante ordinário aplicado nas demais leis, mas mesmo assim, apesar da função do orçamento e das peculiaridades de sua elaboração de seu conteúdo, o orçamento público é lei formal por que assim está instituída pela

---

<sup>55</sup> Sobre a dinâmica política discorre o autor: “O caráter eminentemente político dos orçamentos pode ser observado ainda na evolução dos regimes democráticos modernos. O poder Executivo, para aprovação de seu programa de governo consubstanciado no orçamento anual, necessita de maioria parlamentar e, para obtê-la, transige com os desejos desta ou passa a ser o mero órgão da vontade dela.” (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 532.)

<sup>56</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, seção IX Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, art. 70 e ss.

<sup>57</sup> BALEIRO, Aliomar. Op.cit. p. 529 – 534

<sup>58</sup> Ibid. p. 534

constituição.<sup>59</sup>

Uma justificativa aceitável para o constituinte atribuir ao orçamento público o *status* de lei pode ser justificada ao se analisar o Princípio Constitucional da Legalidade<sup>60</sup>, pelo qual se impõem à Administração pública uma estrita obediência à lei.

Assim, por consequência deste princípio, conclui-se que o orçamento público deve necessariamente ter o *status* de uma lei, que consubstancie os atos da Administração pública autorizando-a a agir na conformidade do ‘orçamento-lei’, legitimando desde então seus atos de gestão.<sup>61</sup>

Sob outro ponto de análise, há na doutrina jurídica a compreensão do orçamento público como um mero ato-condição, ou seja, um ato administrativo necessário, que não causa efeitos concretos, isto porque sua matéria não altera o ordenamento jurídico e não gera direitos subjetivos. O orçamento público como ato-condição tem o propósito de preencher os requisitos de outro ato-regra pré-existente, ou seja, de outra lei para surtir efeitos no campo jurídico.<sup>62</sup>

Esta segunda análise compreendendo o orçamento público como mero ato-condição é a posição majoritária na doutrina jurídica, resultante de um antigo debate entre juristas, como Leon Duguit e Gaston Jèze,<sup>63</sup> os quais se utilizaram da mesma técnica de análise, porém, chegando a resultados diferentes, restando consolidada a conclusão de Jèze (1912), que define o orçamento público não como uma lei, mas

---

<sup>59</sup> “Esse problema da natureza jurídica do orçamento ocupou durante muito tempo, a atenção dos juristas e os dividiu em correntes, segundo teorias diversas. Lei para uns, simples ato administrativo, sem caráter de lei para outros, ainda poderia ser ambas as coisas para um terceiro grupo. [...]” (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 553 – 555.)

<sup>60</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda nº 91/2016, art. 37, caput, (Princípio Administrativo da Legalidade *Latu Sensu*) e o art. 74, II, (Princípio Administrativo da Legalidade *Strictu Sensu*) a ser aplicado da gestão orçamentária e financeira pública.

<sup>61</sup> Ensina o autor que: “2.1 Princípio da Legalidade. O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2009. p. 7)

<sup>62</sup> O autor, no mesmo sentido: “A natureza jurídica do orçamento público é de lei em sentido formal e ato-condição em sentido material porque não é ato normativo, não é aceito como um ato administrativo de efeitos concretos porque não altera o ordenamento jurídico; é necessária uma lei para tanto. É, pois, ato-condição, isto é, aquele praticado de acordo com o ato-regra para possibilitar ou como condição à realização do ato subjetivo.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico: Suplemento à 2ª edição*. 2001. p. 5.)

<sup>63</sup> BALEEIRO, Aliomar. Op. cit. 2010. p. 555

como um ato-condição.<sup>64</sup>

Por fim, esclarece-se que para os efeitos deste estudo, considerar-se-á juridicamente que, o orçamento público é – um ato-condição com status de lei – desde que observado seus limites enquanto lei especialíssima e restritas aos limites de um ato-condição, isto para que assim se evite a celeuma da antiga discussão sobre a natureza híbrida do orçamento público concebido num momento como lei e em outro como ato administrativo de condição.<sup>65</sup>

#### 1.4 A Tendência Democrática no Orçamento Público

O orçamento público, com já apresentado, surgiu como um resultado de disputas entre nobres e monarcas, pelo poder político e econômico, cujos resquícios de sua gênese remontam à idade média na Inglaterra juntamente à Magna Carta de (1215)<sup>66</sup> na qual, um dispositivo exigia a prévia autorização do conselho do reino para a instituição de impostos<sup>67</sup>, isto consagrou no decorrer histórico o reconhecimento dos princípios da Reserva Legal Tributária e da Legalidade Autorizativa Orçamentária<sup>68</sup>.

Porém, o instituto mais aperfeiçoado e propriamente concebido como –

---

<sup>64</sup> O autor conceitua o orçamento público um ato-condição em suas palavras : “Il faut donc conclure que le budget des recettes est, non pas une loi, mais un acte-condition. [...] En somme, avec cette deuxième combinaison, nous aboutissons à la même conclusion que tout à l’heure : ou bien le budget des dépenses (pour une partie des dépenses publiques) n’a aucune signification juridique ; ou bien (pour une autre partie) c’est un acte-condition .” (JÈZE, Gaston. *Cours élémentaire de Science des finances et de législation financière française*. 1912. p. 30 – 32.)

<sup>65</sup> Descreve o autor que: “Os debates na Assembleia Constituinte de 1946 sobre o art. 141, §34, da Constituição desse ano denunciam a influenciada corrente que considera o orçamento como ato-condição. Aliás, essa influência já se exercera sobre o art. 27 do Código de Contabilidade” (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 2010. p. 557)

<sup>66</sup> Em seu texto o Beltrão faz menção aos marcos históricos que deram origem ao orçamento público e como ele é concebido atualmente, um instrumento de planejamento, controle e transparência das finanças públicas. “Do ponto de vista metodológico, cogita-se a existência dos orçamentos públicos a partir das revoluções burguesas dos séculos XVII (Revolução Gloriosa) e XVIII (Revolução Norte-Americana e Francesa), embora a gênese das limitações reais ao lançamento de tributos remonte à Magna Carta Libertatum (1215), imposta pelos nobres ingleses [...]” (BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito econômico, planejamento e orçamento público*. 2015. p. 89. Destaques do autor.)

<sup>67</sup> THE MAGNA CARTA 1215. [...] 12. No scutage not aid shall be imposed on our kingdom, unless by common counsel of our The Magna Carta 6 kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter; and for these there shall not be levied more than a reasonable aid. In like manner it shall be done concerning aids from the city of London.

<sup>68</sup> VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 1950. p. 43.

orçamento público – remonta à época dos Séculos XVII e XVIII, período histórico no qual foi desenvolvido este instrumento para permitir a organização das finanças públicas com certo nível de controle político legislativo sobre os atos do poder político dirigente, assim foi consagrado e realmente conhecido o instituto como orçamento público, isto somente após as revoluções liberais e com o advento do Constitucionalismo.<sup>69</sup>

Neste período o orçamento público já era concebido no seu aspecto jurídico como uma – lei que fixa as despesas e estima as receitas – conforme constou no Código de Contabilidade Francês e na Constituição Alemã de 1871. A lei orçamentária era vista como uma – lei de meios – uma vez que o Estado Liberal buscava seu equilíbrio financeiro e o – orçamento lei – expressava os meios estritos pelos quais o Estado promoveria suas ações financeiras.<sup>70</sup>

Posteriormente, no final do Século XIX, período da Revolução Russa e do surgimento das Constituições Mexicana e de Weimar foram agregando-se as consequências negativas da revolução industrial restando demonstrando que o idealismo do *laissez-faire* ficou inconsistente para com as novas necessidades da sociedade de massas, isto porque as consequências sociais e econômicas negativas da época ensejaram o alargamento da atuação interventiva do Estado objetivando corrigir as distorções da economia através da adoção de programas de desenvolvimento, como no caso da teoria do desenvolvimento anticíclico de Keynes<sup>71</sup>.

Segundo Keynes, a incrementação do investimento público ampliaria a economia na medida em que o governo, uma vez fomentando o pleno emprego fomentaria também o consumo fazendo as – engrenagens da economia girarem –.<sup>72</sup>

Contudo, a teoria anticíclica de Keynes possui uma falha, ela não se mantém em períodos prolongados de tempo, isto porque, apesar da teoria proporcionar um resultado positivo econômico imediato, o investimento público por um longo período

---

<sup>69</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. 2000. p. 3.

<sup>70</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 2005. p. 64 - 65.

<sup>71</sup> Segundo, Keynes: “Se as tendências psicológicas do público são realmente as que supomos, estabelecemos aqui a lei de que o aumento de emprego consagrado ao investimento estimula necessariamente as indústrias que produzem para o consumo, determinando, assim, um aumento total do emprego que é um múltiplo do emprego primário exigido pelo próprio investimento.” (KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. 1996. p. 136)

<sup>72</sup> Ibid. p. 136-144.

de tempo perde seu fator econômico multiplicador que são os recursos públicos e o governo fica forçado a reduzir as despesas de investimentos devido ao grande aumento do endividamento público, em resumo é um mecanismo que se mostra insustentável em longo prazo.<sup>73</sup>

Por causa desta insustentabilidade orçamentária, no final da década de 70, com os investimentos maciços em empresas públicas e o aumento incondicional dos gastos públicos formando um conjunto de ações governamentais deficitárias, a teoria anticíclica perdeu sua força e houve um movimento de retorno à teoria do equilíbrio orçamentário. Este fenômeno deu-se através de novas interpretações das Constituições francesa, alemã, americana e inclusive a brasileira conjugando valores de forma que, mesmo no cenário neoliberal versus socialismo fossem permitidos cortes de gastos públicos para o reestabelecimento do equilíbrio orçamentário.<sup>74</sup>

Mas apesar disso, a teoria anticíclica de Keynes não foi totalmente abandonada, a função dos orçamentos na economia passou a ter um aspecto mais flexível segundo a necessidade e o papel do Estado como regulador econômico, ora apresentando-se em maior ou menor grau nas intervenções estatais como, por exemplo, no uso das funções extrafiscais, no incremento de obras públicas, na concessão de crédito, na participação de empresas públicas, no ramo da iniciativa privada etc.

Com o pós 1ª Guerra Mundial, observa Baleeiro que o desenvolvimento do aspecto econômico do orçamento público prejudicou em parte dois princípios clássicos orçamentários, o da anualidade e o da unidade que instituíam um orçamento público único e estável. Surgiu assim o orçamento público duplamente dividido, o de custeio e o de capital, os quais mesmo que interdependentes devem ser adaptados às flutuações da conjuntura econômica.<sup>75</sup>

Esclarecendo, o orçamento de custeio tendente a se aproximar mais do orçamento orgânico de despesas e receitas do Estado e, portanto com caráter mais equilibrado, já o orçamento de capital tende a satisfazer um programa político de intervenção estatal na economia com funções anticíclicas e, portanto, centralizando

---

<sup>73</sup> KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. 1996. p. 143.

<sup>74</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. In: \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2008. p. 73-75.

<sup>75</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Dejalma de Campos. 2006. p. 431.

maior volume de recursos.

Adotado pelo Brasil, o orçamento público a partir da Constituição de (1946), tomou moldes, suecos e dinamarqueses com a edição da Lei Complementar nº 3, de 1967, mas seu *status* constitucional de planejamento ganhou o nível mais aprimorado somente na Constituição de (1988).<sup>76</sup>

O orçamento público hodiernamente é concebido não apenas como peça de mera contabilização, mas sim como um instrumento do planejamento e controle governamental sobre o recurso público.

No Congresso Nacional foi instituída a comissão mista permanente para apreciação de matéria orçamentária e fiscalização da execução orçamentária.

O planejamento público, orçamentário e financeiro, foi estabelecido e dividido em três leis orçamentárias de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo, a saber: a Lei do Plano Plurianual (PPA) a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Contudo como já exposto nos capítulos anteriores, chama a atenção Moraes Sabbag que, a grande inovação da Constituição de (1988) foi à instituição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, cuja função primordial é formar um elo vinculativo entre a Lei de Planejamento Plurianual e a Lei Orçamentária Anual, instrumentalizando uma relação de interdependência entre o plano de governo e o orçamento anual, com o objetivo de tornar mais efetiva a sua concretização orçamentária.<sup>77</sup>

Também, Torres em sua obra deixou clara a importância atual do orçamento público moderno, uma vez que as decisões fundamentais sobre as políticas públicas necessariamente devem estar previstas na lei orçamentária, mesmo que ela não seja o meio de alcance dos resultados na realidade social. O instituto que se originou como autorização estamental dos tributos evoluiu após o constitucionalismo até se consubstanciar em um documento constitucional obrigatório, com várias finalidades entre elas a de prestação de contas de exercícios financeiros passados e previsão de receitas para os próximos exercícios financeiros futuros.<sup>78</sup>

Diante destas características acumuladas, sobre o orçamento público já pode ser verificado uma tendência democrática pré-existente desde a sua origem

---

<sup>76</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 2005. p. 67.

<sup>77</sup> MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. 2007. p. 17 – 19

<sup>78</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. In: \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2008. p. 02 - 03.

configurando-o como algo indispensável na gestão pública nos dias atuais, principalmente a ser exercido pelo Executivo e o Legislativo segundo suas competências. Já para o Poder Judiciário o orçamento público especialmente se afigura importante no âmbito estrito da defesa dos direitos fundamentais.

O orçamento público deixou de ser mero aparato autorizativo de tributação, para se tornar uma verdadeira peça de balanço do erário público e ao mesmo tempo compor todo o planejamento do exercício financeiro do Estado durante certo período.

A concepção do liberalismo, Século XIX ao início do Século XX, sobre o orçamento público teve suas características marcantes que definiram o clássico Estado Fiscal. Neste período houve grande debate sobre a definição da natureza da lei orçamentária, se material ou se formal, restando definido que a lei orçamentária tem natureza de lei formal, ou seja, ela é um dispositivo formalístico, que não cria direitos subjetivos servindo apenas para legitimar as ações do Estado que devem estar previstas em lei e, portanto, preenche os princípios, da reserva legal orçamentária e da legalidade administrativa.<sup>79</sup>

Muito embora, já com o fim do Estado Fiscal e enveredando-se pelo Estado do bem-estar social até o Estado dos Direitos Fundamentais, o orçamento público alcançou o nível constitucional e sofreu grandes alterações para englobar novas ações governamentais executivas sob o aumento da abrangência de fiscalização e controle por parte do Poder Legislativo.

Tratasse de uma nova fase de percepção sobre o orçamento público, na qual o Poder Legislativo teve sua competência ampliada sobre o orçamento público passando de um simples despachador autorizativo, para as ações do Poder Executivo, para uma competência com poderes de delinear o planejamento do governo para o futuro, nas iniciativas governamentais da coisa pública.

Porém, esse fenômeno da ampliação das competências do Poder Legislativo sobre o orçamento, segundo Torres, não se alinha ao sistema do presidencialismo porque este fenômeno tende a se alinhar como sistema parlamentarista, assim aduz o

---

<sup>79</sup> A natureza jurídica do orçamento público segundo Souto: “A natureza jurídica do orçamento é de lei no sentido formal e ato-condição em sentido material; não é lei em sentido material porque não é ato normativo, não altera o ordenamento jurídico e não gera direitos subjetivos; não é aceito como um ato administrativo de efeitos concretos porque não altera o ordenamento jurídico; é necessária uma lei para tanto. É, pois, ato-condição, isto é, aquele praticado de acordo com o ato-regra para possibilitar ou como condição à realização do ato subjetivo.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico: Suplemento à 2ª edição*. 2001. p. 5)

autor que com a adoção da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), houve o alargamento injustificável da competência do Legislativo prejudicando e causando graves danos à ordem pública financeira como o que foi constatado pela Comissão Parlamentar de Inquérito de 1993 instaurada para apurar vários escândalos da Comissão Mista do Orçamento. Contudo conclui o autor que, como a competência dos regimes anteriores de instituir o teto das despesas era do chefe do Poder Executivo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias não contribuiu com grandes mudanças substanciais para alterar o orçamento público, uma vez que o Presidente da República permanecendo com a elaboração do projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a mesma não consegue, parlamentarmente, regular a atividade administrativa executiva como nos modelos orçamentários parlamentares europeus.<sup>80</sup>

Sobre este aspecto da Lei de Diretrizes Orçamentárias de delegar mais poder parlamentar sobre o orçamento público em um regime presidencialista, podem ser considerados dois argumentos: o primeiro consubstancia-se em que a função reguladora de uma norma apenas se mostra no relacionamento das regras concernentes ao seu fim e assim as normas diretrizes que servem de controle não o faz pelos próprios elementos, mas sim quando usada com esse intuito.

Em segundo, não haveria proibição para que um instituto normativo de origem estrangeira viesse a ter igual função reguladora, embora se tenha sua aplicação em um regime diferente, no caso o presidencialismo.

Aqui, por estes argumentos a tese da vinculação das diretrizes orçamentárias, não pode ser afastada no regime presidencialista brasileiro, somente sob a alegação que nos países de regime parlamentar ela foi aceita.

De todo modo observa-se em crítica que, há uma contradição existente sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias, qual seja este instrumento componente do orçamento público brasileiro, foi instituído pela Constituição de 1988 como um instrumento de controle parlamentar sobre a atividade executiva, mas ela é um instrumento próprio do sistema parlamentar, contudo neste mesmo âmbito, parlamentar, a tese da vinculação orçamentária do administrador executivo é negada em cada rubrica, isto sob o argumento de que já há certo controle legislativo sobre o orçamento com viés parlamentarista.

---

<sup>80</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. In: \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2008. p. 90 - 91.

A contradição consubstancia-se pela adoção de um instrumento parlamentar de controle orçamentário mal aplicado no sistema presidencialista e ainda somado à tese da natureza formal das leis do orçamento público, tese esta também estrangeira.

Nos países com sistema parlamentaristas a tese da natureza formal encaixa-se bem porque há um controle legislativo mais forte, no entanto compreende-se que no sistema presidencial brasileiro a tese pode prosperar, mas por outro sistema – à brasileira–.

Falar simplesmente que a vinculação das Leis de Diretrizes Orçamentárias desnaturaliza o presidencialismo justificando que é no parlamentarismo que se dá o verdadeiro controle cooperativo entre Executivo e Legislativo, isso não mudaria o fato da natureza formal das leis orçamentárias e, portanto, não surgiriam direitos subjetivos.

A instituição de diretrizes orçamentárias com um maior controle parlamentar, trás algumas benesses como o aumento da participação democrática no orçamento público e a ampliação da responsabilidade objetiva fiscal por parte do administrador executivo. O instituto das diretrizes orçamentárias funciona mais como um instrumento fomentador da cooperação entre os poderes do que uma barreira ao exercício do poder executivo.

A cooperação entre os poderes é alcançada pelas relações de vinculação criadas pelas diretrizes orçamentárias e a separação estrita dos poderes seria amenizada pela persecução de um ideal de cooperação, isto porque se o Poder Legislativo não pode sem fundamentação constitucional bloquear uma ação do Poder Executivo, muito menos isto tornaria o Poder Executivo um senhor supremo do orçamento público.

A discussão da problemática da supremacia orçamentária entre Executivo e Legislativo é amplamente discutida no sistema presidencialista, haja vista que o Executivo não pode ser responsabilizado por decisões orçamentarias que não cotam com a verificação de sua legitimidade, salvo em caso de crimes, nem o chefe do Executivo pode ser *impeachmado* somente pelo argumento de não ter cumprido o previsto no orçamento, hipótese esta possível em um sistema parlamentarista.

Embora a concepção de orçamento público possa ser universal, ela se faz íntima relacionando-se muito com o sistema de governo adotado pelo país. Esta premissa induz que o sistema de governo é ponto fundamental sobre a qual deve recair a análise do orçamento público e seus resultados na realidade social do Estado.

Sob este ponto de vista, o orçamento público é um instituto bem diversificado segundo cada sistema de governo existente, estando assim cada concepção estrangeira significando apenas uma sugestão ao sistema constitucional brasileiro, relações de implicações que serão analisadas mais adiante.

Para este debate extremamente é importante à verificação de que a concepção de Estado determina as possíveis concepções de orçamento público e isso implica na caracterização da lei que se altera conforme o regime político, democrático ou autoritário, adotado pelo país. Pela análise das Constituições hodiernas pode-se identificar também, outra fase do orçamento público, a qual sucede a anterior, com a ampliação do caráter democrático que ganhou certo nível de participação política direta, inclusive no Brasil, com o orçamento participativo.

A busca pela democracia direta não foi exclusivamente sobre o campo orçamentário, embora nesta área tenha tido maiores resultados, as mudanças na representatividade da democracia tem se tornado um forte anseio dos movimentos políticos da esquerda, os quais apregoam uma reforma democrática para aproximar uma política governamental de direção popular com o governante.

Há de ser reconhecido que os partidos de esquerda se renderam à democracia ao aceitar um governo representativo, abandonando o objetivo de alcançar uma sociedade puramente socialista. Isto, segundo Hirst, ocorreu primeiramente porque um regime democrático de Estado favorece um ambiente de objetivos e estratégias mais favoráveis à esquerda, uma alternativa ao projeto socialista clássico de socializar os meios de produção, em outro panorama, a democracia direta visa suprir as deficiências da democracia representativa que limita as propostas e iniciativa de esquerda.<sup>81</sup>

Hirst identifica duas tendências da esquerda, a primeira condiz com o novo republicanismo, são tendências com base na cidadania e defende o fortalecimento da participação nas instituições governamentais ordinárias com a ampliação dos direitos sociais e políticos dos cidadãos. A segunda tendência é mais contrária à ideia de Estado autônomo, consubstanciasse no papel ativo do cidadão na sociedade civil organizada para agir como substituto e fiscal do Estado.<sup>82</sup>

Em matéria orçamentária constitucional nesta fase há realmente a ampliação

---

<sup>81</sup> HIST, Paul. *A Democracia Representativa e seus Limites*. Tradutor: Maria Luiza Borges. 1992. p. 8.

<sup>82</sup> Ibid. p. 8 - 9.

da democracia no orçamento público, uma vez que são propostas emendas na lei orçamentária pela representação dos Conselhos Sociais, cuja função é propor e auxiliar o Poder Executivo na gestão específica de recursos públicos.

Desta forma, têm-se os Conselhos Sociais, para além das instancias com competência orçamentária principal, como por exemplo: Conselhos de saúde, Conselhos de Bairro e outros, que concorrem democraticamente para definir alguma parte do planejamento governamental orçamentário. Estas instituições são verdadeiras instâncias de representação não institucional de vários conjuntos sociais, importantes para a sociedade, como: os inimputáveis, comunidades periféricas e outros grupos. São instituições não governamentais que sofrem com limitações para a efetivação plena de suas pretensões, mas de todo modo sua presença tem se manifestado cada vez mais em legislações esparsas, com viés de continuidade e ampliação no Estado contemporâneo.<sup>83</sup>

Com o fim de compreender esta tendência à ampliação da participação política sobre o orçamento, nasce a necessidade de entender a vira hermenêutica e sua influência sobre o Direito, não basta prolar a importância de princípios e direitos fundamentais, seja individuais e sociais. É necessário analisar o fenômeno no âmbito da teoria geral do Direito, para então colmatar a relação com a norma orçamentária constitucional, com especial observância à natureza da lei orçamentária, enquanto princípio e ou regra, o que será perseguido á frete neste trabalho.

---

<sup>83</sup> Ibid. p. 9 - 10.

## 2 NORMA E REGRA ORÇAMENTÁRIA CONSTITUCIONAL

A manifestação do orçamento público como já discorrido assumiu múltiplas facetas ao longo de sua história, primeiramente em sua gênese como requisito autorizativo para a tributação pelo monarca feudal, depois foi aperfeiçoada à atividade analítica de revisão e fiscalizadora do Poder Legislativo sobre as contas do Poder Executivo, o que configurou uma virada da democracia e contemporaneamente estamos vivendo a busca pelo viés da superdemocracia orçamentária com a instituição dos instrumentos para a participação direta orçamentária.

Trata-se a seguir da análise da natureza da norma do orçamento constitucional, segundo o parâmetro da teoria dos princípios considerando a possibilidade de novas conclusões a respeito da concepção da lei orçamentária em si que a levariam a ser vista e concebida de forma diferentemente mais vinculativa.

Pensar a norma orçamentária, como princípio ou regra, traria fortes resultados na sua aplicação e na vinculação dos entes federados em face de suas responsabilidades. Discussão esta que será enfrentada ao longo deste capítulo na busca pelo aperfeiçoamento do instituto em benefício dos direitos fundamentais.

De qualquer maneira, o orçamento público passou por tantas dinâmicas transformativas restando certo que hoje este instituto está consubstanciado em uma norma superior de hierarquia constitucional, de tal forma que se faz necessária sua compreensão para fim de análise quanto à sua aplicabilidade frente à atuação judicial e social sobre seus pressupostos e consequências com foco para a realização dos direitos fundamentais.

Primeiramente ressalta-se que será buscada aqui a caracterização da normatividade do orçamento público como um princípio ou regra.

O mandamento constitucional dos entes federados para planejar suas finanças e orçamento possui, à primeira vista, a possibilidade de ser compreendido como princípio e ou regra e nunca como um valor do ordenamento jurídico de menor *status*.

O entendimento pode vir sob o um ponto de vista no qual o sentido da norma pode possuir a feição de um princípio ou de uma regra na medida em que se foca a análise dos dispositivos, da conduta a ser esperada nos casos ordinários ou ainda no estado de coisas. A partir de Ávila pode ser abstraído que o autor leva em conta o

intuito do aplicador como fator que discerne a perspectiva da norma: se há comportamento em virtude da finalidade tem-se regra ou fundamentação, já se temos aspecto valorativo atomizado para atingir comportamentos em outros casos temos princípios. O significado prévio de um dispositivo determina um comportamento para conservar um valor que constitui o início de uma regra e uma vez identificado esse valor ele passa a ser exigido para outros comportamentos não previstos expressamente o que se consubstancia em uma fonte de princípio.<sup>84</sup>

A anterioridade tributária, a irretroatividade e a legalidade são exemplos de regras, que instituíram a proibição de impostos sem lei anterior de modo que a lei nova também não retroaja. Em efeito derivado, estas regras puderam originar o princípio do planejamento tributário, por ter instituído um estado de coisas com base na segurança jurídica que se estendeu até ao princípio da confiança do contribuinte.<sup>85</sup>

Assim, é necessário preliminarmente reconhecer a distinção entre princípios e regras, espécies de norma, para posteriormente tratarmos das considerações a respeito da aplicação do orçamento público constitucional.

## 2.1 Norma e Enunciado

Preliminarmente, deve ser concebido que a análise da norma é um produto da interpretação e isso implica em uma atividade jurídica intelectual num processo de compreensão de textos e normas, com o objetivo de aplicá-los ao mundo real, cuja finalidade do Direito é normatizar as práticas sociais inclusive o próprio Direito.<sup>86</sup>

Tratando de hermenêutica são vários os autores que abordam o assunto da interpretação jurídica e ambos preconizam a utilização de todo arcabouço textual legal para a interpretação argumentativa, uma vez que a norma é semântica<sup>87</sup>, como exemplo pode ser citado: Dworkin<sup>88</sup>, Alexy, Larenz<sup>89</sup> e Ross<sup>90</sup> e Sampaio com sua

---

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2007. p. 69.

<sup>85</sup> Ibid. p. 68 – 70.

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 88 - 89.

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 53-54.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 40 - 64.

<sup>89</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2005. p. 282.

<sup>90</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradutor: Edson Bini. 2000. p. 184 -185.

teoria do nível pragmático da comunicação normativa<sup>91</sup>. Como precursor tem-se Kelsen, o qual preconizou que um quadro de normas deve existir e ser construído pela Ciência do Direito, partindo da interpretação dos textos normativos a consubstanciar um rol de textos e interpretações a serem aplicados.<sup>92</sup>

A dificuldade do processo hermenêutico já se apresenta na compreensão baseada no presente e no passado, neste sentido segundo Streck, o esclarecimento da teoria de Gadamer contribuiu para o entendimento que o processo hermenêutico é sempre dinâmico, no sentido que o interprete não se iguala ao leitor originário, assim não se pode ignorar os dois sentidos, o original e o atual, para o autor esse é um erro repetitivo na dogmática jurídica atual com início na equiparação entre vigência e validade, entre texto e norma.<sup>93</sup> Em exemplo, podemos citar Alexy<sup>94</sup> segundo o qual, para se alterar uma realidade deve ser considerada a existência de normas e enunciados normativos, no sentido de que toda norma é o significado de um enunciado normativo, assim podemos ter normas sem enunciados como no caso de um apito do agente de trânsito.

Este quadro, ainda segundo Alexy, deixa claro que o conceito de norma é primário em face do enunciado normativo, uma vez que é recomendável que a norma seja encontrada em sua dimensão e não na dimensão do enunciado normativo. Este critério deve ser construído com base nas modalidades deontológicas de: dever, permissão e proibição. Assim, norma é uma – entidade semântica – ou seja, um conteúdo de significados que engloba uma modalidade deontológica. Prosseguem que, “expressões deônticas” constitui o dispositivo normativo, um dever ser, o qual deve estar entendido os enunciados conexos, implicados com o seu uso, ou seja, devem ser consideradas as circunstâncias e regras de seu uso, inclusive nos casos em que a legislação consubstancia um direito de um sujeito a algo, são as “modalidades deônticas complexas”.<sup>95</sup>

Já para a teoria de Larenz, a aplicação do direito e um processo hermenêutico

---

<sup>91</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 2006.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradutor: João Batista Machado. 1998. p. 390 - 391.

<sup>93</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 2009. p. 219.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 53-54.

<sup>95</sup> Ibid. p. 54 - 56.

e o autor exemplifica que, a jurisprudência leva para compreensões além dos sentidos normativos das expressões linguísticas, tornando-se desta maneira uma ciência que problematiza textos jurídicos questionando-os em face de diferentes interpretações possíveis.<sup>96</sup>

Pode ser dito que, o fenômeno jurídico é resultado de uma linguística na sua mais ampla forma, uma vez que, os sentidos normativos são formulados e abstraídos a partir da interpretação sistemática de textos em uma linguagem prescritiva, segundo Wrigth, o Direito é totalmente dependente da linguagem, esta entendida em sentido amplo.<sup>97</sup>

A “proposição jurídica”, para Larenz, é fórmula linguística que a regra do Direito tem e se diferencia da “proposição enunciativa”. A proposição jurídica prescreve uma conduta que se subordina ao critério da validade, já a proposição enunciativa descreve fatos, no presente ou no passado, submetidos ao critério da verdade. A proposição jurídica anuncia regras a partir do texto com o uso da linguagem para sua expressão, o que ocorre de modo diferente com a proposição enunciativa.<sup>98</sup>

Alexy no mesmo sentido escreve que enunciado normativo e norma se igualam na relação entre enunciado afirmativo e afirmação e para compreender a diferença basta compreender que enunciados afirmativos expressão alguma coisa e enunciados normativos expressão aquilo que algo deve ser.<sup>99</sup>

A proposição jurídica em Larenz<sup>100</sup> é considerada um “hipotético-condicional”, uma consequência jurídica da previsão normativa, uma relação de pré-disposição jurídica independente do cumprimento fático. Seu conceito consubstancia a norma de forma geral, possibilitando o enquadramento tanto de um princípio como o de uma regra.

De qualquer maneira, ressaltasse que o gênero norma possui entre suas

---

<sup>96</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2005. p. 282.

<sup>97</sup> Escreve o autor que: “Las formulaciones de las normas pertenecen al lenguaje. ‘Lenguaje’ tiene en este caso que ser entendido en un sentido amplio. Una luz de tráfico, por ejemplo, normalmente sirve como formulación de una norma. Un gesto o una mirada, incluso cuando no van acompañados de palabras, alguns veces expresan un mandato.” (WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion: Una Investigación Lógica*. Tradutor: Pedro Garcia Ferrero. 1970. p. 109 - 110.)

<sup>98</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 350.

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 58.

<sup>100</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 350.

classificações a espécie regra ou princípio, que resultam da interpretação dos dispositivos normativos conjugados com as sintaxes das orações, num processo de hermenêutica. A proposição jurídica consubstanciada na linguística da norma só existirá em um plano abstrato se não for interpretada, e em consequência não haverá correspondência biunívoca entre norma e dispositivo.<sup>101</sup> Isto porque há uma necessária dependência entre o contexto normativo e as condições para sua aplicação.<sup>102</sup>

Neste prisma, para a identificação ou eficácia da norma tem-se a necessidade de existir uma estrutura de mensagem, o uso do texto jurídico faz nascer uma proposição que é um significado do receptor e não mais o significante do emissor. O primeiro expressa os operadores linguísticos deontológicos e o segundo as descrições de conduta, condições e consequências.<sup>103</sup>

Isto essencialmente vai ao encontro da descrição de Kelsen<sup>104</sup>, sobre o “quadro de normas aplicável” a uma situação hermenêutica, para o autor o resultado da interpretação jurídica somente será a moldura que representa o Direito a interpretar, e por consequência há dentro desta moldura várias possibilidades. Assim a interpretação de uma lei não produzira necessariamente uma única solução como correta e sim várias soluções corretas.

Colaborando para o mesmo entendimento, Ferraz Jr. escreve que interpretar é escolher entre as “possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”. Os códigos são discursos que precisam igualmente ser interpretados, o que os tornam ainda mais complexos, assim a interpretação jurídica está localizada em um universo de complexidades.<sup>105</sup>

Para esclarecer esta questão de complexidades encontramos em Hart, a afirmação que as regras jurídicas podem possuir um núcleo central com significado

---

<sup>101</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 40 - 41.

<sup>102</sup> Segundo o autor: “A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, *verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica*, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isso que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Contudo, para isso, ele precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar o recorte teórico da realidade.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão Dominação*. 2003. p. 114.)

<sup>103</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 2006. p. 49-54.

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradutor: João Batista Machado. p. 390-391.

<sup>105</sup> FERRAZ JR. Op. cit. 2006. p. 260 - 261.

indiscutível, porém todas as regras possuem uma “penumbra de incerteza” que levam às alternativas sobre as quais o juiz tem de escolher.<sup>106</sup>

No mesmo sentido Ávila escreve que há a possibilidade de surgir muitas normas a partir dos dispositivos legais, o que demonstra como a interpretação é caracterizada pelo ato de descrição de um significado previamente estabelecido, mas que se operou como um ato de decisão constitutivo dos significados e dos sentidos de um texto.<sup>107</sup>

Pode ser compreendido ainda que a linguagem é algo adquirido que vai se conformando com seu uso, ou seja, não é algo originário do nascimento de uma pessoa. Por isso a atividade do intérprete, não é meramente o descrever de um significado pré-existente dos dispositivos, seu trabalho consiste sim em constituir esses significados como conclui Carvalho.<sup>108</sup>

Não obstante, a teoria objetiva da interpretação traz a noção que essas possibilidades de variação na interpretação não anulam o elemento mínimo de sentidos dos textos, sentido este minimamente objetivo. Uma vez que muitos significados já estão incorporados no uso da língua e no discurso da comunidade<sup>109</sup> e por esta razão, os objetivistas teorizam a “reconstrução do significado” baseados no argumento que, na interpretação jurídica o intérprete se serve de textos jurídicos normativos, os quais já limitam a construção de sentidos, além disso, o intérprete manipula a linguagem incorporando outros núcleos de sentidos que são constituídos pelo uso que são pré-existentes.<sup>110</sup>

Nesta altura pode ser identificada uma circunstância hermenêutica. As possibilidades de interpretações na área da hermenêutica constituem a moldura de kelseniana, a tradição linguística dá ao intérprete um pré-compreensão apontando as possibilidades de interpretação conformando a sua criatividade para inovar ao questionar seus conhecimentos prévios – pré-conceitos – desenvolvendo assim a dinâmica hermenêutica.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Tradutor: A. Ribeiro Mendes. Lisboa. 2005. p. 17.

<sup>107</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 31 - 32.

<sup>108</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 2008. p. 8 - 10.

<sup>109</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradutor: Flávio Paulo Meurer. 1999. p. 407 e 451.

<sup>110</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 31 - 32.

<sup>111</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit. p. 401.

Sobre a existência de pré-conhecimentos, para Gadamer, isto não torna a interpretação defeituosa, mas sim servem de instrumentos que possibilitam a comunicação e a interpretação com um diálogo, de forma que os pré-conceitos são condicionantes no avanço da compreensão os quais devem ser superados pelo intérprete.<sup>112</sup>

Uma vez postas as proposições, a norma resulta da operação reconstrutiva dos sentidos do texto normativo. Segundo Carvalho, o texto normativo é assim definido porque, no sentido jurídico positivo ele funciona como um instrumento que induz as normas.<sup>113</sup> Para Canotilho, o texto uma vez definido já destaca o componente “descritivo-decisório” para a interpretação, fator que já delimita a atividade cognitiva da seguinte forma “‘T’ significa ‘S’” sendo T a variável do enunciado normativo e S a variável do sentido atribuído pelo interprete do texto.<sup>114</sup>

Pela lógica pode ser extraído que a norma individual surge com o caso concreto, através de meios cabíveis para sua interpretação, Larenz escreve que, a definitiva conformação da situação necessita da seleção das normas jurídicas aplicáveis ao caso e também depende das circunstâncias levadas ao conhecimento do julgador, somados também os fatores de seu conhecimento sobre novos e estritos complexos de normas.<sup>115</sup>

Neste ponto da obra do autor Larenz fica evidente que a determinação jurídica da situação de fato se dá pela interpretação normativa dada ao texto em sentido positivo e não pela descrição contida no texto, observa-se que o círculo hermenêutico existente tem um sentido ontológico positivo construído por meio do próprio procedimento hermenêutico sobre as interpretações já realizadas. Aqui pode ser identificada a influência de Gadamer segundo o qual, aquele que quer compreender um texto tem de realizar uma projeção, sempre que um primeiro sentido se revele no sentido do texto, prelineando um todo. O sentido se revela porque o texto foi lido a partir de expectativas e perspectivas já determinadas para uma direção. A compreensão da mensagem posta no texto consubstanciasse exatamente na elaboração deste pré-projeto, o qual deve ser revisado constantemente com base na

---

<sup>112</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradutor: Flávio Paulo Meurer. 1999. p. 407 e 451.

<sup>113</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 2008. p. 8-10.

<sup>114</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2002. p. 1187.

<sup>115</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2005. p. 398.

direção que vai se dando o sentido.<sup>116</sup>

Entende-se aqui, a compreensão advém do incessante trabalho de projetar adequadamente as coisas, isso funciona como antecipações de sentidos que ao final devem ser confirmados sobre as próprias coisas, o ponto de objetividade deve ser a confirmação da prévia opinião, alcançado por meio de seu processo elaborativo.

Assim, com base em Wright, temos que o delineamento dos textos ao conteúdo de uma norma ou regra hipotética possui importância para a verificação de seus componentes como caráter, ocasião, autoridade, sujeitos, condições de aplicação e conteúdo.<sup>117</sup> Por outro ponto de vista, o procedimento hermenêutico ontológico positivo é processado inicialmente a partir das prévias concepções dos textos escolhidos, a fim de se objetivar seu aspecto normativo da conduta a ser observado, o estado de coisas almejado e por fim ainda a ser considerada a temporalidade.

Por fim, uma vez diferenciada norma e enunciado, segue-se para o próximo passo, a diferenciação entre princípio e regra como espécies da norma.

## 2.2 Princípios e Regras

As distinções entre princípios e regras, segundo Alexy<sup>118</sup>, perfazem a base para a fundamentação dos direitos fundamentais, cujo objetivo preliminar é auxiliar a solução de conflitos normativos e, indo mais além, serve como base da fundamentação do Estado e seus deveres. Aqui fica justificado este tópico, pois o controle das políticas públicas deve obrigatoriamente seguir o planejamento das execuções orçamentárias, o qual consubstancia os deveres do Estado orquestrados através da democracia e segundo a constituição.

Previamente ressaltasse que o direito até pouco tempo era compreendido como um conjunto de regras<sup>119</sup> e sua aplicação ensejava às vezes a apreciação de princípios, contudo neste período os princípios eram concebidos com efeito subsidiário. A “teoria dominante do direito” é uma crítica feita por Dworkin ao

---

<sup>116</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradutor: Flávio Paulo Meurer. 1999. p. 402.

<sup>117</sup> WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion: Una Investigación Lógica*. Tradutor: Pedro García Ferrero. 1970. p. 87.

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva.. 2008. p. 85.

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 61 - 62.

positivismo jurídico e sustenta que “a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso.”<sup>120</sup>

Aqui pode ser destacado que, o direito brasileiro positivo se enquadra nesta perspectiva do Direito regrado, no qual os princípios são relegados à análise casuística para o preenchimento de lacunas. Por outro lado, ao tratar de casos difíceis, como analisa Dworkin, os juristas parecem recorrer a procedimentos que operam diferentemente da forma como funcionam as regras, eles recorrem a “princípios, políticas e outros padrões.”<sup>121</sup>

Alexy por sua vez, trata de modelos de ordenamento com base na notabilidade de princípio ou regras, contudo anota o autor que os modelos puros de princípios e regras são incapazes de regular a vida humana de forma satisfatória, isto porque dão margem à discussão sobre as regras existentes ou então podem causar um subjetivismo perigo, com a possibilidade nos dois casos de distorcerem as finalidades normativas e a realidade normatizada.<sup>122</sup> O autor trata ainda para maior clareza que, princípios e regras ambos são normas, por poderem ser formuladas em expressões deônticas definidoras de: obrigação, permissão e proibição.<sup>123</sup>

A definição de uma norma em princípio ou regra é muito influenciada por sua finalidade. O pensamento inaugurado o por Dworkin, gerou uma nova fase do pensamento jurídico com base na identificação das normas jurídicas, estranhas à classificação das regras. Seu pensamento inicialmente identifica como princípio a forma genérica de todos os padrões não correspondentes às regras. Por princípio pode ser compreendido, padrões de justiça, de políticas e outros. Já em sentido estrito, princípios são compreendidos como padrões pelos quais se alcança a justiça ou a equidade, ou até certa moralidade, pois para o autor a moral também constitui uma parte da essência jurídica.<sup>124</sup>

Por exemplo, como Política o autor denomina o padrão, cuja finalidade geralmente é a melhoria de um aspecto econômico, político ou social ele cita os

---

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. VII – VIII.

<sup>121</sup> Ibid. p. 35 – 36.

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 135.

<sup>123</sup> Ibid. p. 87.

<sup>124</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 36.

padrões dos acidentes de trânsito aos quais devem ser reduzidos. Já como padrão de princípio, o autor exemplifica o padrão segundo qual o homem não deve se beneficiar dos próprios delitos. A fragilidade desta distinção entre princípio e política é apontada pelo próprio Dworkin, na medida em que um princípio venha a ser expresso e interpretado como um objetivo social.<sup>125</sup>

Sob a luz da Constituição (1988) brasileira, a qual absorveu muitas políticas em seu rol normativo, o alerta da fragilidade distintiva entre princípio e política apontada pelo autor deve ser analisado em face dos princípios constitucionais o que será analisado mais adiante a respeito das carências públicas constitucionais.

O que importa neste momento é compreender que a base da teoria de Dworkin, está na diferença que existe entre normas como, por exemplo, a norma da boa-fé e a norma do limite de velocidade no trânsito. Aqui temos a primeira e mais patente distinção entre regras e princípios que é dada pela finalidade da aplicação da norma que a torne necessária. Segundo o autor, a regra segue um paradigma do “tudo ou nada”, ela oferece o descritivo das condições de sua aplicação ao contrário do princípio que por não oferecer suas condições de aplicação, ele se consubstancia em um enunciado de razão que conduz o argumento para uma direção, mas ainda necessitando de uma particular decisão.<sup>126</sup>

Prossegue o autor que os princípios diferentemente das regras possuem uma dimensão de maior peso ou importância, já as regras são por sua vez funcionalmente importantes por sua normatização de conduta e ambos, princípios e regras, não fazem parte do mesmo conjunto devido suas qualidades. Na dimensão de princípios, a decisão particular decide qual o princípio tem mais peso sobre o outro para prevalecer.<sup>127</sup>

A crítica de Dworkin ao positivismo, como um sistema de regras, enuncia que o positivista possui uma visão equivocada sobre o que sejam os princípios, para o autor o ponto de vista do positivista encaram os princípios como padrões que tendem a serem regras e não existe uma maneira de testar sua validade.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 36.

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 42 – 43.

<sup>128</sup> Nas palavras do autor: “O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – o que é falso.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 63.)

Esse efeito ocorre por causa da concepção do direito como um sistema constituído somente de regras, como uma teoria de alternativas exclusivas.

Na doutrina brasileira é comum encontrar esta perspectiva, como no caso de conceber um princípio como um valor extrajurídico, contudo importante para o Direito. Por exemplo, Carvalho descreve em sua obra quatro concepções de princípio, sendo duas primeiras concepções de princípios como regras possuindo uma estrutura normativa e outras duas concepções respectivamente como, valor ou limite objetivo, ambos sem estrutura normativa e, portanto, podendo ser retirados do sistema normativo.<sup>129</sup>

Há também a possibilidade das regras serem criadas pelo Poder Legislativo, por outorgas do Executivo ou pelo Poder Judiciário para incidir sobre casos específicos, cujo efeito pode causar precedentes. Quanto aos princípios, ocorre o contrário, eles são reconhecidos através da compreensão que se processa daquilo que decorre de um desenvolvimento apropriado, em um grupo de trabalho ou pelo público no decorrer do tempo.<sup>130</sup>

Veja que para o autor há uma importância na natureza histórica dos princípios, no sentido em ele foi construído, no seio jurídico ou no público, dando certa direção para a decisão a ser tomada nos casos difíceis, em face das regras vigentes.

Criticando Hart, Dworkin conceitua que a validade de princípios não surge de uma regra de reconhecimento fundamental e nem da legitimação social, mas sim da concepção própria do direito em relação à moralidade.<sup>131</sup>

A compreensão do que seja um princípio, encontra maior liberdade de interpretação, é notório que a definição depende mais do contexto histórico da linguística da comunidade do que o sentido definido em uma regra.

Na doutrina de Ávila, a diferença entre princípios e regras está fundamentada no maior ou menos grau de descrição da conduta para o caso concreto. Os princípios e regras são considerados normas de primeiro grau que não se diferenciam na hipotética estrutura condicional, pela natureza normativa conflitante ou pelo meio de aplicação. Segundo o autor, a única distinção reside na determinação da prescritiva de conduta a qual resulta a interpretação, isso *prima facie* quer dizer que princípios não são diretamente determinantes da conduta a ser seguida, sua função é apenas

---

<sup>129</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 2008. p. 159.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 64.

<sup>131</sup> *Ibid.* 2007. p. 65 - 68.

estabelecer fins relevantes, cuja realização depende de um ato institucional para sua concretude. Em se tratando de regras, estas dependem também de um ato institucional, porém com menos intensidade nos casos normais uma vez que o comportamento já é previsto pela norma da regra.<sup>132</sup>

Esta visão de Ávila aproximasse da teoria de Dworkin no detalhe da dependência a qual os princípios têm de uma decisão para ocupar integralmente uma conduta exigida. É sobre este ponto que Dworkin escreve como os magistrados utilizam os princípios para encontrar novas regras que não estejam expressas no ordenamento,<sup>133</sup> eis aqui também o aspecto construtivo do Direito.

Sobre outro ponto de vista, há também uma aproximação da teoria de Alexy quanto ao caráter *prima facie* dos princípios e da possível criação de exceção às regras por meio da importância de um princípio relacionado à sua existência formal, ou pela finalidade da regra.<sup>134</sup> Ressaltasse aqui que para Dworkin há um limite para as possibilidades de exceções enquanto que para Alexy em razão da casualidade as cláusulas de exceções não são imensuráveis.

Na teoria de Alexy também está disposta uma proposta de distinção qualitativa na qual os princípios são normas que ordenam algo a ser realizado, na maior medida possível segundo as possibilidades jurídicas, enquanto que as regras são normas cumpridas segundo sua descrição, a qual contém determinações factíveis e juridicamente possíveis.<sup>135</sup>

Um ponto da teoria de Alexy que diverge de Dworkin conceitua que, os princípios também possuem as características necessárias para constituírem ‘mandamentos de otimização’ amplos, atingindo proibições, deveres e permissões, caracterizando a satisfação em graus diversos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo esta condicionada pelos princípios e regras colidentes.<sup>136</sup> O autor também explica que a solução de antinomias caracteriza os tipos de normas, por exemplo, nas regras a declaração de invalidade de uma ou a previsão da exceção sempre soluciona a questão, enquanto aos princípios a resolução operasse pelo

---

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 63.

<sup>133</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 41 – 46.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 104 – 105.

<sup>135</sup> *Ibid.* p. 91.

<sup>136</sup> *Ibid.* Id.

afastamento e um deles, de tal forma que o princípio afastado ou perde parte da sua eficácia frente ao caso concreto. Assim, compreende-se do autor que os conflitos entre regras situam-se no campo da validade, enquanto os princípios situam-se no campo de seu peso em importância no caso concreto.<sup>137</sup>

Prosseguindo, na teoria de Alexy, o caráter *prima facie* dos princípios em relação às regras diferencia-se também pela necessidade dos princípios em exigir a realização de algo na melhor medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, o que não configura um mandamento em definitivo, as razões podem ser afastadas por razões conflitantes.

Na teoria de Dworkin, as regras podem falhar diante da impossibilidade jurídica ou fática acarretando a não consequência, e se isso não ocorrer a regra prescreve voltamos aqui ao ‘tudo ou nada’ para regras e ‘mais ou menos’ para princípios. Este modelo é criticado por Alexy, pois é possível, segundo o autor, em determinados casos o estabelecimento de uma exceção motivado por um princípio e as exceções não estão enumeradas finitamente, assim nunca há a certeza de que em um caso novo não será produzida uma nova exceção.<sup>138</sup>

Princípios e regras ainda são conceituados por Alexy, como sendo razões postas para se chegar a um juízo de dever-ser, aqui já se admite a possibilidade dos princípios servirem de fundamentos para as ações sem a intermediação das regras legisladas, mas ressalva que para serem diretamente utilizados é necessário ter precedentes, os quais são regras propriamente ditas, postas no direito pelos tribunais. Princípios também não são definitivamente razões ao contrário das regras, estes são encarados como provisórias razões que identificam uma finalidade, para servirem de fundamentos para as regras aplicadas ao caso. Entre direito definitivo, direito *prima facie* e princípio existem relações de preferência conforme a definição de uma regra ou a lei de colisão, ainda segundo autor, um princípio como razão decisiva para juízo concreto de dever-ser passa a ser um fundamento para uma regra que simboliza a razão do juízo em concreto, contudo os princípios considerados em si mesmos nunca serão razões definitivas.<sup>139</sup>

A partir deste conceito pode ser inferido que princípios não são diretrizes de

---

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 94

<sup>138</sup> Ibid. p. 104.

<sup>139</sup> Ibid. p. 108.

conduta, mas pode se tornar a instituição de regras a partir de sua fundamentação direcionada para um objetivo.

Entre direito definitivo e direito *prima facie* há uma relação de preferência condicional o que significa haver a possibilidade de prevalecer um ou outro conforme a razão, este fenômeno de prevalência conforme a razão já estaria consubstanciando uma regra, pois seu funcionamento operar-se conforme as condições encontradas no caso que podem apontar o uso de uma ou outra forma do direito. Este quadro pode ser alterado em outro caso somente se as condições são diversas que resultem na superação da regra da precedência condicional. Apenas desta maneira os princípios compreendidos como mandamentos de otimização, poderão ser aplicados conservando a sua propriedade de constituir direitos *prima facie*.

Sempre que tivermos uma regra fundamentada em um princípio estará demonstrado que a razão foi definitiva.

O autor exemplifica o caso da dignidade humana como princípio precedente ao princípio da proteção do Estado em determinadas condições, assim pode também ocorrer o contrário quando as condições forem diversas, como no caso do princípio do sigilo em face da proteção do Estado, neste caso se der precedência ao segundo, pode parecer que foi quebrada a regra da inviolabilidade da dignidade, contudo a razão da precedência pode ser aceitável se ela for de proteção do Estado, motivada pelas condições adversas. Veja que a discussão ficou no nível de princípios sendo afastada a regra da inviolabilidade da dignidade. Conforme explicação de Bahia, a dignidade da pessoa humana não resta lesionada se a exclusão da proteção judicial não foi motivada por um ato da pessoa humana que denigre, senão pela necessidade de atender o interesse público.<sup>140</sup>

A dignidade da pessoa humana só prevalece por meio do sopesamento momento que surge a regra da prevalência da dignidade da pessoa humana, se aplicada ao modelo do tudo ou nada, se existir condições o princípio terá precedência, veja que agora não se trata de um absoluto princípio da dignidade humana, pois em outros casos e condições a regra não vai se aplicar, retornando ao sopesamento da razão *prima facie* da dignidade humana, discussão a nível de

---

<sup>140</sup> BAHIA. Saulo José Casali. *Poder Judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007.

princípios.<sup>141</sup>

Aqui não se pode conceituar uma antinomia, uma vez que se tem um regra alicerçada sobre um colisão de princípios onde um cedeu espaço para determinadas condições de fato as quais determinaram a validade da violação da dignidade em favor dos interesses públicos do Estado, apesar de tudo foi mantido o núcleo da norma como princípio e resguardou-se a possibilidade de ser direcionado de outra forma para os casos futuros segundo as condições diversas se apresentarem.

Este ponto é colocado por Alexy nas perspectivas inclusivas, ao explicar a relação das fontes de fundamentos dos princípios para as regras, um dispositivo pode constituir a partida para interpretar princípios ou regras. Resta concluir que para Alexy, a perspectiva da vinculação constitucional é possível como regra de precedência condicionada, conforme o nível da regra constitua uma primazia em face do nível de princípios, a não ser que a razão da determinação da regra seja forte o bastante para afastar o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição.<sup>142</sup>

A precedência pode ser explicada sob o ponto de vista de que houve um maior número de decisões usando mais regras do que princípios, a vinculação à Constituição implica na submissão às decisões do constituinte originário, e existe uma regra de proeminência das regras sobre os princípios podendo ser afastada quando se apresentam fortes razões sobre a argumentação constitucional.<sup>143</sup>

Por sorte, em Alexy, trata-se de uma precedência fraca, porque as regras incompletas autorizam o sopesamento das razões, assim há mais a recorrência ao nível de princípios. A vinculação constitucional tratada aqui tem o efeito maior de considerar como normativas todas as normas possíveis de identificação na constituição, do que conceber a prevalência de regras sobre princípios.

A aplicação das regras constitucionais pode ser afastada de seu teor literal com o objetivo de equalizar a eficácia de um princípio deixando patente que não há regra de estrita precedência.

---

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2008. p. 113.

<sup>142</sup> Ibid. p. 141.

<sup>143</sup> Ibid. p. 140 - 141.

## 2.3 As Dinâmicas Entre Princípios e Regras

Depois de feita as distinções a respeito das normas, a seguir será tratado à necessidade da aplicação do direito em um procedimento de compreensão. Neste sentido, identifica-se a necessidade de compreender uma língua, porém cabe dizer que nas regras encontram-se mais conteúdos distintivos a respeito da conduta exigida do que propriamente princípios, os quais cabem indicar a direção do fim a ser concretizado por condutas *prima facie* indeterminadas num primeiro instante, mas determinadas casuisticamente.

O nível da compreensão é diferentemente perceptível ao consideramos os níveis entre regras e princípios em virtude da especificidade da conduta exigida por cada uma destas normas.

No procedimento de conhecimento das regras, os pontos de início são inafastáveis em um primeiro momento, enquanto que nos princípios os pontos de início são identificados somente num momento posterior com o tratar dos casos concretos.

A regra que institui um tributo possui, por exemplo, dois pontos iniciais inafastáveis, a ocorrência de dada hipótese de incidências e o fato gerador descrito por uma autoridade, surge então a obrigação de recolhimento do tributo como consequência. Observe que as condutas do órgão fazendário e do agente passivo tributário são evidentes, a primeira conduta permissiva para cobrar o imposto, e a segunda conduta obrigatória de pagar o tributo.

Por sua vez, o princípio da igualdade necessita para sua aplicação somente elementos identificáveis na análise do caso concreto e da insuficiência ou inexistência de regras. A infringência da igualdade pode ser estudada posta em relação com condicionantes fáticos ou frente a uma medida.

Em outro ponto de vista sobre regras, pode ser dito que se encontram dois pontos iniciais identificáveis posteriormente e com relação a princípios existem dois pontos iniciais inafastáveis num primeiro momento. Aqui em se tratando de regras temos a criação judicial de exceções às regras na análise do caso em concreto, em se tratando de princípios resta verificado a influência de regras que delimitam as

dimensões de eficácia dos princípios.<sup>144</sup>

Ressaltasse que a determinação dos elementos fáticos com a finalidade de se analisar a aplicação da regra é substancial, ao instituir uma exceção. Segundo Alexy, a determinação pela preferência de um princípio sobre o outro é uma regra de precedência condicional e desta forma se constitui em razão definitiva destinado aos casos de condições fáticas iguais de aplicabilidade.<sup>145</sup>

Como exemplo temo a tomada da exceção do transito de animais em transporte público em virtude de deficientes visuais, neste caso pode vislumbrado que o regramento do princípio da liberdade de locomoção pelos legisladores foi ponderado com a possibilidade da liberdade de locomoção provisória não violando o princípio da proteção da ordem pública, restando preservado o princípio da liberdade, veja que é uma regra subjacente a um princípio, que trás um ponto inicial inafastável, considerando a hermenêutica aplicada, estendendo seus efeitos para os casos semelhantes.

Estas considerações sobre a caracterização de princípios ou regras serão importantes mais a frete para o enfretamento da conformação da norma orçamentária.

A análise de um caso concreto pode conferir se as consequências das normas estão sendo evidenciadas ou não, neste procedimento se verifica que os princípios e regras tendem a se aproximar a não o contrário.

Princípios e regras permitem a consideração das características concretas e individuais, nos princípios ela é feita sem barreiras institucionais, de inicio já é estabelecido um estado de coisa a ser atingido sem a descrição da conduta devida, as razões finalísticas e substanciais são geradas pelos princípios, mas não as condutas.

Nas regras, por sua vez, as características concretas são consideradas com uma fundamentação sendo capaz de ultrapassar barreiras institucionais das mesmas devendo ser cumpridas logo. Para Alexy, é permitida uma gradação no fenômeno conforme se dê maior ou menor peso aos princípios impeditivos da relativização das regras, são os princípios formais.<sup>146</sup> Ponto em que se encontram as teorias de Alexy e Dworkin.<sup>147</sup>

É justamente a partir de como se dá a justificativa do intérprete para a

---

<sup>144</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 104.

<sup>145</sup> Ibid. p. 139 – 140.

<sup>146</sup> Ibid. p. 139 – 140.

<sup>147</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 41.

aplicação dos significados dos dispositivos, se finalísticos ou comportamental, que se pode determinar o enquadramento da espécie normativa.<sup>148</sup> Além da identificação da espécie normativa, a caracterização das condições concretas e individuais funciona como um fator condicionante da eficácia das normas seja ela qual for, e seu modo, na ponderação entre princípios ou na superação de regras.

Também se discute sobre o procedimento adotado para se chegar a diferentes soluções como as teorias do tudo ou nada, regras, ou na teoria do mais e do menos, princípios. As regras em conflito geram a antinomia que podem ser superadas pela invalidade de uma delas ou pela declaração da exceção, os princípios em choque por sua vez são resolvidos pela ponderação atribuindo a cada um peso que resulte no final a preponderância identificando aquele que se sobre saiu.

Segundo Canaris, os princípios tem seu significado através do processo dialético de restrição recíproca e de complementação, além do seu componente axiológico.<sup>149</sup> Para Dworkin, os princípios tem um peso preponderante sobre um caso específico, sem perder sua validade em caso de conflito interno. Segundo Alexy, os princípios se aplicam em graus, segundo certas características do caso em concreto como, circunstâncias e a preponderância advinda da ponderação.

Seja em qual caso de norma for, princípio ou regra, também se encontram o sopesamento de razões e conta-razões. A distinção feita encontrasse na intensidade da contribuição institucional do aplicador, na concreta determinação da relação referente à maneira e modo da ponderação: no campo das regras e exceções, há uma restrição no âmbito da apreciação uma vez que o dispositivo já descreve o conteúdo normativo hipotético que deve ser compatível com o seu objetivo legitimador. Quanto aos princípios em conflito, o aplicador possui uma maior liberdade de apreciação para delimitar a conduta necessária para a preservação ou a realização do estado de coisas, liberdade em virtude da falta do elemento descritivo de conduta apresentando apenas uma direção para um objetivo de estado de coisas almejado.<sup>150</sup>

Em resumo, conforme expõe Ávila, os pontos iniciais para a distinção entre regras e princípios seria que as regras descrevem a conduta exigida,

---

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008, p. 104.

<sup>149</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradutor: A. Menezes Cordeiro. 2002. p. 92-93.

<sup>150</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 56.

retrospectivamente e com o objetivo de abrangência e decidibilidade. Em razão da retrospectividade, a utilização da regra necessita da avaliação da correspondência entre o conceito da descrição normativa com o conceito dos fatos.<sup>151</sup>

Os princípios são concebidos como normas finalísticas, prospectivas e complementares, a sua aplicação exige uma análise do estado de coisas a ser promovido e as consequências da conduta interpretada como necessária ao atingimento do objetivo.

A frente será analisado os efeitos das teorias sobre princípios e regras de maneira mais detalhada, abrangendo o fenômeno da superação, o da adscrição, a exceção nas regras por fim a sobrejacência teorizada.

Foi apresentado o efeito da antinomia que é o conflito entre regras a qual é superada pela invalidade ou pela exceção, com o objetivo de excluir uma regra do ordenamento ou argumentar a não aplicação total ou parcial da regra referente a determinado caso, haverá o sopesamento das razões.

Assim, ocorrendo um conflito entre regras, a solução vai ser a declaração da invalidade de uma ou geração de nova norma-regra, a de exceção. Um exemplo é o transporte em um ônibus público sem ter de pagar tarifa, por ser idoso e estar amparado pela regra de exceção. Em tese há duas regras conflitantes, a da obrigatoriedade do pagamento pelo transporte e a da isenção da tarifa, sendo esta última a de exceção que se justifica ao ser aplicado somente em situações anormais com base em circunstâncias fáticas, como a necessidade do amparo e proteção ao idoso com previsão legal.

Para Ávila, o conflito entre regras na dimensão concreta, não implica em antinomia real, mas sim ocorre a gestação da exceção mediante a ponderação para o afastamento da regra principal em favor de outra, o que ocorre pela justificação de razões com pesos superiores.<sup>152</sup>

Já Dworkin considera que a regra pode ter exceções, mas neste caso ela se revela imprecisa e incompleta por simplesmente enunciar a regra sem enunciar as exceções. Em sentido contrário, quanto mais exceções enunciadas mais completas serão as regras.<sup>153</sup> Não obstante, Alexy ao contrário de Dworkin, descarta a

---

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 78 – 79.

<sup>152</sup> Ibid. p. 67.

<sup>153</sup> DWORIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 41.

possibilidade de uma regra enunciar todas as suas exceções possíveis.<sup>154</sup>

Por consequência jurídica, a norma expressa pela regra não terá capacidade de produzir seus efeitos de forma completa em alguns casos, por esses motivos a ponderação diminui a eficácia da norma em certos casos concretos.

Diferentemente a superação de antinomia, quando invalidada uma norma por causa de invalidez ou reconhecimento de sua eficácia, o que opera é a retirada da eficácia sem criar a exceção à regra, simplesmente afastando-a, em resumo o problema restringisse à eficácia da norma.

Para Ávila é caso de superação de regra quando ambas as regras permanecem válidas, ou para Alexy quando há socorro nos princípios em caso de normas incompletas para seu reforço normativo. Na dimensão dos princípios os mesmos são sopesados para afastar a eficácia de uma regra incompleta em favor de outra. O que se conclui é que a norma possui um caráter provisório, com a possibilidade de ser transposto por razões de maior relevo através da decisão do aplicador, na análise do caso concreto. O modelo de ponderação pode ser diverso.<sup>155</sup> Ainda para Ávila, existe a manutenção da validade, pois uma vez realizada a distinção da eficácia na aplicação da norma, assim também na ponderação dos princípios, contudo é uma ponderação diferenciada porque, uma vez tratando-se de regras existe uma barreira a ser vencida pelo jurista em virtude da própria descritividade normativa.<sup>156</sup>

A barreira mencionada direciona para a aplicação do tudo ou nada, exceção a casos difíceis nos quais as razões de maior relevo às regras movimentam a aplicação da norma em outra direção, conforme trata Alexy, contudo a problemática já passa para o nível dos princípios: às razões de maior relevo normativo é aceito a aplicação do mais e do menos. Aqui temos a adscrição explicada por Bahia, nas regras definitivas também pode ocorrer a relativização, conforme vai transcorrendo o fenômeno da adscrição aos princípios, momento que passa ser necessária a ponderação.<sup>157</sup>

Tratando-se de exceções observasse que norma da regra foi atendida, contudo

---

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 104.

<sup>155</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 58 – 59.

<sup>156</sup> Ibid. 2007. p. 49 – 50.

<sup>157</sup> BAHIA. Saulo José Casali. *Poder Judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007.

a consequência não ocorrerá em certos casos. Na superação ou na adscrição os esforços argumentativos são envidados para que a norma da regra seja complementada.

Adiante o fenômeno da sobrejacência, segundo Ávila, a análise da correspondência entre as regras tem seu foco na finalidade ou nos princípios axiologicamente sobrejacentes.<sup>158</sup> Na teoria de Dworkin encontram-se duas técnicas de resolução de conflitos entre regras, a primeira trata da antinomia no sentido de exclusão, escolhe-se a regra mais atual ou a regra sustentada em princípios de maior relevância.<sup>159</sup> E por sua vez, segundo Alexy, encontrasse a adscrição das regras aos princípios, sob o argumento que os princípios fundamentam o surgimento das regras, mesmo que não sejam mandamentos de otimização, eles fundamentam estes mandamentos.<sup>160</sup>

De modo geral, observa-se que as regras ligam-se aos princípios no momento da descrição das condutas a serem exigidas sob algumas hipóteses, tal efeito resulta na sobrejacência dos princípios. Neste fenômeno a jurisdição criativa encontra seu espaço para criar novas regras a partir da análise dos princípios fluentes sobre um caso específico.<sup>161</sup>

No caso da sobrejacência, apesar das regras não delinearem na totalidade a conduta a ser exigida por seu destinatário, os princípios exercem a função complementar para sustentar uma nova regra, servindo como fundamento de validade para toda as regras baseadas no cumprimento na maior extensão possível do estado de coisas buscado através do princípio.

Contudo a sobrejacência não está resumida na interação entre princípios e regras, ela também opera entre princípios com outros princípios, de maneira que um princípio seja o lastro para o suporte fático do outro princípio.<sup>162</sup>

Aqui pode ser concebida a ideia da possibilidade de um princípio ser considerado um sobre princípio ou um subprincípio, conforme esteja disposto o

---

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2007. p. 78.

<sup>159</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. 2007. p. 43.

<sup>160</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 108.

<sup>161</sup> O que se afirma sobre a jurisdição criativa pode ser percebido implicitamente nas lições de Alexy, “[...] a regra não existe antes de o caso ser decidido, o Tribunal cita princípios para justificar a adoção de uma nova regra”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 107.)

<sup>162</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 302 – 303.

princípio referencial na análise principiológica do suporte fático.

Canaris trás a luz a questão ao explicar a existência de princípios gerais entre os sistemas e subsistemas. O critério é totalmente relativo considerando a existência de sistemas e subsistemas, se um princípio geral está para o subsistema ele não se generaliza num primeiro instante para o sistema, mas pode fazê-lo. De uma forma ou de outra, para o autor, a dinâmica entre sistemas e subsistemas possuem relações que implicam os princípios que os constituem, admite-se que os princípios do menor sistema podem penetrar no maior sistema como um princípio geral e vice-versa, contudo do menor sistema só pode ser retirado os princípios mais abrangentes. Desta forma é modificada a generalidade do princípio através da dimensão do ponto de vista.<sup>163</sup>

A partir desta compreensão pode ser considerado que a identificação dos princípios altera a sua amplitude de adequação no sistema e seu escalonamento deve ser feito de forma coerente, pois é decisiva esta questão sobre quais princípios dever ser considerados constitutivos, para uma unidade interior no âmbito parcial de uma causa, na qual a ordem será modificada profundidade através dos princípios alterados.

E importante compreender a existência de subprincípios e a relação da sobrejacência para o bem da própria dinâmica dos princípios jurídicos. Canaris, afirma categoricamente que os princípios necessitam para a sua concretização uma relação que se processa através de subprincípios e valores singulares, cuja essência e matéria lhes sejam próprios.<sup>164</sup>

A sobrejacência demonstra a abrangência de um determinado princípio sobre os bens tutelados e identifica as normas sobre as quais ele age suprindo as parcialidades da regra completando-as mesmo no estado de coisas de forma globalizada, uma vez que os princípios não tem a função de exclusividade na sua aplicação.<sup>165</sup> Neste sentido, a sobrejacência demonstra gradualmente a compreensão da concretização da normatividade do direito *prima facie* para o direito definitivo.

Um exemplo, seria a busca da segurança jurídica em um dado caso concreto cujo direito não esteja tutelado expressamente na Constituição, mas somente no

---

<sup>163</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Tradutor: A. Menezes Cordeiro. 2002. p. 79.

<sup>164</sup> Ibid. p. 88.

<sup>165</sup> Ibid. p. 90.

sistema infraconstitucional. Nesta situação o aplicador do direito deve se valer dos princípios gerais constantes destas normas inferiores trazendo-os para o contexto do sistema normativo superior. Essa dinâmica não poderia ser rechaçada desde que a norma inferior estivesse em pelo acordo com a Constituição e, portanto, os princípios elencados na norma inferior, em tese, também seriam parte irradiante da força normativa constitucional, podendo ser extraído para o sistema normativo superior.

Este sistema serve bem ao propósito da instituição de um estado de coisas em benefício da segurança jurídica, cujo objetivo encontrasse no princípio normativo subjacente, desde que alinhado com os objetivos da norma superior ou mais ampla.

Aqui, destacasse que a sobrejacência é uma construção teórica, gestada da interpretação de normas legais e de sopesamento feitos de maneira correta excluindo o que não for razoável.

Por fim, o que se quis mostrar a cerca das análises da diferenciação entre regras e princípios foi o lançamento de bases sólidas para uma interpretação e concretização da norma orçamentária constitucional. A base teórica das alternativas inclusiva de Alexy, somando às contribuições da teoria de Dworkin, com os demais institutos teóricos de outros autores, permitirá a investigação satisfatória da norma orçamentária constitucional feita a seguir.

## 2.4 Orçamento Público Constitucional: Regra ou Princípio

A identificação proposta neste título permitirá identificar a espécie da norma orçamentária constitucional com regra ou princípio na medida em que o interprete compreenda seu sentido disposto nos dispositivos considerados.

O panorama das alternativas inclusivas é de extrema importância para a análise dos dispositivos orçamentários constitucionais. Serão por meio destas alternativas inclusivas que poderá ser denotado dois tipos de normas incorporados no mesmo dispositivo constitucional, ou seja, em um mesmo dispositivo constitucional poderá emanar uma regra ou um princípio. Com fundamento em Alexy, o caráter duplo das disposições de direitos fundamentais é um fundamento pelo qual se permite compreender que, um mesmo dispositivo normativo constitucional emane

duas espécies normativas ao mesmo tempo, a regra e o princípio.<sup>166</sup>

Desta concepção, apreende-se que uma disposição Constitucional pode gerar duas normas, um princípio e uma regra, ou uma norma mais completa quando o referencial é um princípio nela contida conjugado com a regra nela contida, o que pode ser considerada – uma regra completa – estas são possibilidades que a análise de varias disposições pode resultar quando interpretado que um princípio pode ser derivado de outro sem a necessidade existir uma disposição prévia para tal.

Por outro pondo de vista, tornasse decisivo a verificação da norma gerada, por um ou por mais dispositivos de caráter duplo, isto é essencialmente diferente, conforme Alexy, o adequado modelo somente pode ser obtido quando nas disposições sobre direitos fundamentais estão atribuídos princípios e regras ao mesmo tempo em uma norma de caráter constitucional de caráter duplo.<sup>167</sup>

A relação do caráter duplo de uma norma discutido compreende a noção da existência de uma cláusula restritiva e de um direito *prima facie*, ambos constitucionalmente garantidos, e a partir desta existência, a união entre os dois conduz à regra. Neste sentido, a mesma norma sobre direito fundamental possui caráter duplo, o de princípio com caráter *prima facie* e o de regra que por sua vez restringe o direito aos seus limites descritivos da situação fática.<sup>168</sup> Trata-se respectivamente de princípio e regra aglutinados na mesma norma constitucional de direito fundamental.<sup>169</sup>

Em conexão a esta noção da coexistência de duas normas em um mesmo dispositivo, encontrasse o resultado de um sopesamento que funcione como restrição de direitos fundamentais. Veja que toda restrição desta espécie tem caráter normativo e ao se considerar o caráter duplo, está sendo assumida a existência da regra inclusiva da cláusula restritiva resultando em direito *prima facie* e direito restritivo.<sup>170</sup>

Logo, temos na teoria de caráter duplo de um princípio constitucional, uma regra restritiva de direito fundamental originando uma regra atribuída. Como exemplo, podemos citar o princípio da liberdade de expressão e a regra restritiva da decisão judicial sopesando sobre os direitos fundamentais da liberdade, da intimidade

---

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 302 – 303.

<sup>167</sup> Ibid. p. 144.

<sup>168</sup> Ibid. p. 141- 144.

<sup>169</sup> Ibid. p. 102.

<sup>170</sup> Ibid. p. 281.

e da vida privada e em casos específicos a regra atribuída da restrição de publicação de cartas pessoais, não autorizada pelo emissor.

Nesta perspectiva, nos títulos seguintes será envidado esforço para identificar o orçamento público com este efeito duplo normativo, o de princípio e ou regra. A primeira premissa considera o caráter duplo derivado dos princípios do Estado Democrático de Direito, da eficiência administrativa e da publicidade somados à dimensão positiva do direito. Considerando também que, por princípio os gastos públicos passam por um planejamento prévio, teleológico e coerente, e a existência da regra da restrição sem fundamento ao planejamento, formando respectivamente norma estabelecida e norma atribuída.

Identifica-se aqui, preliminarmente como regra restritiva a regra orçamentária definidora da precedência de princípios constitucionais no orçamento, aquela que obriga uma razão definitiva de dever *prima facie* do Estado, as quais conforme dispõe Alexy, compõe o conjunto das regras da lei de colisão expressando o resultado de sopesamento<sup>171</sup>, realizado pelos políticos.

Por seguinte, identifica-se a norma, do orçamento público, relacionada à obrigação constitucional na iniciativa de lei orçamentária pelo chefe do Poder Executivo, dividida em três leis orçamentárias distintas entre si de forma prévia.

Como pode ser compreendida a norma orçamentária como princípio?

Torres escreve que o Brasil em 1988 foi influenciado pela Constituição de Bonn, que por sua vez deixou de pregar o equilíbrio das contas públicas de forma que a Corte Constitucional Alemã considerou aberta a expressão “equilíbrio econômico geral” o necessário, para ser aperfeiçoada para as atividades de intervenção estatal na economia.<sup>172</sup>

A partir de Keynes, como visto no capítulo I, as preocupações com as ações do governo se tornaram comuns, houve a exigência da intervenção do Estado na economia através de investimentos públicos, de tal forma que o Estado deveria planejar a maneira de melhor de fazê-lo. Posteriormente, mesmo que a estratégia de Keynes tenha se mostrado insustentável, o Estado continuou a intervir na economia através de suas ações de investimento, mas de forma regrada, ora para buscar o

---

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008, p. 284.

<sup>172</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. 2008. p. 74

equilíbrio orçamentário com menos investimentos, ora buscando fomentar a economia aumentando seus investimentos produzindo o déficit público.

É neste quadro de oscilação da teoria Keynesiana, que surge o Estado Orçamentário, que não se confunde com o Estado planificador social totalitário e com o Estado demasiado interventor, este agora compreendido como uma norma constitucional material com o objetivo de planejar as ações estatais, planejamento esse materializado em dispositivos constitucionais orçamentários obrigatórios.

Por sua vez, a Constituição do Estado Democrático de Direito, instituiu o princípio do planejamento orçamentário, que transcende os limites da Constituição Orçamentária penetrando em todos os outros subsistemas da Magna Carta.<sup>173</sup> O princípio do planejamento possui um fundamento para um sistema aberto, uma vez que proporciona a construção de relações sintáticas e semânticas para um sistema interno, deve ser visto como a sistematização do sentido dos dispositivos projetados para protegerem os bens jurídicos de situações, estados protegidos juridicamente ou restringidos pela concretização de uma relação.<sup>174</sup>

Não obstante, tem se de ser considerado também que apesar de o ordenamento constitucional ter sido formulado para um âmbito material especialíssimo e qualificado em sua extensão e intensidade sobre a disciplina orçamentária pública, dele é extremamente aberta. Primeiramente o aspecto que visa a possibilidade de desenvolvimento, como todos os sistemas que são revestidos de linguagem, da não completude, da capacidade evolutiva e de modificação do sistema. Canaris ainda expressa que, essa característica, se apresenta em virtude da provisoriedade do conhecimento científico, uma vez que um sistema interno é um resultado científico e cada sistema científico é somente um projeto de sistema.<sup>175</sup>

Um segundo ponto pode ser considerado, com referencia no autor é a possibilidade da mudança do ordenamento jurídico como é passível de aperfeiçoamento, novos e diferentes princípios daqueles existentes há poucas décadas podem ter sua validade e ser constitutivos para o sistema. A partir disso a unidade do sistema como um sentido compartilha uma ordem jurídica concreta na sua maneira de

---

<sup>173</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. 2. ed. 2008. p. 78

<sup>174</sup> ÁVILA, Humberto. *Estatuto do Contribuinte: Conteúdo e Alcance*. Revista Diálogo Jurídico, v. I, nº. 3, jun2001. p. 03.

<sup>175</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Tradutor: A. Menezes Cordeiro. 2002. p. 106.

ser não estática, porém dinâmica assumindo a estrutura conformada pela história.<sup>176</sup>

De outra forma o sistema pode ser considerado aberto em virtude da necessidade de reenviar as normas previstas para outro local de ordenamento constitucional,<sup>177</sup> e não com fundamento na interpretação criativa dos juristas. Segundo Canaris, o surgimento do sistema aberto, não tem qualquer nexos com a necessidade de admissão da criatividade jurídica de interpretação, justifica o autor que o sistema é aberto porque assim está e que a interpretação criativa jurídica só é admitida em virtude de fatores exteriores à problemática do sistema.<sup>178</sup>

Posto deste modo compreende-se que o sistema orçamentário na Constituição Federal (1988), nos art. 153 – 169, reenvia para as outras normas dos outros dispositivos constitucionais, incluído os princípios fundamentais art. 1º - 5º, as razões para o uso dos instrumentos orçamentários.

Nos art. 170 – 181, a ordem econômica e financeira não pode ser esquecida uma vez que a sua função extrafiscal tributária é base fundamental constitucional para o orçamento, é através desta norma que se pode emanar leis de renúncia fiscal ou de investimento público para a intervenção na economia.

Os direitos e garantias fundamentais estampados nos art. 5º - 17 juntam-se às normas dos programas estatais como as do art. 196 – 202 para formarem um rol de fins tangíveis através do orçamento público como instrumento de políticas públicas, desta forma, as normas que contém um dever estatal constituem o sistema constitucional orçamentário, consubstanciado em objetivos orçamentários a serem concretizados.

A norma orçamentária tem como essência a obrigação estatal de planejar as receitas, as despesas e o investimento público, ela demonstra a própria estratégia do Estado projetada para a realização dos objetivos fundamentais constitucionais e assim constituem um princípio.

Como princípio, a norma orçamentária prevê a realização de um estado de coisas, como o §7º do art. 165, demonstra um objetivo principal da redução das desigualdades regionais internas, mas para tal necessita das circunstâncias fáticas e jurídicas.

---

<sup>176</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Tradutor: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: 2002. p. 107 - 108

<sup>177</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2008. P. 107 – 108.

<sup>178</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 111 - 112

A mais preponderante circunstância fática em sede de orçamento reside na arrecadação de receita orçamentária, o montante arrecadado só pode ser determinado pela contabilidade pública ao checar os ingressos nos cofres públicos pelo regime de caixa. Torres afirma que as políticas públicas dependem de dinheiro por obviedade, e não de verbas,<sup>179</sup> mas disso não se aduz uma barreira para o planejamento orçamentário como princípio vinculativo.

Longe dessa hipótese, há apenas a indicação da efetiva necessidade de realizar procedimentos que estabeleçam as prioridades para determinado período, ou seja, as prioridades orçamentárias relacionadas com a realidade e a fixação de prioridades obrigatoriamente segue a pauta do constituinte e não a vontade do administrador.

Este é o sentido no qual se defende o orçamento público, como um princípio que derivado de outros sobre princípios democráticos, da publicidade administrativa e da eficiência. E de outro ponto de vista, existem outros princípios subjacentes ao orçamento público os quais serão vistos mais adiante.

De todo modo, o nível do princípio orçamento enuncia para o Estado seu dever de realizar o planejamento prévio com a devida coerência a partir das diretrizes fixadas até o montante de recursos a serem disponibilizados em cada ação no momento da especificação das despesas, devendo ser proporcional à prioridade elencada até à execução orçamentária legítima e planejada.

Segundo Lopes, para compreender as políticas públicas é essencial compreender o regime das finanças públicas, as quais devem estar abarcadas pelo direito que o Estado exerce para planejar, suas finanças e o desenvolvimento nacional, isto inclui as condições do exercício dos direitos sociais pelos cidadãos e por isso o Estado deve, além de planejar seu orçamento anual, planejar as despesas de capital e de programação continuada.<sup>180</sup>

Se o art. 165 da Constituição (1988) obriga os entes federados a elaborar três leis orçamentárias, a Lei do Plano Pluri Anual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) e observável também o mandamento normativo constitucional é para estabelecer orçamento de forma regionalizado, com as diretrizes, metas e objetivos para a administração pública

---

<sup>179</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. 2008. p. 79.

<sup>180</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 2002. p. 132-133.

realizar suas despesas de capital, outras despesas decorrentes de suas atividades próprias e as despesas com os programas de duração continuada, art. 165, §1.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias por sua vez deve compreender as metas e prioridades da administração pública federal, com as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, art. 165, §2º, aqui se faz a observação que a Lei de Diretrizes Orçamentárias é obrigatória somente para a administração federal sendo optativa para os outros entes federados.

Para além destes comandos, o art. 165, §4º revela que os planos e programas nacionais desenvolvidos de forma regionalizada e setorial, segundo a Constituição, devem ser elaborados em sintonia com o Plano Pluri Anual, lei, apreciada no Congresso Nacional.

E não obstante, as emendas ao orçamento derivadas do Legislativo só podem ser aprovadas se estiverem compatíveis também com a Lei do Plano Pluri Anual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, mandamento do art. 166, §3º.

As regras destes dispositivos revelam as razões definitivas do orçamento, porque descrevem condutas a serem seguidas pelo Estado, conforme fixa também o desejo de coerência entre as propostas do governo, as diretrizes estabelecidas e as ações materiais estabelecidas no orçamento de gastos e investimentos.

O princípio planejamento pode ser executado a partir desta premissa de coerência com as prioridades estabelecidas, sem qual não poderá ser considerado um planejamento.

Quanto à vinculação do Poder Público ao quanto orçamentário proposto. O art. 174 da Constituição (1988) determina que o Estado como agente regulador da economia exercerá na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo, planejamento restando este como determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Veja que o dispositivo normativo invoca o princípio orçamentário do planejamento, determinando até seus efeitos para o setor público e privado, não obstante a Lei de Responsabilidade Fiscal assim também o fez em seu art., 32, por

assimilação.<sup>181</sup>

Por outro lado, todos esses mandamentos normativos não implicam na imutabilidade do plano orçamentário diante de recursos de argumentação, o que seria contrário ao princípio do mandamento de otimização, de planejar a ação estatal da melhor forma para servir de instrumento ao atingimento dos objetivos estatais.

Observa-se que isso também seria oposto à natureza das coisas, ou à natureza singular do presente,<sup>182</sup> consubstanciando uma condição de eficácia normativa considerando que a despesa estatal e do tipo despesa econômica e tantos fatos de força maior como fatos humanos muitas das vezes são imprevisíveis gerando efeitos que prejudicam a consecução dos planos financeiros.

Contudo, a norma do plano, uma vez aprovada na casa legislativa, adquire o *status* de regra e para ser alterada requer uma argumentação a nível constitucional para poder transpor a ordem do planejamento ou para que seja antecipado seu resultado.

Aqui vige a regra da precedência como afirmada por Alexy e já discorrida, condiz que estando sob certas condições, uma vez analisada a Lei do Orçamento Público, originária de um sopesamento de prioridades constitucionais e prioridades fáticas do tempo em que foram feitas, sem haver fatos imprevisíveis, a alocação de recursos planejada deve ser mantida. Deve ser imposto um caráter definitivo em virtude dos deveres *prima facie* colidentes<sup>183</sup>, isso se dá com a regra do orçamento público, enquanto lei. A regra do orçamento, assim considerada é a definitiva razão estando naquelas condições de temporais e do princípio do planejamento.

Descreve Alexy que, no mundo principiológico há espaço para muita coisa podendo ser chamado de um dever-ser ideal. Colisões, tensões de conflitos ou antinomias, surgem no momento em que o mundo do dever-ser ideal se transmuta no mundo do dever-ser definitivo ou real. Este é o ponto das inevitáveis decisões a cerca dos pesos dos princípios colidentes, o da fixação das preferências.<sup>184</sup>

Desta forma o princípio do planejamento assume o caráter *prima facie* na obrigação de planejar com coerência a totalidade da coisa pública, com o objetivo de cumprir com todos os deveres constitucionais.

---

<sup>181</sup> NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. 2002. p. 35.

<sup>182</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1991. p. 18.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008, p. 518.

<sup>184</sup> *Ibid.* p. 139

O dever de caráter *prima facie* do orçamento público é considerado ao observar o longo rol de deveres do Estado. O Estado *prima facie* tem o dever de cumprir com seus encargos, contudo a própria natureza de seus deveres e a escassez de recursos não permitem isso ser possível, assim o escalonamento de prioridades entre os diversos deveres deve ser considerado um componente do princípio do planejamento, com o resultado de estabelecer uma regra quando essas preferências forem realizadas.

Por esse motivo a regra do orçamento, lei, é a definitiva razão do princípio do planejamento, que pode ser superada somente mediante a argumentação constitucional sopesando e no mesmo nível do planejamento enquanto princípio, para o atendimento de demandas urgentes e imprevisíveis.

Aqui tratasse da superação da regra que obriga a restrição do orçamento planejamento movido por razões superiores. Qualquer outra disposição de superação em moldes diferentes sem a devida argumentação constitucional e portanto fora do orçamento é um infundada omissão com as alocações que sofrerem prejuízo pela realocação de recursos ou com as alocações que não forem cumpridas.<sup>185</sup>

Para toda insatisfação de um dever *prima facie* é requerido um ponto de vista jurídico, com razões aceitáveis que caso não se apresentem razões suficientes, um dever *prima facie* pode ser considerado com um dever definitivo.<sup>186</sup>

A duplicidade do caráter da norma constitucional de direito fundamental, se comprova também no planejamento orçamento. Sob determinadas condições o planejamento orçamento poder ser afastado para realizar a eficácia de outro princípio constitucional, como no caso de uma situação crítica financeira para ajuda às vítimas de uma catástrofe, o princípio de proteção á vida e da solidariedade demonstra que a regra do orçamento foi violada, mas encontrasse constitucionalmente aceitável pela precedência de outro princípio que afastou a eficácia do princípio do planejamento.

Quando se abarca o suporte fático, porém não se satisfaz a cláusula restritiva então é proibido, mas se a cláusula restritiva faz referencia expressa a princípios e a

---

<sup>185</sup> Neste sentido: SILVA, José Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2009. p. 251.

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008. p. 518.

seu sopesamento, então se trata de uma norma constitucional de caráter duplo.<sup>187</sup>

Explicasse que a norma constitucional orçamentária tem seu caráter duplo, porque o princípio do planejamento coerente visa cumprir as finalidades estatais e se revela cumprido somente caso a regra seja respeitada, segundo toda realocação que não preencha a cláusula restritiva fundamentada na Constituição como proteção de outro fim estatal, referenciada à mudança de uma situação de fato na alocação original é constitucionalmente proibida.<sup>188</sup>

Na cláusula de restrição existe a expressão do sopesamento, a lesão ao princípio do planejamento prévio, teleológico e coerente, somente poderá ocorrer se houver a necessidade de promover outros princípios fundamentais, de dever estatal em situação diversa e imprevisível daquela temporalidade em que se realizou o planejamento orçamentário. A menção ao sopesamento da norma constitucional do planejamento possui o caráter duplo.

A análise da norma orçamentária como regra por sua vez tem um viés mais simples. Observe o número de dispositivos constitucionais de caráter obrigatório para todos os entes federado, em especial o art. 165 da Constituição de (1988), a conduta exigida pela três leis orçamentárias ser realizada, a Lei do Plano Pluri Anual, a Lei das Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

É neste panorama de regras que a normas orçamentárias ordenam que o Estado cumpra três deveres simples, publicar as três leis projetando sua atuação para o futuro, sendo cada lei com um conteúdo material próprio definido pela Constituição. Através do princípio do planejamento, deve ser estipulada a melhor forma de atender as necessidades locais de forma regionalizada com o máximo de eficácia, a elaborações das leis devem ser prévia ao ano a que se referem art. 165, §2º e 8º, de forma coerente art. 165, § 2º, §3º e 7º somados ao art. 166 ambos da Constituição (1988) e possuir a natureza teleológica instrumental para o cumprimento dos deveres do Estado.

O sentido aponta para distinção substancial existente entre a norma orçamentária como princípio o como regra, é patente o caráter descritivo da conduta e do aspecto *prima facie* do dever, apresenta a maneira da aplicação e como verificar

---

<sup>187</sup> E a mesma dinâmica reportada por Alexy em seu exemplo da relação entre a dignidade humana e a proteção do Estado. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008. p. 113.)

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. 2008. p. 142 -143.

sua eficácia. A regra é aplicada de maneira do tudo ou nada, seu regramento é aplicado se o seu antecedente ocorrer materialmente. Veja que a regra constitucional orçamentária é aplicada formalmente, se o Estado deve ou não atuar materialmente a proceder como orçamento nas três espécies de leis orçamentárias distintas. Notasse que a regra é realizada pela edição das três leis seguindo o processo legislativo regrado.

A obrigação da conduta estatal é tão somente neste exemplo, editar as leis orçamentárias específicas nos momentos específicos, restando ao final o cumprimento da regra orçamentária. A única verificação fática que se faz é a existência das três leis aprovadas pelo legislativo, formalmente constitucionais e vigentes. É interessante observar a assunção formal das leis internacionais e sua impossibilidade de revisão judicial, aqui somente pode subsistir norma da regra constitucional.

Uma vez que o princípio orçamentário envolve a obrigação da coerência constitucional, além do dever de cumprimento à máxima medida os deveres estatais para a finalidade pública, só pode ser constatado pelas normas constitucionais e nas relações de fato envolvidas o que caracteriza os fatores condicionantes fáticos jurídicos.

Assim se tem uma regra orçamentária constitucional concernente aos atos formais para a realização das leis específicas do orçamento. Contudo, deve ficar claro que as outras regras orçamentárias que fazem parte do sistema orçamentário externo, também formam o conteúdo dessa obrigatoriedade, sendo qualificada em virtude da atuação dos poderes Legislativo e Executivo, complementando a regra da obrigatoriedade.

Como estas regras se apresentam também se mostra suas razões definitivas, do princípio do planejamento orçamentário, que apesar de serem da criatividade do constitucionalismo brasileiro, se apresentam na sua peculiaridade com o decorrer do tempo determinando o instituto do Orçamento Público Brasileiro.

Por essas exposições que se permite fazer o orçamento público com uma concepção jurídica positiva, obtida das relações de diversas regras orçamentárias contidas na Constituição de (1988) e na Lei nº 4320/64 cujo *status* foi reconhecido constitucionalmente como de lei complementar, art. 165, § 9º também da Constituição de (1988), ao mesmo tempo em que constituem as razões definitivas para a razão *prima facie* do princípio do planejamento formulado.

Esta caracterização retro elaborada tem o intuito de identificar decisões promulgadas com a Constituição de (1988).

Uma vez compreendida a norma orçamentária como regra e princípio, surge o anseio pela subjacência do princípio do planejamento orçamentário, assim como a dos métodos de complementação da regra formal.

Esperasse que até aqui tenha sido formado uma concepção mais séria a respeito do Orçamento Público, uma vez que tratado como princípio e regra deixa-se esclarecido que sua aplicação não pode ser afastas sem a devida argumentação constitucional seja por qualquer um dos poderes constituído.

O orçamento deve ser considerado e cumprido e as alterações devem ser levadas para o processo constitucional para serem processadas.

### 3 ORÇAMENTO PÚBLICO E POLITICAS PÚBLICAS

Os constitucionalistas de 1988 incluíram no rol de direitos constitucionais os direitos fundamentais, humanos e sociais, em atendimento aos requisitos de um Estado Democrático de Direito, e contemporaneamente não se pode duvidar que, a omissão do governo na efetivação dos direitos fundamentais universais e indivisíveis, configura um grave estado de infringência jurídica reconhecida internacionalmente, configurando um estado de retrocesso civilizatório construído sob duras lições entre elas a segunda guerra mundial.<sup>189</sup>

No Brasil, as políticas públicas são um plano de ações governamentais responsáveis pelas diretrizes e execução dos direitos fundamentais constitucionais, que enfrentam graves problemas de escassez de recursos em face de uma infinidade de probabilidades de despesas com direitos.<sup>190</sup>

Neste contexto, o orçamento público constitucional se mostra como um instrumento útil, expresso com *status* de lei e com amplas funções, que espelham as opções políticas, econômicas e financeiras do governo, permitindo verificar se a sociedade está ou não em um progresso de bem estar social adequado e promissor. Para este fim, deve ficar claro que o orçamento público constitucional envolve diversas dificuldades a serem superadas que estão presentes na sua elaboração, na discricionariedade de sua execução, no nível de participação democrática para a alocação de recursos, nas ações do poder Legislativo e principalmente no seu

---

<sup>189</sup> Segundo o autor: “Pode-se afirmar, a despeito da edição da Carta Atlântica firmada por Roosevelt e Churchill (14.08.1941), e a Declaração das Nações Unidas em 01.01.1942, que o marco histórico da internacionalização dos Direitos Fundamentais é a Declaração Universal de 10 de dezembro de 1948, que, após a 2ª guerra, vem consagrar um consenso sobre valores de alcance global. [...] Vários preceitos da Declaração Universal são, com o passar do tempo, incorporados a Tratados internacionais, que possuem, em razão de sua natureza, força jurídica vinculante, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966, os quais compõem, juntamente com a Declaração Universal, a chamada Carta Internacional dos Direitos Fundamentais. Tais documentos são constituídos fundamentalmente pelo direito à autodeterminação”. (LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. 2009. p. 61)

<sup>190</sup> Nas palavras do autor: “De pronto quero lembrar que a Constituição Federal brasileira de 1988, em se artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: [...] Deste mandamento constitucional retiram-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, aqui entendidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefícios em favor de um determinado número de pessoas, dentro de um contexto sócio econômico em que se encontram em desvantagem por razões sociais.” (LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. 2009. p. 116)

contingenciamento.<sup>191</sup>

Neste capítulo serão abordados os direitos fundamentais constitucionais e sua eficácia através das políticas públicas, que por sua vez dependem da execução do orçamento público constitucional. Serão apresentadas questões relativas à busca pela dignidade mínima da pessoa humana, em um estado de direito democrático constitucional cada vez mais demandante, e as dificuldades do gestor político, na efetivação dos direitos fundamentais, em virtude da escassez orçamentária de recursos, a começar pela apresentação de um caso emblemático por direito fundamental e de dignidade humana que põem à prova à própria capacidade financeira do estado em garantir os direitos fundamentais.

### 3.1 Um Caso Emblemático Entre Direito e Orçamento

O caso referido a seguir remete a um paciente acometido da doença denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN)<sup>192</sup>, segundo artigo de Rizzatti e Sandes<sup>193</sup>, a doença é uma forma rara de anemia hemolítica adquirida que causa a destruição irregular das hemácias com três manifestações clínicas distintas: a hemólise<sup>194</sup> intravascular, um significativo aumento de tromboembólicos<sup>195</sup> e o surgimento de graus variados de falência da medula óssea. Ainda segundo o artigo, a doença afeta pacientes de ambos os sexos em iguais proporções e com média de idade entre 30 anos, cuja taxa de mortalidade pode atingir 35% dos pacientes após 5 anos de diagnóstico, cuja principal causa da morte é identificada com o falecimento da medula óssea ou à ocorrência de tromboembos.

---

<sup>191</sup> Para saber mais, leia o orçamento público no Brasil e o aspecto econômico do orçamento público no primeiro capítulo.

<sup>192</sup> Código CID 10 - D59.5 – Hemoglobinúria paroxística noturna (Marchiafava-Micheli)

<sup>193</sup> SANDES, Alex Freire. RIZZATTI, Edgar Gil. *Novo Método para o Diagnóstico da HPN: mais sensível, mais específico e clinicamente muito mais relevante*. 2011.

<sup>194</sup> Segundo Dicionário Médico on-line: ‘HEMÓLISE – Doença na qual se produz a ruptura da membrana do glóbulo vermelho e perda de seu conteúdo (principalmente hemoglobina) para a corrente sanguínea. Pode ser produzida em algumas anemias congênitas ou adquiridas, como consequência de doenças imunológicas, etc.’ (Disponível em: < <http://www.dicionariomedico.com/Hemólise.html>> Acesso em: 30mai2016)

<sup>195</sup> Segundo Rezende e Soares os ‘[...] tromboembólicos compreendem um grupo de doenças caracterizado pela obstrução de artérias ou veias por coágulos formados localmente ou por trombos liberados na circulação sistêmica. Os distúrbios tromboembólicos compõem as principais causas de morbimortalidade no Brasil e no mundo. [...]’ (REZENDE, Suely Meireles.; SOARES, Thiago Horta. *Como Diagnosticar e Tratar Distúrbios Tromboembólicos: Venous Thromboembolism*. 2010.)

A notoriedade do caso foi publicada na Revista Época em 2012, sob o título “O paciente de R\$ 800 mil”<sup>196</sup> e remete à história de Rafael Notarangeli Fávaro, morador São José dos Campos - SP, à época com 29 anos de idade, que acometido da rara doença HPN ajuizou uma ação judicial para receber do Estado de São Paulo, o custeio de um tratamento médico alternativo que envolve a aplicação de um dos remédios mais caros do mundo, o Soliris da indústria Alexion Pharmaceutical, cujo componente ativo é o eculizumabe.

Segundo a revista Forbes de 2010<sup>197</sup>, o Soliris custava anualmente US\$409.500,00, e atualmente segundo a revista International Business Time de 2016<sup>198</sup>, o Soliris custa ao ano em torno de US\$440.000,00 cerca de R\$1.754.896,00 na cotação do dólar<sup>199</sup> do dia 13fev2016, data da matéria.

Rafael logrou em juízo o direito de receber do Estado de São Paulo o custeio do tratamento com Soliris, conforme decisão publicada do acórdão do agravo regimental de nº 0034026-16.2010.8.26.0053/50000 da comarca de SP, como consta de seu dispositivo final:

[...] Por fim, o fornecimento do medicamento importado e sem registro na ANVISA ao portador de doença grave é atualmente o único tratamento existente, conforme demonstrado nos autos. A ausência de registro do medicamento junto à ANVISA ou a falta de autorização de uso pelo Ministério da Saúde, não equivale à proibição de seu consumo. E mais, sendo atualmente o único remédio indicado para a enfermidade, recusá-lo ao impetrante significaria abandoná-la à própria sorte, sem nenhuma assistência. Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão monocrática por seus próprios fundamentos. (AGR-SP nº 0034026-16.2010.8.26.0053/50000)

Neste prisma e considerando os valores dos remédios em geral, não pode ser negado que há fortes reflexos das decisões judiciais, em matéria de direitos fundamentais, sobre o orçamento público o que inclui o caso ressaltado envolvendo o direito à saúde.

---

<sup>196</sup> SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil: A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: Resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde*. In: Revista Época on-line. Editora Globo: São Paulo, 2012.

<sup>197</sup> HERPER, Mattew. *The World's Most Expensive Drugs*. 22fev2010. Artigo versão on-line. New York: Revista Forbes, 2010.

<sup>198</sup> NORDRUM, Amy. *Drug Prices: World's Most Expensive Medicine Costs \$440,000 a Year, but is It Worth the Expense?* 13fev2016. Artigo versão on-line: New York: Revista International Business Times, 2016.

<sup>199</sup> Cotação calculada no site do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/p ec/conversao/ conversao.asp?id=txconversao>> Acesso em: 30mai2016.

Conforme exposto em 2015, pela Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA), foi publicado um importante trabalho de levantamento quantitativo sobre a judicialização da saúde e seus custos<sup>200</sup>, fenômeno que tem sido tema recorrente em debates sobre os direitos dos pacientes frente à capacidade financeira e orçamentária do Estado brasileiro no atendimento às crescentes demandas judiciais.

Do trabalho da INTERFARMA restou concluído que os gastos do Ministério da Saúde com demandas judiciais dobraram em três anos de 2012 a 2014. Foi gasto no ano de 2012 um valor de R\$367.89 milhões de reais e no ano de 2014 foi gasto um valor de R\$844,21 milhões restando acumulado no período um total de gastos no valor de R\$1,76 bilhão.<sup>201</sup>

Os gastos com saúde em 2012 obedecendo a mandados de segurança sobre as compras públicas, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, somaram um valor de R\$324.45 milhões sendo que em 2014 teve um aumento de 116,80% totalizando o valor de R\$703.39 milhões.<sup>202</sup>

Quanto aos depósitos em contas judiciais via mandado de segurança, o valor dos tratamentos reivindicados cresceu 224,18% indo em 2012 do valor de R\$43.44 milhões para em 2014 no valor de R\$140.82 milhões.<sup>203</sup>

O trabalho também concluiu que os principais responsáveis pelas demandas judiciais são pessoas físicas via mandado de segurança para depósito em conta judicial, representando uma taxa de 71,7% do total de gastos no período de 2012 a 2014 num valor equivalente a R\$213,9 milhões, resultado de 8.112 processos com valor unitário médio de R\$26.4 mil. Também vale ressaltar que no mesmo período os fundos estaduais de saúde receberam um repasse de R\$49.2 milhões representando um valor médio de R\$17.3 mil por processo ajuizado, bem aquém da real necessidade de custeio do sistema de saúde se comparado com o valor unitário demandado por processo.<sup>204</sup>

A compra de medicamentos por via judicial formou quase a totalidade dos

---

<sup>200</sup> FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de Judicialização 2015: Evolução dos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. 2015.

<sup>201</sup> Ibid. p. 4.

<sup>202</sup> Ibid. Id.

<sup>203</sup> FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de Judicialização 2015: Evolução dos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. 2015. p. 4.

<sup>204</sup> Ibid. p. 15.

gastos do Departamento de Logística (DELOG), num montante de R\$1.47 bilhões no período de 2012 a 2014, de forma que a compra de medicamentos representou um crescimento de 60%.<sup>205</sup>

Já a compra de medicamentos importados através de demandas judiciais em 2013 cresceu 59% o montante pago às indústrias estrangeiras, contra 67% pago às empresas com estabelecidas no país. No ano de 2014 conclui o estudo que, os gastos com demandas judiciais pelo DELOG representaram 84.7% do total de gastos no ano com a compra de remédios.<sup>206</sup>

No trabalho da INTERFARMA também consta destacado um importante dado diretamente ligado ao caso do paciente de 800 mil, o levantamento traz expressamente que o Ministério da Saúde gastou R\$339 milhões com o medicamento a base de eculizumabe, comercialmente denominado de Soliris, representando 29,7% das compras por via da judicialização<sup>207</sup>.

Aqui, pode ser abstraído que de todos os recursos públicos gastos com medicamentos quase 30% foram gastos com uma pequena parcela de pacientes que demandaram seu direito individual à saúde, em detrimento do direito coletivo à saúde, prejudicando a execução das políticas de saúde direcionada a uma maior escala de atendimento.

No quadro 20 do estudo ficou mais nítido o cenário, pois há a tabulação dos principais remédios judicializados, na modalidade compra com dispensa ou inexigibilidade de licitação, sendo que o medicamento eculizumabe ou Soliris, aparece em primeiro lugar na escala decrescente de gastos.

Em 2013 foram gastos R\$125.450.132 com este medicamento representando um percentual no total de gastos de 28,6%, em 2014 foram gastos R\$213.729.849 com o mesmo medicamento representando um percentual no total de gastos de 30,4%. No período 2013 a 2014 o Soliris totalizou o valor de R\$339.179.981 representando um percentual no total de gastos com medicamentos no período de 29,7%.<sup>208</sup>

Retornando ao caso do Paciente de R\$ 800 mil, que atualmente passou para um paciente de R\$1.7 milhão ao ano como já deduzido da cotação mais recente do

---

<sup>205</sup> Ibid. p. 18.

<sup>206</sup> Ibid. p. 19.

<sup>207</sup> Ibid. p. 21.

<sup>208</sup> FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de Judicialização 2015: Evolução dos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. 2015. p. 23.

dólar, ele revela uma situação jurídica e orçamentária pública bastante conflitante e decadente, que tem se tornado um dos maiores desafios para o Brasil: tornar eficaz os direitos fundamentais constitucionais equilibrando os conflitos entre o direito individual e o direito coletivo num cenário de administração de recursos públicos escassos.

Esse cenário de conflito pode ser percebido em outro trabalho mais recente, em junho de 2016 a INTERFARMA publicou um novo trabalho de pesquisa, agora voltado para a compreensão das razões da judicialização da saúde no Brasil com foco na demanda por medicamentos.<sup>209</sup>

No trabalho encontram-se definidos seis motivos que provocam e aumentam a judicialização da saúde sendo eles:

- a) A falta de subsídio para a compra de medicamentos: considerando que, a maioria da população conta somente com o um baixo salário e 75% não tem nenhum tipo de auxílio para a compra de medicamentos;<sup>210</sup>
- b) A crise econômica: as dificuldades financeiras estão aumentando e a inflação acima dos 10% a.a somada à taxa de desemprego faz a renda familiar cair;<sup>211</sup>
- c) O envelhecimento da população: os idosos já representam 12% da população com expectativa de vida de 71 anos para homens e 78 anos para mulheres, em um percentual progressivo que reflete o aumento de uma série de doenças que requerem tratamentos complexos, contínuos e caros;<sup>212</sup>
- d) O orçamento da saúde pública deficitário: o novo perfil democrático brasileiro ampliou o fornecimento de tratamentos complexos, contínuos e a compra de medicamentos modernos de alto custo. Contudo o orçamento da saúde pública não tem sido suficientemente complementado e ao contrário tem sofrido cortes orçamentários no ano de 2013 em R\$ 13 bilhões, estando previsto para 2017 um novo corte de R\$ 24 bilhões em relação ao orçamento inicial de 2015 corrigido pelo índice de preços ao consumidor amplo (IPCA). Conclui o trabalho que o governo está sem dinheiro para

---

<sup>209</sup> NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o Brasileiro Recorre à Justiça para Adquirir Medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde.* 2016.

<sup>210</sup> Ibid. p. 5.

<sup>211</sup> Ibid. Id.

<sup>212</sup> NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o Brasileiro Recorre à Justiça para Adquirir Medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde.* 2016. p. 6.

incorporar novas drogas no Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>213</sup>

- e) Falta incorporação de medicamentos no sistema de saúde: o SUS não renova a incorporação de medicamentos mais modernos, prevalecendo as tecnologias mais antigas. Conforme a pesquisa o governo barrou 56,3% dos pedidos de incorporação de novos remédios que recebeu nos últimos três anos até 2015.
- f) Atrasos e problemas de logística: é um problema cada vez mais presente à falta de medicamentos na rede de saúde pública incluindo os medicamentos incorporados pelo SUS, entre os motivos elencados encontram-se problemas de logística juntamente com a redução do volume de compras e a falta de pagamento de fornecedores devido à crise econômica e a falta de reforço orçamentário.<sup>214</sup>

Por fim, resume o trabalho que a judicialização por saúde pública é reconhecida como um fenômeno recorrente no país tendo como balizador das conquistas o Poder Judiciário, no sentido de que não se pode discriminar a judicialização da saúde pública da judicialização geral por direitos no país. Conclui que isso seria um erro, porque condenar a judicialização e o acesso à justiça para a efetivação dos direitos fundamentais seria um retrocesso democrático e um golpe à cidadania. Mas reconheceu-se que a judicialização possui também o viés de desorganizar as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde e igualmente, a judicialização possui o efeito antidemocrático de favorecer a quem tem mais condições de demandar em desfavor dos mais necessitados.<sup>215</sup>

Neste sentido entende-se válida a opinião do Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, reproduzida no jornal O Estado de São Paulo:

É preciso avançar na discussão (do problema), porque isso vai ficar inadmissível. Quem paga a conta, nesse caso, é o conjunto da população com seus impostos. Todos têm o direito de buscar os remédios e tratamentos de que precisam, mas como os recursos são escassos, em muitos casos isso acaba por se tornar possível apenas em detrimento dos que não têm meios para recorrer à Justiça, o que é inaceitável. (DAVID UIP, 2016)<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Ibid. p. 6.

<sup>214</sup> Ibid. Id.

<sup>215</sup> NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o Brasileiro Recorre à Justiça para Adquirir Medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde*. 2016. p. 6 – 7.

<sup>216</sup> PEREIRA, Carlos Antônio. (Ed.) *Judicialização da Saúde*. In: Caderno A3 de 09mai2016. Notas e Informações. O ESTADO DE SÃO PAULO. 2016.

Apesar de tudo, é conveniente deixar esclarecido que ninguém deseja condenar à morte Rafael ou qualquer outra pessoa que demande por saúde no país ou qualquer outro direito, mas é importante destacar que as circunstâncias, da efetivação dos direitos fundamentais de forma geral e em especial à saúde no Brasil não estão caminhando bem e o sistema poderá sofrer um colapso se o governo e a sociedade não se entenderem e não planejarem uma estratégia para a solução deste quadro caótico.

Do caso Rafael pode ser retirado algumas observações, a primeira é que quando os Entes Federativos, principalmente Estados e Municípios, são obrigados judicialmente a fornecer medicamentos caríssimos da noite para o dia sem licitação, ao preço que o fornecedor impõe, os gestores públicos são obrigados a retirar recursos já alocados no orçamento para outra finalidade específica restando prejudicado todo um planejamento orçamentário público feito previamente por via democrática.

No caso do Soliris, a própria matéria do artigo da revista Forbes expressa a dificuldade de se discutir o seu preço, porque é um medicamento muito especial desenvolvido para uma doença rara e fornecido por um único fabricante que mantém a patente do medicamento.

Trecho da revista Forbes on-line:

A venda de medicamentos para doenças raras tornou-se imensamente rentável. Há tão poucos pacientes que as empresas não têm de investir tão fortemente em marketing. Os medicamentos geralmente são pagos por seguradoras ou **governos**. [...]

O sucesso dos medicamentos especiais para doenças raras ocorre em um momento em que o negócio tradicional de drogas, de vender medicamentos, às massas está em declínio. [...]

Medicamentos especiais ficaram mais caros do que alguém imaginava. Durante anos, as companhias farmacêuticas ignoraram qualquer doença que não afligisse milhões de pacientes. Isso começou a mudar em 1983, quando o Congresso, inspirado por um episódio do programa de televisão *Quincy, M.D.*, aprovou uma lei dando um monopólio extra para medicamentos de doenças órfãs que atingem menos de 200.000 pessoas no país. [...] (GRIFOS NOSSO E TRADUÇÃO LIVRE)<sup>217</sup>

---

<sup>217</sup>Texto original da revista: “Selling drugs for rare diseases has become immensely profitable. There are so few patients that companies don’t have to invest as heavily in marketing. The medicines usually get paid for by insurers or governments. [...] The success of specialty drugs for rare diseases comes at a time when the traditional drug business of selling medicines to the masses is in decline. [...] Specialty drugs have gotten more expensive than anyone imagined. For years drug companies ignored any disease that didn’t afflict millions of patients. That started to change in 1983 when Congress, inspired by an episode of the television show *Quincy, M.D.*, passed a law giving an extra monopoly for drugs for “orphan diseases” that hit fewer than 200,000 people

Ressaltasse que é facilmente imaginável como a verba destinada para um frasco de Soliris é capaz de sequestrar uma grande quantidade de recursos que seriam suficientes para garantir milhares de doses de outros medicamentos mais baratos, os quais atendem uma grande parcela da população e sem interrupções.

Esse caso demonstra de certa forma o drama da alocação de recursos posta à decisão e administração do Poder Executivo, que muitas vezes não é capaz de resguardar o direito frente às diversas dificuldades que se apresentam, desde já nas limitações das leis orçamentárias, as quais não previram o uso dos recursos públicos escassos, para um fim de direito exercido em caráter particular e em um montante de valores tão alto em detrimento do mesmo direito porém exercido em caráter coletivo.

Por isso o reconhecimento do orçamento público constitucional como regra e ou princípio, como já exposto no título 2.4, é um importante fator para balizar a atividade do Poder Judiciário com reflexos no orçamento público o que será mais bem desenvolvido no título 3.4.

Apesar de tudo é importante ressaltar o Brasil possui uma ampla gama de garantias fundamentais, a qual o governo se comprometeu a proporcionar para o ser humano que esteja em seu território como será demonstrado a seguir, contudo deixou-se aberta uma questão em conflito, a de haver uma equação que equilibrasse o direito e seus custos.

### 3.2 Direitos Fundamentais são Bases do Estado Social de Direito

A evolução do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito implicou na ampliação dos Direitos a serem proporcionados ao indivíduo e à sociedade pelo Estado garantidor.<sup>218</sup> Da mesma forma que no Estado Liberal de Direito o foco estava direcionado para os direitos individuais que atingiram *status* constitucional, igualmente, no Estado Social de Direito foi acrescentado ao rol

---

in the country. [...]” (HERPER, Mattew. *The World’s Most Expensive Drugs*. 22fev2010. Artigo versão on-line. New York: Revista Forbes, 2010.)

<sup>218</sup> Nas palavras de Streck e Morais, “[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, democracia, constituindo-se como o fundamento subjacente da ordem jurídica.” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria geral do Estado*. 2014. p. 94)

constitucional as garantias e liberdades sociais com o mesmo reconhecimento.

Sobre este contexto, compreende-se de Sarlet que a relação entre Estado Social e Direitos Fundamentais é estreita e está consagrada na maioria das constituições contemporâneas. Mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar dela não constar expresso em termos o Brasil como um – Estado Social de Direito – segundo o autor esta ausência não é capaz de afastar o entendimento majoritário da doutrina no qual, o Estado Brasileiro está implicitamente alicerçado em bases constitucionais que o fazem um Estado Social de Direito. Isto é verificável através da observação de vários direitos fundamentais e princípios estampados na Constituição de (1988) em seu Título I, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, além de várias outras previsões de direitos sociais dispersos no texto da Magna Carta a serem prestados pelo Estado. Conclui-se de Sarlet que no Estado Social de Direito assim como o que está consagrado na Constitucional Federal de (1998), a regra é a mesma, os direitos fundamentais sociais constituem requisito essencial para as liberdades e garantias da igualdade e oportunidades, todos os valores inerente à Democracia e a um Estado de Direito não apenas formal, mas com justiça material.<sup>219</sup>

Através de Silva<sup>220</sup> compreende-se que para uma existência digna, um dos fatores para a melhoria das condições na sociedade está a agregação dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. Os Direitos Fundamentais transformam a realidade permitindo os cidadãos, através da participação política, definirem seu destino arraigado nos valores de um Estado Democrático de Direito, nos seus elementos constitutivos e em sua ordenação jurídica. As origens advêm do encontro dos ideais de um Estado Democrático conjugados às garantias jurídicas e às preocupações sociais, de forma a não sobrepor conceitos e sim aglutinando um conteúdo próprio de valores que mesmo vinculado à legalidade, a busca pela igualdade não é perseguida pela generalidade na norma, mas sim através dela com intervenções estatais que resultem na transformação da situação da comunidade.

A transformação do Estado moderno em um Estado de proteção social, em

---

<sup>219</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2003. p. 67 - 68

<sup>220</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 68 - 70

resumo de Ost<sup>221</sup>, baseou-se inicialmente nas teorias contratualista clássicas de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. A primeira fase tem como marco o século XIX com a proteção minimalista do Estado Liberal, passando posteriormente pelas transformações das experiências dos pós-guerras mundiais do século XX e crises econômicas, cujos efeitos alargaram as funções do Estado de mero garantidor de uma sobrevivência mínima, para a garantia mais ampla de um bem-estar social.

O Estado de Bem-Estar ou *Welfare State*<sup>222</sup> agregou também as responsabilidades sobre diversas demandas existentes de uma sociedade diversificada de massas culturais e com uma mutação de valores constantes. No processo Histórico segundo Streck e Moraes, a transformação do Estado está ligada também aos movimentos operários pela luta da questão social como: direitos inerentes às relações de produção, previdência, assistências sociais, transporte, moradia, salubridade pública, saúde e outros, que pressionaram a passagem do Estado mínimo absentista para o Estado protetor intervencionista, cujo ideal seria “aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito de ser protegido contra dependências de curta ou longa duração.”<sup>223</sup>

A compreensão deste quadro requer a concepção do contexto político, social e cultural, entre o final do século XIX e início do século XX, no qual o liberalismo foi paulatinamente transformado pela realidade do fenômeno da industrialização e da urbanização das sociedades de massa e de risco que geraram problemas advindos das necessidades de toda ordem. Os problemas fundamentais dos quais na época o Estado não estava estruturado adequadamente para enfrentar, compreendiam a necessidade de uma saúde pública, a repressão ao crime e o desenvolvimento da justiça social igualitária. Estando diante de uma nova realidade, os Estados foram forçados a modificar seu aparelhamento para a tomada de uma ação social mais efetiva, o que resultou em uma maior intervenção estatal. Assim, a partir daquela realidade ficou claro que as promessas Iluministas liberais de uma sociedade livre, igual e fraterna não se verificaram e estavam comprometidas a tal ponto que o Estado Liberal, mínimo e garantidor dos direitos individuais já não se sustentava mais restando aclamada a necessidade de intervenção, isso ao mesmo tempo em que o

---

<sup>221</sup> OST, François. *O tempo do direito*. 2001. p. 336 - 338

<sup>222</sup> Também podem ser encontradas as denominações como, Estado Providência ou Estado Social.

<sup>223</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria geral do Estado*. 2014. p. 154

Estado se deparava com as dificuldades de manter o respeito aos direitos individuais e resolver as demandas geradas pelas desigualdades sociais que se formaram.<sup>224</sup>

Expõe Perez-Luño que conforme o Estado Liberal de Direito evoluiu para a forma de Estado Social de Direito, o significado dos direitos fundamentais foram dinamizados com a função de garantia das liberdades existentes e no decorrer do tempo, os Direitos Fundamentais tem deixado de ser meros limites para as ações do poder político, como garantias negativas, e passaram a definir um conjunto de valores ou fins dirigentes para a ação positiva dos poderes públicos.<sup>225</sup>

No Estado Social de Direito, os direitos fundamentais sociais enquanto os deveres de prestação estão baseados na postura ativa estatal. Abstrai-se de Alexy<sup>226</sup> uma importante distinção entre a prestação de Direitos Fundamentais e Direitos Fundamentais Sociais, o primeiro destinasse a garantir a esfera de liberdade do indivíduo em face da atuação estatal como direitos de defesa, são as ações negativas, enquanto que o segundo visa garantir as prestações estatais para a eficácia dos Direitos Sociais, são direitos a ações positivas.<sup>227</sup>

Neste mesmo sentido Sarlet concebe duas responsabilidades do Estado, a responsabilidade de proporcionar o efetivo exercício das liberdades fundamentais,

---

<sup>224</sup> Neste sentido colabora Barraclough: Num famoso "diagnóstico do nosso tempo", publicado em 1930, o filósofo espanhol Ortega y Gasset proclamou que "o fato mais importante" da época contemporânea foi a ascensão das massas. Não é necessário adotar a interpretação de Ortega y Gasset sobre o significado desse fato para compartilharmos de sua crença na importância do mesmo. Basta olharmos em redor para ver quão radicalmente o advento da sociedade das massas alterou não só o contexto de nossa vida individual como também o sistema político em que nossa sociedade está organizada. Também neste aspecto as décadas finais do século XIX ou, mais amplamente, talvez, os anos entre 1870 e 1914, situam-se como divisor entre o final de um período histórico e o início de outro. Quando foram introduzidos os novos processos industriais em larga escala e surgiram novas formas de organização industrial, requerendo a concentração das populações em tentaculares áreas congestionadas, de fábricas fumegantes e ruas sujas, todo o caráter da estrutura social mudou. Nos novos aglomerados urbanos, uma vasta, impessoal, maleável sociedade de massas nasceu e a cena ficou montada para desalojar os então predominantes sistemas social e político burgueses, bem como a filosofia liberal que os sustentavam, substituindo-os por novas formas de organização política e social. (BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. Tradução de: Álvaro Cabral. 1973. p. 120)

<sup>225</sup> PEREZ-LUÑO, Antônio E., *Los derechos fundamentales*. 2005, p. 21

<sup>226</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2015. p. 442 e ss

<sup>227</sup> Sobre o conceito de ação positiva e ação negativa do Estado, Alexy conceitua que: "Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. [...] Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos." (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2015. p. 442 - 444)

por meio da garantia ao direito de defesa, ações negativas, o que leva a uma postura da não intervenção na liberdade pessoal individual e a responsabilidade de colocar à disposição os meios materiais para a implementação fática e jurídica que possibilitem o exercício das liberdades fundamentais também através do Estado, tudo a partir “da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende e muito de uma postura ativa dos poderes públicos.”<sup>228</sup>

Ainda corroborando segundo Marinoni:

Os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. Mais tarde, como consequência natural da transformação do Estado e de suas novas funções diante da sociedade, os direitos fundamentais passaram a ser categorizados não mais apenas como direitos de defesa, mas igualmente como direitos a prestações. Isso tem relação com a tomada de consciência de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, sendo necessário dele exigir não só prestações de *proteção* aos direitos e prestações sociais capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, como também prestações idôneas a viabilizar a *participação* dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos. Foi assim, com a descoberta de que a liberdade deveria ser conquistada *com a ajuda* do Estado, que surgiram, ao lado dos direitos *de defesa*, os direitos a *prestações*, que foram divididos em direitos *de proteção*, direitos *a prestações sociais* e em direitos *de participação*, esses últimos exigindo *organização e procedimentos adequados*.<sup>229</sup> (GRIFOS DO AUTOR)

Esta exposição deixa mais destacada uma forma de divisão dos direitos nas categorias de direitos de proteção como prestação em sentido amplo, os direitos de prestações sociais como prestação em sentido estrito e os direitos de participação também como prestação e sentido amplo. Ficou claro que os direitos fundamentais diminuíram sua significação de abstenção estatal e passaram a aglutinar o sentido de exigência de prestações de ações estatais no sentido de disponibilização dos meios necessários à concretização das necessidades de direitos demandadas.

Nesta direção, já não é mais aceitável que o Estado se mantenha em uma postura absenteísta em relação aos direitos fundamentais sociais, do Estado deve ser exigido ações mais ativas e efetivas de prestações no sentido de se garantir a efetividade material desta categoria de direitos.

---

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2003. p. 271 - 272

<sup>229</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2008. p. 119

### 3.3 O Compromisso do Brasil com os Direitos Fundamentais Sociais

No Brasil, a força normativa dos direitos fundamentais sociais está instituída na Constituição Federal de (1988), sob Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Art. 6<sup>230</sup> vinculando o Estado à sua aplicação imediata<sup>231</sup>.

Porém, apesar da previsão da imediata aplicação dos direitos sociais no texto constitucional, vale destacar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais também está condicionada às ações específicas do Estado denominadas, Políticas Públicas, cuja execução se faz por meio de um demorado e complexo processo democrático, político e orçamentário de pré-estabelecimento de prioridades quantitativas e qualitativas.

Todavia, apesar de moroso, este processo é necessário e está previsto constitucionalmente para a gestão dos recursos financeiros escassos arrecadados pelo Estado, os quais devem ser necessariamente previstos e alocados nas leis orçamentárias constitucionais<sup>232</sup>, sob pena do gestor público responder por crime de responsabilidade fiscal, caso este infrinja as vedações orçamentárias constitucionais e legais.<sup>233</sup>

No mesmo sentido, encontram-se no corpo da Constituição Federal de (1988) diversos dispositivos que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, condicionando a adoção de novos direitos à existência de prévia fonte de recursos financeiros para sua criação, efetivação e manutenção, como no caso de

---

<sup>230</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>231</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Artigo 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>232</sup> São exemplos de vedações orçamentárias constitucionais limitantes: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; [...]”

<sup>233</sup> Este é um dos casos no qual poderá ser configurado crime de responsabilidade fiscal orçamentária: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 167. [...] § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

benefícios previdenciários, de assistência social ou de saúde <sup>234</sup>.

A dificuldade inicial da afetividade dos direitos sociais é clara uma vez que os direitos custam dinheiro <sup>235</sup> e com base no Princípio do Equilíbrio das Finanças Públicas previsto no Art. 167, II, da Constituição Federal de (1988) <sup>236</sup>, inicialmente não se podem ter mais despesas que receitas, em outras palavras, num primeiro momento salvo exceção não se pode investir em direitos mais do que se arrecada.

Há também as amarras do Princípio da Legalidade, Art. 37, caput, da Constituição Federal de (1988) <sup>237</sup> que condiciona as ações dos gestores públicos a um enorme arcabouço de normas infraconstitucionais que engessam e dificultam o procedimento das despesas com políticas públicas por parte da máquina estatal.

Contudo, um argumento para contra balancear toda uma dificuldade fática e jurídica de gestão inicial para o Estado efetivar os direitos fundamentais sociais, pode ser apreendido das lições de Alexy que, em um dado modelo de direitos sociais sempre há um núcleo essencial de direitos a serem obrigatoriamente satisfeito em condições mínimas, quantitativas e qualitativas, necessárias e indispensáveis à existência de uma vida digna. Salienta ainda o autor que, um dado modelo de direitos sociais não determina qual o rol de direitos pertence ao indivíduo, mas dele consta alguns direitos que são relevantes para a sua existência digna e seu conteúdo, como por exemplo: direitos mínimos existenciais à educação fundamental e média, à moradia, à saúde ao lazer e outros. <sup>238</sup>

Alinhado com este fundamento, de existir um núcleo essencial de direitos sociais para uma existência digna, observa-se que a Constituição Federal de (1988) instituiu a superioridade formal axiológica e material das categorias dos direitos que

---

<sup>234</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 195 § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

<sup>235</sup> Assim conclui o autor: “The Declaration of Independence states that ‘to secure these rights, Governments are established among men.’ To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money.” (HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. 2000. p. 15)

<sup>236</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 167. São vedados: [...] II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

<sup>237</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

<sup>238</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. 2015. p. 512

ela abarca, impondo ao Estado o cumprimento de valores intrínsecos aos objetivos da República do Brasil.<sup>239</sup>

A interpretação desta condição impõe claramente aos Poderes Públicos, principalmente ao Executivo e ao Legislativo, a prestações de ações positivas em editando e executando as leis para a realização dos direitos sociais através das políticas públicas. Neste sentido, ressaltasse que se o Estado for omissivo aos seus objetivos e aos direitos constituídos, não se estará vivendo um verdadeiro Estado Democrático de Direito Constitucional, consubstanciado em um implícito Estado de Direito Social Constitucional.<sup>240</sup>

Igualmente pode ser compreendido, que uma vez concebida a obrigatoriedade normativa constitucional para o Estado atender e promover os objetivos da República Federativa do Brasil, também transparece a obrigatoriedade estatal de dar efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, garantindo os direitos do homem juntamente com a efetivação das políticas públicas favorecendo o bem estar social.

A esta altura cabe destacar que os direitos fundamentais sociais não estão limitados ao rol das disposições contidas na Constituição Federal de (1988), haja vista, a previsão constitucional do Art. 5, §2º que assim dispõem, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Observa-se também que, o Estado Brasileiro, além da normativamente das garantias e direitos previstos em sua Constituição ele se comprometeu com o rol de direitos reconhecidos pela Comunidade Internacional através do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual está incluído o rol dos direitos sociais previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos de (1948), restando atribuído aos Estados pactuantes à responsabilidade internacional de promover e

---

<sup>239</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>240</sup> O Estado deve perseguir os objetivos constitucionais em suas ações para que não se avilte a Constituição tornando-a inócua, nas palavras do autor: “Pois o mesmo acontece com as *constituições*. De nada serve o que se escreve numa *folha de papel*, se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder.” (LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradutor: Gabriela Edel Mei J. 2015. p. 88)

respeitar os direitos elencados no pacto<sup>241</sup>.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado através do Decreto Federal nº 591 de 6 de julho de 1992 em seu anexo, cujo preâmbulo estabelece que “O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,”.

Concomitantemente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, seu Art. 2º estabelece o comprometimento dos Estados membros de se esforçarem individualmente ou em cooperação internacional, tanto no plano econômico como técnico e legislativo, até o limite máximo de seus recursos disponíveis para assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no diploma.<sup>242</sup>

É importante destacar a obrigação dos Estados membros de criarem as condições necessárias para a efetivação dos direitos nele elencados, porque conseqüentemente fica patente que o Estado brasileiro ficou obrigado a envidar esforços financeiros de seus recursos para a implantação de meios estruturais e técnicos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, através de seu processo orçamentário constitucional.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999, que promulgou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como o Protocolo de São Salvador concluído em 17 de novembro de 1988, em El Salvador.

Neste protocolo adicional foram reconhecidos os direitos fundamentais sociais relacionados à saúde, à alimentação, à educação e à constituição e proteção da

---

<sup>241</sup> Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. “Anexo [...] Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais Art. 1º [...] 3. Os Estados Partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.”

<sup>242</sup> Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996): “ARTIGO 2º, 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

família.<sup>243</sup> Restou igualmente para todos os Estados que aderirem, em seu art. 1º o comprometimento técnico e econômico para atingirem progressivamente os objetivos da plena efetividade dos direitos elencados.

Como medida de controle de cumprimento, os pactos conjugam e impõe aos seus Estados membros um monitoramento modelo no qual se exige uma prestação de contas para um órgão competente pré-estabelecido<sup>244</sup>, por meio de relatórios nos quais devem constar as ações realizadas e as dificuldades encontradas para efetivar os Direitos Sociais neles previstos.

A partir deste ponto fica saliente que, para a sociedade estando próxima ao cinquentenário do reconhecimento internacional dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), aliado à proximidade de 28 anos de força normativa imperativa da Constituição Federal Brasileira (1988), no mesmo sentido discorrido por Piovesan<sup>245</sup>, compreende-se que não é mais concebível a omissão do Estado brasileiro na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais devendo o mesmo empregar todas as suas forças para custear a progressividade de implementar os Direitos Fundamentais já definidos nos diplomas.

No mesmo sentido compreende-se também que esta progressividade não pode ser mais estendida, pois o tempo decorrido já foi o suficientemente razoável para que os direitos já normatizados fossem efetivados no Brasil, a inércia do Estado para implementar as obrigações reconhecidas nos pactos e na Constituição infringe diretamente ao Princípio da Proibição do Retrocesso ou da Inércia no campo da aplicação dos direitos sociais.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Estes direitos estão elencados no Protocolo de São Salvador 1988 respectivamente nos art. 10, art. 12, art. 13 e art. 15.

<sup>244</sup> No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Parte IV, o órgão competente para o recebimento dos relatórios é o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas e no Pacto de São Salvador no Art. 19, o órgão competente para o recebimento dos relatórios é a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

<sup>245</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2008.

<sup>246</sup> Neste sentido: “Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2008. p.178)

Da mesma forma contribuindo para o desenvolvimento dos Direitos, a base afirmativa para o Estado Democrático de Direito Constitucional Brasileiro advém do princípio segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>247</sup>, cujo objetivo é de assegurar o exercício dos Direitos Fundamentais individuais e sociais, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento humano como máximos valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>248</sup>.

O papel da Democracia como instrumento redutor das desigualdades foi ressaltado desde a máxima aristotélica, do governo em que o povo domina, mas há algo mais profundo no papel da democracia que é a presença da liberdade onde se pressupõe a igualdade.<sup>249</sup> E para existir liberdade e igualdade compreende-se que o Estado Democrático está para o Estado de Direito no mesmo grau de importância, ambos como princípios fundadores constitucionais conjugados de certa forma tal que não se pode conceber uma Constituição Democrática sem o Direito e vice-versa.<sup>250</sup>

Coadunando todos esses valores, conclui-se que na Democracia brasileira para os agentes, Estado e Sociedade, o orçamento público deve permitir que as receitas arrecadadas, em respeito à capacidade contributiva individual de cada um, sejam utilizadas racionalmente através de prestações positivas, em conformidade com os princípios financeiros constitucionais, mas, além disso, deve-se garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais perseguindo permanentemente os objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, cujas ações públicas devem estar perfeitamente alinhadas e sem inversão hierárquica que subordine os Direitos Fundamentais instituídos às decisões políticas restritivas, que não garantam os

---

<sup>247</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. Ar. 1º Parágrafo único.

<sup>248</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a Emenda 12/2016. Preâmbulo.

<sup>249</sup> Segundo FERREIRA, pressupõe-se que quanto mais democrático o Estado mais se terá igualdade. (FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1989. p.37)

<sup>250</sup> Neste sentido. Canotilho sobre a Constituição Portuguesa (1976) escreve que: “[...] os princípios estruturantes articulam-se em termos de complementaridade. Assim, o poder político — “domínio de homens sobre homens” — carece de uma legitimação e justificação que só pode vir do povo, mas a forma democrática exige procedimentos, formas e processos de modo a evitar-se uma “democracia sem Estado de direito” ou um “Estado de direito sem democracia”. Acresce que a “decisão democrática” e a “forma de Estado de direito” não dispensam uma medida material — liberdade, igualdade, fraternidade — intrinsecamente informadora da “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (CRP, art. 1.º).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 1993. p. 347)

limites mínimos de direitos existenciais necessários à dignidade humana e social.<sup>251</sup>

### 3.4 Custos dos Direitos e Controle Judicial

As pretensões positivas dos direitos dependem primeiramente da atuação legislativa orçamentária alocativa em virtude da escassez de recursos. Eis o motivo da referência à falta de equivalência do dever-direito em relação às pretensões positivas constitucionais, uma vez que o titular de um direito subjetivo, em tese, não poderia reivindicá-lo diretamente do texto constitucional.<sup>252</sup>

Conforme escreve Amaral, “todos os direitos fundamentais são extremamente custosos”. Para sua realização o Estado pode somente atribuir aquilo que recebe em contribuições na forma de impostos e taxas. Porém isso não significa que a capacidade de realização do Estado também não dependa da distribuição dos bens existentes, sobre tudo daquilo que o Estado pode confiscar dos proprietários de bens desde que respeitado os direitos fundamentais.<sup>253</sup>

A existência de justificativa teórica para a falta de hierarquia entre princípios, não tem a capacidade de afastar a realidade identificada das finanças de que recursos são sempre escassos para a quantidade de garantias e necessidades humanas. No campo de direito, as necessidades sociais constitucionais e os recursos estatais são sempre escassos para o atendimento da demanda de uma só vez, existe um equacionamento real desequilibrado.

Da mesma madeira, existe a extrema dificuldade em administrar os graus de atendimento a ser decidido se serão prestados em grau mínimo ou em grau máximo, isto em virtude das múltiplas formas de satisfação a ser administradas e nas necessidades exigidas, as quais aumentam com o tempo e com a tecnologia.<sup>254</sup>

Apreende-se de Amaral que, tudo o aquilo que custa dinheiro não pode ser absoluto e desta premissa abstraísse que nenhum direito que pressuponha uma

---

<sup>251</sup> Segundo Corti, “La Hacienda Pública, el régimen financiero de recursos y gastos, debe sujetarse a la Constitución. Es por ende ilegítimo cualquier intento de invertir el orden jerárquico de las disposiciones, subordinando los derechos constitucionales a las decisiones presupuestarias.” (CORTI, Horacio Guillermo. *Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución. La Ley*, Buenos Aires, 1997. p. 10)

<sup>252</sup> KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36. 1999. p. 252.

<sup>253</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2001. p. 106

<sup>254</sup> Ibid. Id.

despesa seletiva dos valores arrecadados publicamente também não podem ser absolutos, contudo pode ser garantido de maneira unilateral pelo judiciário sem as considerações de suas consequências sobre o orçamento, contrariamente às responsabilidades que os outros poderes estão submetidos.<sup>255</sup>

Não obstante, é necessário questionar seus pressupostos de argumento para que seja determinado as consequências futuramente geradas, admitindo a sua verdade do caso concreto face à realidade orçamentária, esse é o desafio de interpretação que deve ser cuidadosamente introduzida.

O primeiro pressuposto é que como já visto todo direito tem seu custo com certo peso a ser arcado pelo Estado. O segundo pressuposto é que ao Judiciário não compete analisar as consequências orçamentárias num primeiro plano, restando a responsabilidade orçamentária constitucional somente para os poderes Legislativo e Executivo na alocação de recursos. E O terceiro pressuposto sendo o mais importante é se os poderes responsáveis pela alocação dos recursos estão a cumprir suas ações políticas orçamentárias materiais conforme orçamento constituído e publicado.

É inexorável que todo direito tem custos para os cofres públicos, como exemplo, a manutenção da propriedade privada já é pressuposto da manutenção dos órgãos públicos e da segurança pública em face do esbulho e da turbação assim como também se mantém um judiciário para a prevenção e correção do direito restando incluído também a proteção contra as excursões estrangeiras que demandam o custeio e um exército.<sup>256</sup>

O segundo pressuposto da teoria dos custos dos direitos contam com a falta de legitimidade do Judiciário em relação às alocações orçamentárias o que tem reconhecimento inegável. A problemática da natureza da lei orçamentária assim como a norma constitucional determina o planejamento para todos os níveis dos entes federados a ser feito somente pelo Legislativo e o Executivo de forma prévia, coerente e teleológica, condições estas nas quais o Judiciário não se condiciona num primeiro instante.

Deve ser ter a consideração que se o orçamento público é uma lei e seu descumprimento da execução orçamentária é relevante para a análise pelo Judiciário, seria coerente no mínimo que o mesmo considerasse o orçamento para suas

---

<sup>255</sup> Ibid. p. 78

<sup>256</sup> HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes.* 2000. p. 62

determinações com reflexos orçamentários. A Lei orçamentária legitimada pelo Legislativo torna a execução orçamentária obrigatória no sentido da natureza material da lei orçamentária, com já visto, de forma que o orçamento público constitui o meio pelo qual as razões definitivas são movimentadas para o cumprimento dos direitos fundamentais como princípios.<sup>257</sup>

O terceiro pressuposto com dito o mais importante a ser observado já torna patente a não atuação judicial, porque a revela como ilegítima e não razoável, a responsabilidade orçamentária é exclusiva dos outros poderes, pressupõe que os gerenciamentos pelos outros poderes funcionem em um nível de excelência sobre os recursos públicos de forma que este estado gerencial não pudesse permitir ser controlado em nenhuma hipótese por quem não detém a legitimidade orçamentária.

A omissão sobre as pretensões positivas dos direitos fundamentais é um gênero cuja espécie é a omissão da execução orçamentária com relação aos direitos fundamentais. A teoria dos custos orçamentários dos direitos é criticada quando voltasse ao âmbito da proteção judicial dos direitos fundamentais em face da omissão gênero, isto porque, importa a omissão espécie; a questão funciona partindo do pressuposto de que os recursos são sempre utilizados em seu gerenciamento num nível ótimo de gastos pelos poderes públicos e somente quando este deixa de atender as demandas por direitos fundamentais porque os recursos foram escassos e acabaram antes da eficácia do atendimento do direito.

Considerasse válida a crítica de gênero da omissão e por causa disso é possível concordar com o dissertado por Amaral e a teoria dos custos dos direitos. Não pode o judiciário sob o argumento de proteger os direitos fundamentais aplicando a Constituição em um caso concreto, agir unilateralmente esquecendo as disposições orçamentárias prévias.

Nesta ótica, o ativismo judicial não se fundamenta através da defesa da micro justiça, no caso concreto no sentido de quem consegue primeiro uma liminar tem o direito.<sup>258</sup>

Neste sentido Lopes escreve que, uma vez não havendo hospitais e servidores suficientes para prestar o serviço, o que deve ser feito? Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e esquecer a maioria coletiva na fila de espera? Isto

---

<sup>257</sup> HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. Op. cit. cap. 4.

<sup>258</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2001. p. 78

seria viável para o direito e para os fatos, qual pauta deve ser considerada pelo Estado? A da universalidade, a da impessoalidade ou pelo atendimento de quem mais necessita de um atendimento primeiro em face de outro? Observasse que as dificuldades se engrandecem quando se trata da defesa de direitos fundamentais com apoio em argumentos individuais de direito social.<sup>259</sup>

O ativismo é unilateral com relação à ponderação de princípios, não podendo ser privilegiado um princípio em uma situação sem sua consideração do impacto, dessa decisão na eficácia de outros princípios constitucionais, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>260</sup>

Nesta situação em abstrato, operando a interpretação apenas nos dispositivos constitucionais tocantes às necessidades públicas, a escassez e preponderante, fugindo à questão da implantação dos direitos no Direito, misturando-se nas problemáticas políticas.<sup>261</sup> Existem necessidades por preferências nos procedimentos institucionais, neste *ínterim* é que se pode considerar haver a possibilidade de um conflito específico por causa da utilização dos recursos escassos,<sup>262</sup> o qual deve ser resolvido através da política pelas escolhas trágicas.

Já considerando a situação concreta das normas constitucionais qualificadas e estratificadas pelo instrumento orçamentário, não se pode mais falar em escassez de recursos devendo a questão da implementação dos direitos fundamentais na dimensão jurídica, ser reconhecida uma vez que sofreu o procedimento das preferências institucionais políticas legitimadas democraticamente. Porque foi neste procedimento onde houve o conflito citado devendo o resultado da decisão ser protegida contra a sua não execução.

Portanto a omissão das pretensões positivas dos direitos fundamentais ocorre como gênero e tem como sua espécie a omissão na execução orçamentária quanto aos direitos fundamentais. Uma vez estando frente a uma omissão em espécie, a crítica sobre atuação judicial deve ser refutada, o Judiciário deve analisar a questão considerando o descumprimento da lei orçamentária por omissão total ou parcial, pois é justamente este o ponto, a probabilidade dos recursos serem insuficientes é

---

<sup>259</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 2002. p. 131.

<sup>260</sup> AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 109.

<sup>261</sup> *Ibid.* p. 126.

<sup>262</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2001. p. 131.

grande uma vez que foram alocados de forma prévia, teleológica e coerente, com base no princípio do planejamento orçamentário.

Como exemplo o autor cita um caso no qual duas pessoas feridas à tiros estão dispostas em um centro cirúrgico, isso não se refere somente à teoria das escolhas trágicas, considerasse que haveria somente um rubrica orçamentária referente à utilização do centro cirúrgico a qual não foi cumprida pelo Executivo mesmo tendo a previsão da alocação dos recursos, previstas no PPA, compatibilizado na LDO e contabilizada na LOA que autorizou a despesa específica. Nesta situação existindo uma ação coletiva com o objetivo de fazer-se cumprir a dotação orçamentária e por consequência evitando a escola trágica entre os feridos no centro cirúrgico, o posicionamento sobre a inatividade do judiciário em face da execução orçamentária deveria ser necessariamente ativa.

Sobre o exposto acompanhando a teoria de Amaral, a atividade judicial sobre o orçamento somente poderia ser criticada, caso ela se dê ignorando os custos dos direitos, de forma unilateral em relação às dotações orçamentárias já existentes, bem como em relação ao procedimento político democrático de ponderação entre as pretensões elencadas nas regras de preferencias internas e externa.

Por outro aspecto, diferentemente pode não chegar à mesma conclusão considera que o processo político deu-se externo de toda atuação judicial e esta seria uma posterior disposição orçamentária, haja vista que já houve o procedimento de escolhas trágicas relativo às pretensões constitucionais de direito.

Isto porque o direito-dever se faz presente desde a disposição orçamentária devidamente editada pela lei. O Estado com o orçamento obriga-se, assim como na autovinculação dos contratos privados,<sup>263</sup> um binômio específico em relação às necessidades contidas na Constituição e em suas leis orçamentárias editadas após as escolhas trágicas tomadas pelos entes políticos de forma democrática. Transmutasse a vinculação das razões definitivas dos direito constitucionais fundamentais.

A base argumentativa de que a escassez ocorre no globo e que o mínimo existencial nunca poderá ser atingido, mesmo em países mais desenvolvidos, não poderá servir à paralisia das autoridades em um Estado Democrático de Direito. Essa situação chega a nivelar a questão para compreensão de um mandamento de

---

<sup>263</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2001. p. 106 - 107

otimização como utopia, sobre isso Amaral escreve que, quase todos os países não conseguiram atingir um padrão de vida aceitável o que comprova não ser a escassez em relação ao mínimo existencial uma excepcionalidade, “uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.”<sup>264</sup>

Mesmo antes disso o autor já evidencia o problema de alocação de recursos no Brasil, com base em estudos sobre a elevada carga tributária e de investimentos nominais na área social brasileira, no enfrentamento dos resultados da educação, da mortalidade infantil, saneamento básico e outras necessidades essenciais.<sup>265</sup>

Visto por outro lado, um padrão de vida diferente em cada país segundo seu desenvolvimento é imperioso discernir que os países desenvolvidos assim estão classificados em razão de seus efetivos resultados e dos indicadores sociais, que proporcionam uma condição de vida melhor à sua população, praticamente com a mesma carga tributária, Amaral faz a comparação entre a carga tributária brasileira de 28,9% quase ao nível da carga tributária dos Estados Unidos da América.<sup>266</sup>

É inegável que o Brasil poderia proporcionar um padrão de vida melhor com os recursos que possui, diminuindo a corrupção e resolvendo os problemas da má alocação de recursos. Enquanto a discussão se concentra nas escolhas trágicas e das prioridades, as pessoas sofrem com a falta de educação, saneamento, saúde deficitária, tudo isso mesmo com a arrecadação suficiente comparável a dos países desenvolvidos.

É mais fácil falar que os recursos são escassos e que a situação melhor nunca será alcançada, isto corresponde a um estado de acatalepsia, de estática,<sup>267</sup> e chancelar esta situação retrógrada, não é o suficiente para o escopo de um Estado de Direito Aceitável.

Se o problema identificado for a alocação dos recursos, há de ser promovida uma solução, a pesquisa deve ser movimentada para a solução de problemas práticos e não simplesmente fazer uma tentativa investigativa dos princípios orçamentários e a montagem de um rol de necessidades públicas constitucionais, sem aplicação afetiva.

É esta a direção que a refutação mencionada toma também sobre o argumento

---

<sup>264</sup> Ibid. p. 185.

<sup>265</sup> Ibid. p. 184.

<sup>266</sup> Ibid. p. 183

<sup>267</sup> BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza*. Tradutor: José Aluysio Reis de Andrade. 2003. p 11.

de que só resta ao Judiciário, a defesa dos direitos fundamentais diante de uma estática abusiva extrema.

A proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais como se estes fossem subjetivos, também não pode acontecer de forma absoluta a ignorar o procedimento de preferência institucional político orçamentária, contudo a determinação de uma situação que seja configurada a inatividade abusiva ao extremo não é de todo desarrazoada.

Primeiramente considerando que, não somente no contexto extremista, mas também, no contexto abusivo por parte da tredestinação dos recursos é impossível de ser ignorada com veemente contradição quando as contas públicas são aprovadas sob o título de aprovação com ressalvas.

Também é de ser perguntado se a falta de execução das dotações orçamentárias já não faz parte deste abuso extrema sobre os direitos fundamentais sociais. Indagações estas devem ser consideradas para nortear a possível solução, para a questão da atividade judicial e as escolhas trágicas, por enquanto é lícito dizer até certa medida que o Judiciário não pode tomar decisões no lugar do Executivo e do Legislativo, porque o fundamento judicial não existe, contudo a situação dá um a guinada quando as decisões já estão oficializadas em documento e são levadas à considerações Judiciais.

Pode ser que nesse âmbito não se trate de recursos escassos, uma vez que já estavam alocados e dotados nas leis orçamentárias, sob este ponto de vista são suficientes porque já foram previstos no orçamento. Mesmo que se alegue tratar de uma previsão orçamentária a ser concretizada enquanto recurso, a variação da receita real não se mostra muito grande ao ponto de justificar serem os recursos insuficientes para o caso de haver uma alocação criteriosa. A análise deve objetivar se há a existência de um dever judiciário em proteger as escolhas democráticas, contra a omissão administrativa sob qualquer pretexto.

Essa posição já foi sustentada na teoria dos princípios, momento no qual as dotações constitucionais adquirem a necessidade argumentativa para serem superadas, considerando que foram escolhas democráticas e macroeconômicas. O Judiciário deve sim pautar-se pela atuação do Executivo nas suas responsabilidades constitucionais orçamentárias pré-definidas, sempre que a omissão estatal for constatada.

Contudo, esta questão necessita do alcance do instituto da discricionariedade

administrativa, para que a intervenção ocorra no momento certo com razão definitiva e insuperável. Esse problema se refere ao objeto de uma decisão jurídica o que poderá o Judiciário atuar nessa espécie de controle ordenando o Executivo no momento determinado.

Sob outro foco de análise deve a inatividade ao extremo abusiva, a qual possibilitaria a atuação judicial, desde que a não atuação administrativa se torne repugnante a tal ponto de ser caracterizada infame. Aqui se trata de estar diante de uma omissão constitucional.

Primeiramente deve ser apresentada uma classificação das normas constitucionais e sua eficácia para a concretização judicial, o que serve também para a eficácia das normas programáticas. Eis um item importante para se aferido o nível da omissão administrativa por parte do Executivo ao executar o orçamento público na esperança de se ter uma eficácia de uma norma constitucional.

Partindo dessa investigação sobre a eficácia da norma constitucional, propõe-se a instituição de regras de precedências que pode ser compreendidas com o objeto do diálogo institucional ente os Três Poderes, no sentido que direcionam o que deve ser tratado em primeira instância pelos Três Poderes no decorrer da discussão orçamentária, o que viria a engrandecer a natureza instrumental do orçamento público no cumprimento das necessidades públicas constitucionais.

O diálogo institucional é importante quando se refere a direitos fundamentais, as premissas dos custos dos direitos, da interpretação necessária da Constituição, da precedência condicionada e do sopesamento, fazem crer que é necessário instituir o diálogo de cooperação entre os Poderes.

O Judiciário não pode se excluir do diálogo institucional democrático com os outros Poderes, quando ele age assim ocorre a caracterização do ativismo judicial,<sup>268</sup> em outras palavras, a atuação inconsequente dos impactos financeiros das decisões sobre prestação de direitos *prima facie*, quando há uma circunstância fática relevante que impeça a efetivação dos direitos, pelo Executivo ou Legislativo, o Judiciário não pode decidir unilateralmente porque a decisão será cumprida a um alto custo democrático e financeiro.

Deve ser compreendido que os direitos não são autoaplicáveis, isto resume um

---

<sup>268</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. n° 4, jan-fev/2009, OAB. p. 6.

ponto teórico dos custos dos direitos. Inexoravelmente haverá um custo para o Estado, com peso sobre o erário público, as circunstâncias da decisão exige que ela seja tomada em um ambiente de diálogo institucional e não unilateral, a não ser que o Judiciário arque com o seu próprio orçamento as consequências de suas decisões que imponham as prestações fáticas do Estado.

Com essas vertentes de pensamento, almeja-se provocar o início do diálogo institucional entre os Três Poderes, a finalidade é concretizar com a maior transparência possível os direitos sociais fundamentais, com vistas às necessidades públicas ou cumpridos baseados nas normas programáticas, por meio da atuação harmônica entre Poderes prevista na Constituição Federal de (1988).

A atuação desse desiderato também é requerida pela tensão da competência democrática e dos direitos humanos, como salienta Alexy, uma vez que os direitos fundamentais são vinculativos mesmo para o legislador, a separação dos poderes passam a corresponder a um princípio ao qual deve ser submetido o confronto surgido, à ponderação. Caso ocorra a situação de um sacrifício a ser feito de forma reduzida ao princípio da competência, resta um ponto a mais para o Judiciário em condições de atuar.

Esse é o fundamento para a busca da colaboração entre os Três Poderes, para resolver um diálogo institucional em um âmbito de harmonia utilizando premissas comuns.<sup>269</sup> No caso do planejamento orçamentário sendo um conjunto de razões definitivas o mesmo deve ser respeitado como tal como um argumento de competência, contudo pode ser, neste último caso, sopesado se ocorrer uma interferência desproporcional quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais.

Uma premissa fundamental desse diálogo é que a realização dos direitos fundamentais não representa somente a vontade política enquanto conveniência e vontade ou social quanto clamor popular, mas sim da vontade da Constituição, entendida quando se afirma a força normativa da constituição segundo a teoria de Hesse.<sup>270</sup>

---

<sup>269</sup> BAHIA. Saulo José Casali. *Poder Judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007.

<sup>270</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1991, p. 23-24.

## CONCLUSÃO

A importância dos direitos fundamentais que figuram na Constituição de (1988) e por sua vez no orçamento público constitucional, incita ao estudo do diálogo institucional que deve haver, do Poder Judiciário no quadro democrático nacional. Uma vez visto que o orçamento público é do tipo misto, a partir do art. 165 da Constituição de (1988), fica claro o seu aspecto democrático procedimental e material, possibilitando até a participação direta da comunidade através de determinados Conselhos estabelecidos.

Considerado um sobre princípio para o Estado brasileiro, a Democracia está dissolvida por toda a Constituição, cuja irradiação emana seu poder normativo para todo o ordenamento jurídico, atingindo as finanças públicas, seu planejamento e execução orçamentária. Essa concepção da Democracia como sobre princípio é de fundamental importância no Direito Financeiro e Orçamentário Público, haja vista necessária a relação de restrição e complementariedade entre princípios, cuja finalidade é eliminar a discussão maniqueísta sobre o orçamento público como lei material ou formal, isto se explica na medida em que a forma democrática da manifestação sobre o futuro das alocações trágicas passa a representar as prioridades para as despesas públicas de uma sociedade reunida e governada por um Estado.

Lei formal ou material seja como for considerada, o orçamento público representa a Democracia do Estado em dinâmica, a qual se manifesta através dos investimentos efetuados, nas ações de incentivos, limitações e abstenções executadas de impostos pelo Poder Executivo. Assim, como manifestação democrática deve o orçamento público enquanto lei ser respeitada em toda a sua dimensão, por todos os Entes federativos e em suas dimensões também pelos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Para hodiernamente a Democracia não é mais um dispositivo jurídico que trata simplesmente de como executar as normas, mas sim um rol de exigências da sistemática democrática para os aplicadores e assim, um instrumento para ser democrático este também deve preencher seus requisitos de modo que o resultado seja um produto democrático a ser obrigatoriamente respeitado na medida em que foi realizado no âmbito da Democracia.

Estes requisitos são enunciados de normas de precedência que a Constituição impõe segundo sua fundamentalidade para as necessidades públicas de dever estatal.

O cumprimento dessas exigências constitucionais deve ser observado e fiscalizado pelos Três Poderes, uma vez que a democracia deve ser defendida em um processo contínuo por um agir cooperativo dos poderes.

Em sintonia com essa premissa, denota-se que a separação entre os poderes não é absoluta e nem estanque, os poderes são de fato independentes, mas sua autonomia não obsta a harmonia, nem mesmo com a interferência da fiscalização externa atividades atípicas exercidas por um poder sobre o outro.

Por este motivo a tensão entre Democracia e Direitos fundamentais, que se dá apenas na dimensão da Democracia formal. A Democracia compreendida como um rol de exigências antevê a necessidade de atendimento de uma série de conteúdos constitucionais oriundos dos dispositivos dos direitos fundamentais. Dessa forma, a tensão referida é na realidade uma tensão entre a Democracia formal e a material na aplicação dos direitos, a qual exige um diálogo institucional na campo da separação das funções dos poderes.

Não é exclusiva a necessidade do diálogo entre os Três Poderes, contudo ela prepondera quando o foco são as execuções dos direitos fundamentais. A atipicidade de exercer funções fora da própria competência funcional típica de cada poder já constitui uma quebra à sistemática da rígida separação dos poderes, por exemplo, tem-se o julgamento do Chefe do Executivo pelo Legislativo em determinadas circunstâncias.

Porém, se por um lado o diálogo não pode ser unicamente exclusivo, por outro lado, ele é necessário para a execução dos direitos fundamentais. O Judiciário para atuar de forma subsidiária precisa atuar com o objetivo de democratizar os atos arbitrários cometidos pelos outros poderes. Esta é a razão para a qual se tem o mandado de segurança e o mandado de injunção, como remédios constitucionais direcionados ao Judiciário com o objetivo de dirimir e amenizar uma situação de arbitrariedade do Executivo, do Legislativo ou até do próprio Judiciário quando for o caso. Igualmente, deriva do princípio democrático a necessidade da participação do Judiciário, quando forem tratadas questões que impactarão o orçamento público, na promoção de um diálogo institucional, segundo consta do novo senso hermenêutico constitucional.

A nova hermenêutica constitucional concretizadora é caracterizada pelo sentido dado ao caso a partir da argumentação de efetivação inclusiva ou restritiva de normas constitucionais, segundo a dinâmica principio lógica apresentada sobre os

direitos fundamentais. Essa dinâmica é caracterizada pela aplicação dos princípios e institui a existência de direitos *prima facie* os quais devem ser concretizados mediante a análise de condicionantes fáticas e jurídicas que os tornem definitivos. A concretização e o sopesamento incluem uma regra de precedência entre princípios a ser aplicada.

A partir desta concepção, se o orçamento público constitui o conjunto das decisões democráticas sobre as alocações de recursos escassos, que derivam de decisões a respeito de prioridades fáticas, por lógica o orçamento público é a regra de precedência condicionante na medida em que ele pressupõe uma série de sopesamentos a respeito dos objetivos constitucionais, em relação às circunstâncias de fato, como a existência de recursos financeiros para as necessidades mais urgentes dos administrados, além das jurídicas como os princípios colidentes no momento da formulação e promulgação do procedimento hermenêutico de elaboração orçamentário. Compreende-se que cabe ao Judiciário em última instância a defesa do orçamento público em prol do conjunto de decisões democráticas constituindo as regras de precedências condicionadas e subordinadas à eficácia dos princípios constitucionais. Tudo resulta da tensão entre a democracia formal e direitos fundamentais, na qual o respeito ao orçamento público deve ser considerado nos limites de seu teor democrático restritivo advindo dos sopesamentos de sua elaboração.

A fundamentação constitucional de restrição ao direito deve estar presente, na medida em que um princípio constitucional foi sopesado, a restrição só se legítima caso a medida cumpra de modo eficaz outro princípio, cujo ônus argumentativo teve mais peso. No sopesamento deve ser levada em conta, a proporcionalidade e a eficiência no caso concreto, que se não forem observadas ficará aberta a possibilidade para o controle judicial em face do orçamento público.

Todas as considerações tratadas até aqui foram com o intuito de contribuir com as teses sobre a aplicação dos direitos fundamentais na Democracia, com enfoque da necessidade de respeito ao orçamento público constitucional, considerado este como um instrumento de planejamento para a ação estatal, cuja densidade de disposições tem a característica de determinar o grau de intervenção estatal na sociedade e na economia, fenômeno tratado pela teoria Keynesiana sobre o orçamento programa e o orçamento de capital, cujas consequências tem sido ultimamente renegadas pelos aplicadores do Direito no controle judicial dos gastos

públicos.

Como última conclusão, espera ter sido promovida uma maior aproximação entre a realidade e a Constituição de (1988), cujo foco são seus dispositivos orçamentários para a promoção dos direitos fundamentais. O entendimento é que o desrespeito orçamentário praticado por qualquer dos poderes causa consequências negativas para a promoção dos direitos fundamentais constitucionais e esperasse que o instrumento orçamento público seja tratado com maior relevância, restando afastado todo ativismo judicial inconsequente, com repercussões orçamentárias. A necessidade de construir uma sociedade mais equilibrada e centrada para o diálogo institucional e social a respeito dos direitos fundamentais constitucionais conjuga valores e razões para a perseguição de um estado de coisas proporcionador da existência humana digna e democrática, não se pode permitir sob qualquer pretexto a prevalência de direitos fundamentais sendo promovidos, em caráter exclusivamente privado e sem uma fundamentação constitucional razoavelmente sopesada e justificada pelos princípios democráticos, base de nossa sociedade e Estado.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Volume 113 Number 3 Harvard Law Review, January 2000. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>> Acesso em: 07nov2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sistema Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do Contribuinte: Conteúdo e Alcance*. Revista Diálogo Jurídico, v. I, nº. 3, jun2001, Salvador. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_3/DIALOGO-JURIDICO-03-JUNHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/DIALOGO-JURIDICO-03-JUNHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)>. Acesso em 30ago2016.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza*. Tradutor: José Aluísio Reis de Andrade. Belo Horizonte: Virtualbooks, 2003.

BAHIA, Saulo José Casali. *Poder Judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo\\_Bahia.htm](http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm)>. Acesso em: 04ago2016.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Dejalma de Campos. 16. ed. rev. e Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por: Hugo de Brito Machado Segundo. 17. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. Tradução de: Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Voto-vista*. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580.252 MS. Rec. Anderson Nunes da Silva X Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 06mai2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>> Acesso em: 06set2015.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 16ago2016.

BATEUP, Christine A.. *The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Paper. New York University Public Law and Legal Theory. 2005. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/11](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11)> Acesso em: 07nov2015.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito econômico, planejamento e orçamento público*. 2015. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1294>>. Acesso em: 01jun16.

BORBA, Julian.; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. (Org.). *Orçamento Participativo: Análise das experiências desenvolvidas em Santa Catarina*. Florianópolis: Insular, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Políticas Públicas em Direito*. In: \_\_\_\_\_(Org.) *Políticas Públicas – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜHLER, Alex Pereira. *O aspecto jurídico não vinculante do orçamento público*. Trabalho de conclusão do curso. Universidade São Francisco de Bragança Paulista: Bragança Paulista, 2011.

CALABRESI, Guido.; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradutor: A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLASON, George Samuel. *O homem mais rico da Babilônia*. Tradutor: Luiz Cavalcanti de M. Guerra. 18. ed. 10. reimp. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional*. In: Centro Brasileiro de Estudos e Formação para o Desenvolvimento. ODÁLIA, Nilo (Org.). *Brasil o Desenvolvimento Ameaçado: Perspectivas e Soluções*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1989.

CORTI, Horacio Guillermo. *Critica y defensa de la supremacia de la Constitución. La Ley*, Buenos Aires, 1997-F, 1033. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/critica-y-defensa-de-la-supremacia-de-la-constitucion-2.pdf>>. Acesso em: 10ago2016.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradutor: Luís Calos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradutor: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de Judicialização 2015: Evolução dos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. Interdoc 3. v. São Paulo: INTERFARMA, 2015. Disponível em: <<http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/99-monitor-judicializaaao.pdf>> Acesso em: 30mai2016.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradutor: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. v. 1.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13. ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

HÄBERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Tradutor: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HERPER, Mattew. *The World's Most Expensive Drugs*. 22fev2010. Artigo versão on-line. New York: Revista Forbes 2010. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>> Acesso em: 30mai2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIST, Paul. *A Democracia Representativa e seus Limites*. Tradutor: Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

JÈZE, Gaston. *Cours élémentaire de Science des finances et de législation financière française*. Cinquième édition. Revue et augmentée. Paris/FRA.: M. GIARD & E. BRIERE, 1912

JUND, Sérgio. *Administração, orçamento e contabilidade pública*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradutor: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36. N. 144. Brasília, out/dez 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradutor: Gabriela Edel Mei J. São Paulo: Pillares, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais*. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

\_\_\_\_\_.; LEAL, Mônica Clarissa Henning. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITÃO, Mirian. *Saga Brasileira: A longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORAES SABBAG, César de. *Orçamento e desenvolvimento: Recursos públicos e dignidade humana; o desafio das políticas desenvolvimentistas*. Campinas/SP: Millennium, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradutor: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NORDRUM, Amy. *Drug Prices: World's Most Expensive Medicine Costs \$440,000 a Year, but is It Worth the Expense?* 13fev2016. Artigo versão on-line: New York: Revista International Business Times, 2016. Disponível em: <<http://www.ibtimes.com/drug-prices-worlds-most-expensive-medicine-costs-440000-year-it-worth-expense-2302609>> Acesso em: 30mai2016.

NUNES, Dirlene J. C.. *Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: Uma abordagem da litigância de interesse público a partir do processualismo constitucional democrático*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o Brasileiro Recorre à Justiça para Adquirir Medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde*. São Paulo: INTERFARMA, 2016. Disponível em: <<http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>> Acesso em: 15ago2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 2001

PEREIRA, Carlos Antônio. (Ed.) *Judicialização da Saúde*. In: Caderno A3 de 09mai2016. Notas e Informações. O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2016.

PEREZ-LUÑO, Antônio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAWLS, Jhon. *Uma teoria da justiça*. Tradutor: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REZENDE, Fernando. CUNHA, Armando. (coord.) *O orçamento público e a transição do poder*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

REZENDE, Suely Meireles.; SOARES, Thiago Horta. *Como Diagnosticar e Tratar Distúrbios Tromboembólicos: Venous Thromboembolism*. 2010. Artigo versão on-line. Revista do Grupo Editorial Moreira JR. Disponível em: <[http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=4601](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=4601)> Acesso em: 30mai2016

RIZZATTI, Edgar Gil.; SANDES, Alex Freire. *Novo Método para o Diagnóstico da HPN: mais sensível, mais específico e clinicamente muito mais relevante*. 2011. Artigo versão on-line. Revista Médica Fleury Medicina e Saúde. Disponível em: <<http://www.fleury.com.br/medicos/educacao-medica/artigos/Pages/novo-metodo-para-o-diagnostico-da-hpn-mais-sensivel,-mais-especifico-e-clinicamente-muito-mais-relevante.aspx>> Acesso em: 30mai2016

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradutor: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social (1762)*. Texto integral. Tradutor: Pietro Nassetti. 3 reimp. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2010. Coleção Obra Prima de Cada Autor.

SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. at. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil: A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: Resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde*. In: Revista Época on-line. Editora Globo: São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em: 12mai2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. at. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico: Suplemento à 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUSTEIN, Cass R.. *A constitution of many minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. New Jersey: Princeton University, 2009.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Versão e-book Kindle, comercializado pela Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. V. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. V. vol.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 2000.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Economia: Micro e Macro*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2002. 439 p.

VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1950.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y Accion: Una Investigación Lógica*. Tradutor: Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

