

O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

THE BUDGET CONTROL AS A MECHANISM OF ACHIEVING SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL

Fernanda Priscila Ferreira Dantas¹

José Orlando Ribeiro Rosário²

RESUMO

A presente pesquisa aborda os direitos fundamentais sociais na perspectiva de uma análise econômica do direito, estimando prestar uma contribuição para a sua tão necessária concretização e força normativa. Para tanto, possui como objetivo geral realizar o debate acerca do controle orçamentário como forma de possibilitar e garantir a concretização dos direitos sociais no Brasil. Dentre os objetivos específicos, tem-se o de apresentar o estudo das competências atinentes à matéria orçamentária, com destaque no papel desempenhado pelo Poder Executivo, como gestor dos recursos públicos, o de analisar o princípio da divisão dos poderes, em sua concepção inicial construída por Montesquieu, que serve como plano teórico trazer como legítima e necessária a intervenção do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade, no controle do orçamento público a partir de sua proposta, tramitação e aprovação no Poder Legislativo à sua execução pelo Poder Executivo. Utiliza, para a persecução dos objetivos traçados, a metodologia indutiva e o método de abordagem bibliográfica e normativa. Nas conclusões, considera que diante da problemática e desafio de concretização dos direitos fundamentais sociais para o maior número de cidadãos brasileiros, o controle orçamentário por parte do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade, constitui um passo necessário e eficaz para que o fim colimado seja alcançado.

Palavras-chave: Controle orçamentário; Concretização; Direitos Sociais.

ABSTRACT

This research addresses fundamental social rights in the perspective of economic analysis of law, estimating provide a contribution to its implementation as necessary and normative force. For that, it has as a general objective to make the debate about budgetary control as a way to facilitate and ensure the realization of social rights in Brazil. Among the specific goals, it has the objective of presenting the study of matters relating to the budget powers, with emphasis on the role played by the executive, as manager of public resources, to analyze the principle of separation of powers in its initial design built by Montesquieu, who serves as the theoretical level to another specific goal is to bring a legitimate and necessary intervention prosecutors, the judiciary and society, the control of public spending from its proposal, processing and approval in legislature for its implementation by the Executive. It uses for the pursuit of stated objectives, the inductive method and the method of literature and normative

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Graduada em Direito pela Universidade Potiguar; Bolsista da Capes; Integrante da base de pesquisa Direito, Estado e Sociedade, Advogada.

² Doutor em Direito pela FADISP-SP; Mestre em Direito pela PUC-SP; Graduado em Direito pela UFBA; Chefe do Departamento de Direito Público da UFRN; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

approach. In conclusions, it considers that on the issue and challenge of achieving fundamental social rights for the largest number of Brazilian citizens, budgetary control by the prosecution, the judiciary and society, is a necessary and effective step to the end collimated is reached.

Key Words: Budget Control; Realization; Social rights.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais, objeto central do presente estudo, exigem para a sua concretização, prestações positivas por parte do Estado, que possibilitem melhores condições de vida para os menos favorecidos.

A grande problemática de cunho jurídico, político e social que será tratada, consiste na omissão estatal, no desvio de finalidade, na adoção de prioridades equivocadas por parte do Estado, que confrontam as prioridades elencadas pelo constituinte originário relativas à garantia jurídica e material dos direitos sociais.

Os direitos em alusão equivalem à normas constitucionais que carecem de força normativa, uma vez que inexiste ação estatal efetiva para a sua promoção através da adoção de políticas públicas voltadas, prioritariamente, para esse fim. A consequência dessa inconstitucionalidade por omissão é o desprezo às normas de caráter fundamental e à mandamentos constitucionais que devem ser observados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, propõe-se conferir uma abordagem que ultrapasse os aspectos teóricos dos direitos sociais.

Assim, como objetivo geral tem-se o de abordar o controle orçamentário como mecanismo que viabiliza e contribui para a concretização dos direitos sociais no Brasil. Como objetivos específicos tem-se o de apresentar o estudo das competências relativas à matéria orçamentária, destacando a incumbência do Poder Executivo para gerir os recursos públicos, bem como o de analisar o princípio da divisão dos poderes na concepção originária de Montesquieu, que servirá de plano teórico para destacar como legítima e necessária a intervenção e o controle do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade no orçamento público, com vistas à garantia e à promoção dos direitos fundamentais sociais para um maior número de cidadãos.

A metodologia utilizada para a persecução dos objetivos delineados é a indutiva, com a realização de pesquisa bibliográfica e análise de disposições normativas atinentes ao tema. Ademais, serão abordadas posições jurisprudenciais quanto ao tema proposto.

Para tanto, far-se-á uma análise econômica dos direitos sociais, uma vez que correspondem a direitos que pressupõem um custo para o Estado, registrando nessa análise a necessidade de planejamento estatal em matéria orçamentária, para que a adoção efetiva de políticas públicas, que viabilizem o gozo de direitos sociais, seja possível.

Em seguida, serão demonstradas as disposições constitucionais relativas à matéria orçamentária, suscitando a competência de cada poder para a alocação, aprovação e gestão de recursos públicos destinados à efetivação dos direitos sociais. É nesse contexto que será destacada a titularidade da gestão financeira do Estado pelo Poder Executivo.

Por fim, partindo da abordagem do princípio da divisão dos poderes na concepção de Montesquieu, será delineada a legitimidade e necessidade do controle e da intervenção do Ministério Público, do Poder Judiciário – preferencialmente em ações coletivas em detrimento das demandas individuais, para alcançar um maior número de cidadãos conferindo maior justiça e menor custo e o controle social, como forma de garantir que a destinação conferida ao orçamento público observe as diretrizes, direitos, garantias e determinações esculpidas na Constituição Federal de 1988.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DOS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais podem ser definidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, equivalendo estes a prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2011, p. 286).

Nessa esteira, é cristalina a prestação estatal a que equivalem os direitos sociais, que são materializadas pelas políticas públicas.

As políticas públicas tem sua razão principal de existência nos direitos sociais, visto que esses direitos, em sua maioria, apenas se concretizam por meio de prestações positivas do Estado (BUCCI, 2002, p. 90).

Os direitos sociais, objeto das políticas públicas, não equivalem a um direito de igualdade, muito pelo contrário, resultam em um direito de preferências e um direito das desigualdades, com medidas discriminatórias, de forma a compensar as desigualdades e injustiças existentes. Trata-se de um direito de cunho discriminatório positivo que pretende possibilitar o acesso às oportunidades que são devidas a todos (SARLET, 2010, p. 283).

No que toca à aplicabilidade dos direitos sociais, o artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, confere aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, de forma que os direitos sociais, inclusos nesse rol, possuem aplicabilidade imediata. Não obstante o enunciado legal citado e ainda, embora estes corresponderem ao principal pressuposto da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais no Brasil carecem de concretização.

Na condição de prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais, em sua maioria, demandam recursos e um custo estatal para a sua promoção. É exatamente em razão de sua violação, especialmente decorrente da ausência de priorização de recursos estatais para políticas públicas, que se faz necessária a análise dos direitos sociais do ponto de vista econômico, no que toca à alocação e execução de recursos públicos destinados à promoção desses direitos.

Eis, então, a pertinência e necessidade da abordagem do orçamento público, desde sua a proposta legislativa, durante a tramitação da proposta de lei orçamentária no poder legislativo à sua execução pela Administração Pública, como forma de fiscalizar e garantir que recursos materiais sejam destinados para a concretização dos direitos em questão.

Evidencia-se que os direitos sociais dotados de essencialidade não são devidamente priorizados, em matéria de orçamento público, pelo legislativo e executivo.

Nesse sentido, diante do desafio jurídico-constitucional, político e social, de conferir força normativa às normas da Constituição Federal definidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial, aos direitos sociais, é pertinente a análise econômica do direito, do orçamento público, da possibilidade e formas de controle e intervenção no aludido orçamento.

Convém, assim, ultrapassar a discussão acerca da essencialidade dos direitos sociais para a sociedade, bem como a sua importância e caráter cogente de tais normas constitucionais. A análise econômica do direito pretendida também implica em perseguir o

emprego dos recursos do Estado de forma eficiente, com o fim de atingir o maior número de pessoas, com o mesmo recurso (TIMM, 2010, p. 52).

É bem verdade que não se pode atribuir a tarefa do bem comum às ciências econômicas que, por sua vez, estão adstritas à geração de riquezas. A competência para repartição de riquezas é essencial tarefa do sistema político e da democracia, sobretudo, considerando a incumbência e dever estatal de, por meio de políticas públicas e da distribuição de riquezas, prover a assistência social aos necessitados.

Todavia, a economia contribui para o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades para os gastos do Estado, estimando alcançar a um maior número de beneficiários, o que será mais justo e compatível com a ordem constitucional.

Ainda quanto ao custo dos direitos sociais, costumeiramente, em demandas judiciais em que se discute a sua promoção, o Estado suscita que inexistem recursos e que sua atuação está adstrita ao princípio da reserva do possível.

Entretanto, uma decisão judicial que lhes impõe tal obrigação de forma direta e com vistas à responsabilização pessoal do agente político é capaz de promover a destinação de recursos públicos, antes, supostamente inexistentes, para a concretização de direitos sociais. Já resta constatado que a problemática reside na ausência de vontade política, de eficiência, de moralidade e de legalidade na atuação da Administração Pública (TIMM, 2010, p. 54).

O planejamento do Estado, no orçamento e a devida alocação dos recursos públicos para a promoção dos mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais é uma necessidade.

É inegável que a Constituição determina ao Estado a implementação dos direitos sociais, associado a um grau de assistencialismo social e isso não poderia ser diferente em face da preocupação do constituinte originário com um modelo de Estado voltado à Justiça Social (TIMM, 2010, p. 54).

É nesse sentido que será analisado o orçamento público como forma de promover, a partir das conclusões obtidas, mecanismos de concretização dos direitos sociais no Brasil.

3 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com vistas à perseguir o objetivo de promover o controle do orçamento como mecanismo de concretização dos direitos sociais, convém analisar as disposições constitucionais relativas à matéria orçamentária, trazendo a competência de cada poder para a

alocação dos recursos públicos voltados à adoção de políticas públicas. É nesse contexto que será ressaltada a competência para a iniciativa e aprovação da proposta orçamentária e a titularidade da gestão financeira do Estado pelo Poder Executivo.

3.1 DISPOSIÇÕES GERAIS QUANTO A INICIATIVA E TRAMITAÇÃO DA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA

O artigo 24, II, da CF/88 preleciona que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre orçamento. O artigo 48, por sua vez, dispõe a competência do Congresso Nacional para dispor sobre todas as matérias de competência da União e, especialmente sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (inciso II, art. 48), não podendo inclusive ser objeto de delegação a competência epígrafada, conforme dispõe o art. 68, parágrafo 1º, III, CF.

O poder do executivo teve sua competência em matéria orçamentária limitada pelo constituinte originário, em face da imposta vedação de legislar, através de medida provisória, sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (artigo 62, parágrafo 1º, I, d).

No tocante à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, esta ficou a cargo do Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, nos moldes do artigo 70 da CF.

O artigo 74 da CF dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade, dentre as previstas, de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados atinentes à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira.

Dentre as atribuições privativas do Presidente da República e do chefe do executivo, quanto aos demais entes federados, tem-se a de enviar ao Poder Legislativo o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição (art. 84, XXIII, da CF/88).

Em observância às normas constitucionais pertinentes à matéria, verifica-se que um papel de destaque no âmbito da repartição de competências orçamentárias e financeiras é atribuído ao poder executivo, sobretudo por ser este o poder incumbido de propor e de executar os principais mandamentos constitucionais atinentes à promoção dos direitos sociais, de caráter fundamental, através da implementação de políticas públicas.

Ao poder legislativo compete discutir e aprovar as propostas orçamentárias oriundas do poder executivo, com atuação ativa no planejamento do governo e na definição das políticas públicas que serão adotadas pelo executivo. Registre-se, todavia, que as escolhas são previamente realizadas pelo executivo e esboçadas em sua proposta orçamentária enviada ao legislativo (DALLAVERDE, 2013, p. 70-71).

O Projeto de lei orçamentária representa a moldura institucional para a atuação da administração pública. É nele que são determinadas as metas, programas de duração continuada, diretrizes, etc. O detalhamento de tais metas e diretrizes se opera no plano da lei de diretrizes orçamentárias.

Muito embora se verifique que a Constituição Federal privilegiou, em matéria financeira e orçamentária, a atuação do poder legislativo, na prática, não há essa prevalência, com efeito, em face da conduta passiva do legislativo diante do domínio do quadro político verificado. São exemplos de tal passividade legislativa a concessão de autorizações antecipadas e a ausência de óbices para a obtenção de autorizações específicas por parte do poder executivo (DALLAVERDE, 2013, p. 107).

Nesse contexto de domínio político exercido pelo Executivo e permitido pelo Legislativo em troca de favores políticos, a atuação dos citados poderes não está pautada nos interesses sociais e mandamentos constitucionais de forma que a interferência do Ministério Público e do Poder Judiciário são plenamente legítimas e cabíveis, sobretudo na conjuntura hodierna do constitucionalismo brasileiro.

É bem verdade que os recursos do Estado não são limitados. E exatamente por esse motivo deve haver uma correta e cautelosa elaboração do orçamento e das diretrizes de execução orçamentária.

As prioridades a serem assumidas pelo administrador e legislador, em sua atuação, já estão elencadas pela Constituição Federal e, por isso, não podem ficar a cargo de escolhas políticas e partidárias do administrador ou legislador derivado, em desapareço e confronto ao determinado pelo constituinte originário.

3.2 A TITULARIDADE DA GESTÃO FINANCEIRA DO ESTADO PELO PODER EXECUTIVO

O Estado, através do planejamento e da gestão financeira, é o principal promotor do desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento e execução orçamentária, o Estado deve atuar de forma muito ampla para modificar as estruturas socioeconômicas, bem

como distribuir e descentralizar a renda, reduzir as desigualdades sociais e regionais, integrar social e politicamente a totalidade da população (BERCOVICI, 2006, p 158).

Verifica-se, com base nas disposições constitucionais pertinentes, que embora os poderes possuam sua autonomia orçamentária, ao poder executivo restou a incumbência de elaboração de proposta geral. Logo, reside na esfera do poder executivo a competência para instauração do processo de formação das leis orçamentárias em geral.

Mais uma atribuição do poder executivo merece nota e consta no artigo 8º da lei de responsabilidade fiscal. O citado dispositivo determina que em até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nós termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do artigo 4º, o poder executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Não se pretende afrontar a titularidade do executivo, estabelecida pela Constituição Federal, para a gestão financeira do Estado. Todavia, nota-se que a proposta, a gestão e a execução orçamentária tem se desviado da finalidade investida de interesse público, ao não conferir recursos prioritários para as políticas públicas.

Existem mecanismos de flexibilidade do executivo, que inclusive possibilitam que este se afaste das disposições da lei orçamentária, conferindo-lhe ampla autonomia, através, por exemplo, de créditos adicionais, de reserva de contingência e contingenciamento de despesas. Entretanto, na utilização desses mecanismos e da gestão orçamentária, notam-se manobras políticas relativas à aprovação de certas matérias de interesse do executivo em troca de liberação de verbas para os parlamentares, que subsidiam apoio político e corrupção (DALLAVERDE, 2013, p. 114).

Esse é o denominado presidencialismo de coalizão, que pode ser verificado como prática do sistema presidencialista, comum nos países sul-americanos. Segundo ABRANCHES, o presidente conquista bases de apoio no congresso nacional a partir da nomeação de membros dos partidos com representação no congresso nacional em cargos de ministros de Estado, dentre outros. Em troca, terá os votos suficientes para a aprovação de sua proposta orçamentária, independente da vinculação desta ao interesse público e do atendimento dos parâmetros constitucionais (2007, p. 243).

Há uma verdadeira barganha entre esses dois poderes que são os principais responsáveis por zelar pelo efetivo cumprimento dos direitos sociais. Em detrimento de tal função essencial a sociedade, a aludida barganha política concernente a um verdadeiro jogo de interesses, consiste em, de um lado, o legislativo aprovar as medidas do governo e do

outro, o executivo liberar recursos para o custeio de emendas orçamentárias que atendam às suas respectivas bases eleitorais (DALLAVERDE, 2013, p. 164).

Nesse sentido, tornou-se frequente o aumento do valor das liberações de recursos quando há a iminência de votação de alguma matéria de interesse do executivo, como ocorreu com a CPMF, cuja votação em 2007 fez com que o governo aumentasse significativamente a liberação das emendas parlamentares. Registre-se a importante proposta de alteração, que tramita no congresso nacional, corresponde a PEC 22/200, cujo escopo principal é tornar obrigatória a programação constante na lei orçamentária, diminuindo a discricionariedade do executivo (DALLAVERDE, 2013, p. 167, 173-174).

O orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. Entretanto, a flexibilidade consistente no poder de não gastar encontra limitações na Constituição, quando esta não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento, tão pouco autoriza a realização de despesas sem a previsão orçamentária (MENDONÇA, 2010, p. 376).

A adoção de um orçamento impeditivo possibilitaria uma maior efetividade às atribuições conferidas aos agentes políticos, pela Constituição Federal.

Um orçamento de execução, em princípio obrigatória, cria o dever de que as dotações previstas e não contingenciadas conforme o devido processo orçamentário, sejam aplicadas em sua totalidade pela autoridade pública.

Importa suscitar o exemplo verificado no direito norte-americano, que consiste na distinção do procedimento das despesas discricionárias e obrigatórias. Os gastos discricionários são anualmente aprovados pela proposta de orçamento apresentada ao legislativo ao passo que os gastos obrigatórios já estão estabelecidos em leis de caráter permanentes, que devem ser dissociadas de vontade e barganha políticas.

As metas, diretrizes e recursos necessários à concretização dos direitos sociais devem ser previstas no orçamento impolítico exposto em leis permanentes, de forma a constituir uma dupla garantia e imposição para que os direitos dotados de essencialidade fossem promovidos através do investimento necessário nas políticas públicas.

Do contexto norte-americano, extrai-se ainda, com vistas à incorporação no sistema constitucional brasileiro, o rígido procedimento para o contingenciamento de despesas acima dos percentuais previamente definidos pela lei e com valor bem abaixo do valor previsto para os entes federados no Brasil. Assim, objetivando reduzir o superdimensionamento do executivo, este poder teria que obter a autorização legislativa para o cancelamento definitivo e

o adiamento de despesas previamente estabelecidas na lei orçamentária (DALLAVERDE, 2013, p. 221).

Pelo exposto, o orçamento impositivo e a limitação do contingenciamento de despesas pelo Executivo devem ser adotados no Brasil, afinal, não há dúvidas quanto à necessidade de sua implementação.

4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA REVISITAÇÃO

Todo homem que tem Poder é levado a abusar dele e o faz até encontrar limites. Por isso se faz necessária a divisão dos poderes, para que cada poder freie o outro e impeça o abuso por parte deste (MONTESQUIEU, 1992, p. 24).

Montesquieu, por se basear sempre na indução, conhecia os problemas do abuso de poder e da divisão dos poderes e por isso mesmo constatou que em muitos Estados o abuso inexistia ou era mitigado por uma divisão de poderes (MOTA, 1992, p. 26).

Cada poder, para ser independente e conseguir frear o outro, necessita de certas garantias constitucionais que não são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre os poderes e desestabilização do governo (MONTESQUIEU, 1992, P. 27).

Constata-se que o princípio da separação dos poderes, cuja gênese está na divisão de poderes concebida por Montesquieu, teve como finalidade fazer com que cada poder freie o outro e impeça o abuso de poder por parte deles. Dessa forma, o princípio em comento deve seguir a essa mesma concepção ideológica da divisão dos poderes, conferindo à cada um funções específicas, com o intento de descentralizar o poder para evitar e combater o seu abuso.

Verifica-se que assiste coerência e plena sintonia a interferência de um dos poderes da federação, quer seja o judiciário, quer seja o legislativo ou executivo, no exercício das funções do outro poder, quando houver manifesto abuso no exercício do poder.

Na esfera dos direitos sociais, que pressupõem a adoção de políticas públicas por parte do Poder executivo, há patente desvio e abuso de poder quando a Administração Pública viola a Constituição Federal que esculpiu suas funções de gerenciar os recursos públicos na promoção do bem de todos e na concretização do Estado Social destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais.

Assim, a intervenção de um poder sobre o outro poder que revela abuso encontra respaldo na própria concepção originária da divisão dos poderes ou princípio da separação dos poderes de Montesquieu.

Dessa maneira, há de ser revisitada a concepção do princípio em comento que tende a afastar e conceber ilegítima a intervenção de um poder em outro, especialmente quando há desvio e abuso.

O princípio da separação dos poderes não implica na imunidade destes a qualquer interferência ou controle exercido pelos demais poderes, especialmente quando essa interferência ocorre diante de um abuso e em favor de um interesse maior, o interesse social, em observância e apreço ao interesse comum.

BONAVIDES indica que Montesquieu não apenas reconheceu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como também se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concertos e interferências, visto que a sua imobilidade contraria o movimento necessário à ordem social (2008, p. 161).

CANOTILHO destaca, por seu turno, a tendência de considerar que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito consistente na atribuição de Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados. Aduz que mais do que separação, verdadeiramente se tratava de combinação de poderes (2003, p. 110).

Inicialmente, destaque-se que a autonomia financeira e orçamentária dos poderes não significa que inexista controle sobre a administração e execução do seu orçamento. A própria Constituição Federal, no seu artigo 70, trata desse controle, como já demonstrado. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de igual forma, tem reconhecido a sua legitimidade.

É incontroverso que a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade. Todavia, quando há uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador ou administrador, da incumbência constitucional, como já exposto, a intervenção é legítima e necessária.

Portanto, o princípio da divisão ou separação dos poderes respalda e legitima a intervenção judicial quando se trata de desvio ou abuso de poder, revelados na ausência de prestação dos serviços básicos no Estado Social, em razão da patente escusa dos Poderes Legislativo e Executivo em cumprir os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais que pressupõem prestações materiais pelo Estado depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis. Normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Todavia, eles não estão sujeitos ao crivo discricionário dos poderes competentes.

Dessa forma, embora resida nos poderes legislativo e executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se necessária, inclusive em apreço ao princípio da divisão dos poderes que se destina a evitar abusos de poder, a intervenção social, do Ministério Público e do Poder Judiciário para neutralizar os abusos decorrentes da omissão inconstitucional da Administração Pública.

Assim, conforme será visto, é possível e plenamente cabível a atuação do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público e da própria sociedade, para que sejam implementadas políticas públicas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional³.

5 A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE SOCIAL NO ORÇAMENTO PÚBLICO

A fiscalização, controle e intervenção do Ministério Público, a provocação e intervenção do Poder Judiciário e o controle social no âmbito do orçamento e das políticas públicas, instrumentalizados especialmente por demandas individuais e coletivas, serão abordados a seguir, como fenômenos necessários para neutralizar os efeitos lesivos da omissão estatal, perseguindo o fim de concretização dos direitos fundamentais sociais.

5.1 A INTERVENÇÃO E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO EM SUA FASE DE PROPOSTA E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

O cabimento da intervenção ora discutida inicia-se na fase de tramitação legislativa da proposta orçamentária, não para que haja intervenção direta nas ponderações político administrativas do administrador ou legislador, mas para que essas sejam fiscalizadas e atentem às determinações e prioridades constitucionais. Isso porque se verificado o

³ RE - AGR 410715/SP, Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello, DJ 03.02.2006.

descumprimento de comandos normativos já nessa fase, caberá a intervenção e essa não será desarrazoada (OLIVEIRA, 2006, p. 266).

É de bom alvitre que a obra legislativa advenha de forma bastante precisa, afastando uma maior incidência de discricionariedade por parte do administrador. Além dos parâmetros instituídos no preceito que prevê o direito fundamental, incumbe ao legislador velar pela observância dos demais dispositivos constitucionais, sob pena de perpetrar inconstitucionalidade (JÚNIOR, 2004, p. 51).

O dever estatal de liberação de recursos é parte essencial da lógica do sistema. A retenção inválida de recursos constituiria grave violação à ordem jurídica e à legalidade orçamentária, bem como aos interesses associados à atividade estatal. Nessas condições, resta caracterizada a violação à interesses sociais relevantes, permitindo que o controle no orçamento seja realizado por meio de ação civil pública (MENDONÇA, 2010, p. 407).

Uma posição jurídica de ordem prestacional está garantida de forma definitiva e jusfundamentalmente quando presentes os seguintes pressupostos: 1) Exigência do princípio da liberdade fática; 2) O princípio da separação dos poderes e a competência orçamentária do parlamento são afetados, de modo significativamente reduzido, por meio da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional, de forma que a força do princípio da competência orçamentária do legislador ou ainda a gestão das finanças públicas do executivo não são ilimitados nem absolutos, especialmente porque os direitos sociais possuem mais peso do que fundamentos de política financeira (TORRES, 2010, p. 74-75).

O Direito Brasileiro carece de um instrumento análogo ao mandado de injunção americano, que permita ao Judiciário vincular o poder legislativo na tramitação e aprovação do orçamento proposto pelo executivo, considerando a previsão orçamentária vinculante aos direitos sociais (TORRES, 2010, p. 76).

A despeito disso, é incontroverso que como atos administrativos, as escolhas políticas relativas ao orçamento também devem ser realizadas de modo público, com ampla abertura e participação da sociedade, atendendo aos ditames democráticos. Dessa forma, os motivos do ato, eventuais juízos discricionários, barganhas políticas, dentre outros, estariam no momento prévio, sujeitas ao controle da sociedade, do Ministério Público e do Poder Judiciário (AMARAL, 2010, p. 93).

Isso porque não subsistiu, com a promulgação da CF/88, a autonomia ou discricionariedade do Poder Executivo para implementar direitos sociais, em face dos mandamentos constitucionais vigentes.

É preciso democratizar e constitucionalizar materialmente o orçamento, para que ele se torne o que deveria ser: o máximo de cidadania, de democracia, de justiça social, de atendimento as prioridades traçadas pela Constituição. Para que seja alcançado esse esperado orçamento, as escolhas públicas deverão ser controladas (AMARAL, 2010, p. 98).

Esse controle prévio, no momento da tramitação do orçamento no legislativo, como já dito, propiciará o vínculo efetivo e real do legislador e do executivo aos ditames constitucionais.

Isso porque a Constituição Federal estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas, para tanto, são o meio de materialização desse fim e devem ser realizadas de forma sistemática e abrangente. As referidas políticas públicas, por sua vez, envolvem gasto, orçamento e dinheiro público. Doutro pórtico, o orçamento público é limitado, de forma que escolhas devem ser feitas, quando da sua elaboração. Quanto a essas escolhas, a própria Constituição Federal vincula quais devem ser assumidas pela Administração Pública em matéria de políticas públicas e gastos de recursos públicos (BARCELLOS, 2010, p. 106).

Dessa forma, verifica-se que para que seja garantida maior possibilidade de êxito ao fim constitucionalmente previsto de promover os direitos sociais, através de políticas públicas, as escolhas estatais relativas ao orçamento e aos recursos públicos deverão ser controladas das formas mais abrangentes possíveis, com o fim de evitar o presidencialismo de coalizão e inconstitucionalidade material das escolhas traçadas.

Quanto ao controle do orçamento e tramitação da proposta orçamentária no legislativo, a própria constituição traz vetores para a alocação e realização dos gastos públicos, como ocorre com a educação, as ações e serviços inerentes a saúde, ao atendimento a fundos, dentre outros, que podem servir como parâmetros objetivos para a interferência do poder judiciário (DALLAVERDE, 2013, p. 111) e do Ministério Público na condição de fiscal da lei.

A não ocorrência do aludido controle corroborará para a permanência de violação dos direitos sociais e para a fragilização e inexistência de força normativa das normas constitucionais. Tais fenômenos não devem ser desejados em um Estado Democrático de Direito e em uma sociedade carente de justiça social como é a brasileira.

Entretanto, é pertinente asseverar que o controle que se exige para a tramitação do orçamento público não poderá ser realizado pela maior escala da sociedade, considerando que em condições de pobreza ou extrema miséria, bem como na inexistência de níveis básicos de educação e de informação, a autonomia do indivíduo de controlar, participar e refletir

conscientemente no processo democrático está, no todo, prejudicada (DALLAVERDE, 2013, p. 109).

Outra grande questão é a da vinculação do Poder Público ao planejamento por ele realizado. A atividade do planejamento está prevista na Constituição Federal (artigo 174) como submetida ao princípio da legalidade e tem feições democráticas, ao menos no quesito formal, considerando que o plano orçamentário, enquanto lei, deverá ser debatido e aprovado pelos representantes do povo. Além disso, os representantes deverão atuar obedecendo as prioridades advindas do texto constitucional e fixadas no orçamento, evitando desvio de poder e o privilégio de interesses particulares na Administração (BERCOVICI, 2006, p. 155).

Desse modo, o controle no planejamento orçamentário é um eficaz mecanismo para direcionar e fiscalizar a atuação do Estado, pois define a direção e a forma em que essa atuação ocorrerá.

Quanto ao referido controle, no cenário de impossibilidade ou dificuldades significativas de existência do controle social propriamente dito, há grande importância de atuação daquela parcela da população que detém uma consciência crítica quanto ao sistema, que possui conhecimento científico, que teve acesso à educação e a um nível básico de informação e autonomia para realizar o referido controle. Essa parcela de acadêmicos, universitários de diversas áreas, juristas, profissionais, dotados de tais características, deverão exercer a cidadania ativa, no intento de combater a corrupção, a discricionariedade administrativa ilícita, a politicagem, que redundam na miséria social do Brasil.

As instituições cuja missão está voltada para fiscalizar a lei e defender o regime democrático e os interesses e direitos sociais indisponíveis, como o Ministério Público, deverão fazê-lo, sob pena de fracasso institucional e de permanência do caos político, jurídico e social que se alojou no Brasil.

Na ausência de controle, a gestão do orçamento público tende a ser marcada pela ineficiência, inconstitucionalidade, clientelismo, nas mais diversas relações existentes nesse âmbito (BARCELLOS, 2010, p. 109).

Por fim, merece discussão em outro momento, a possibilidade de participação de amigos da corte, do próprio Ministério Público, de terceiros interessados, especialistas, economistas, juristas, constitucionalistas, na tramitação da proposta orçamentária, para contribuir com os seus termos primando pelo zelo e cumprimento das normas definidoras de direitos sociais.

5.2 A INTERVENÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA POR MEIO DAS DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

O princípio da separação dos poderes, como visto, ainda em sua concepção original, concebe a possibilidade de múltiplas interações e intervenções, especialmente as relativas ao papel desempenhado pelo Judiciário para o equilíbrio das políticas sob a ótica da teoria da justiça (DIAS, 2007, p. 95).

A relação que ora se pretende abordar é entre a execução do orçamento, as políticas públicas e os processos judiciais.

O envolvimento do Judiciário na execução orçamentária e nas políticas públicas não pode ser reputado como algo anormal. Ao contrário, essa intervenção resulta da ligação, direta ou indireta, de que as políticas públicas constituem uma característica marcante do direito contemporâneo e um instrumento basilar para a concretização de normas constitucionais (SALLES, 2006, p. 177).

Nesse cenário, tem-se o ativismo judicial, que corresponde a uma participação mais efetiva do Poder Judiciário na concretização de preceitos constitucionais tidos como fundamentais pela Constituição de 88, provocando, por conseguinte, uma interferência mais significativa nos outros poderes (BARROSO, 2009, p. 05).

Cabe ao poder Judiciário verificar a existência de deveres jurídicos e direitos subjetivos decorrentes da ordem jurídica e assegurar a sua realização, impondo, para tanto, deveres ao Estado (MENDONÇA, 2010, p. 406).

A atuação do judiciário não compromete uma concepção forte e substancial de democracia. Do contrário, permite que a democracia seja, sem dúvida, levada ao seu grau mais elevado.

Uma das mais destacadas áreas de atuação do judiciário no campo do fenômeno em comento, ocorre nas políticas públicas, já tratadas no presente estudo. Isto porque o poder competente para implementá-las, qual seja o Executivo, bem como o poder que deveria regular o exercício dos direitos fundamentais sociais – o Legislativo, notadamente não tem priorizado sua implementação e regulação, sobretudo quando não destina os recursos públicos, de forma prioritária, para esse fim.

Assim, o judiciário, por meio de suas decisões tem determinado que a Administração Pública viabilize meios para a concretização de direitos fundamentais sociais, em determinados casos concretos que lhes são postos em apreço, através das demandas judiciais.

Como já relatado, em matéria orçamentária, importantes previsões orçamentárias tem permanecido sem concretização. Atuando nessa concretização, o Judiciário desempenha um papel destacado na promoção dos direitos sociais, com base jurídica ainda mais consistente (MENDONÇA, 2010, p. 412).

Para SARMENTO, atualmente, com a significativa alteração na atuação do judiciário no âmbito da concretização dos direitos sociais, pode-se afirmar que este poder tem “levado a sério” os direitos sociais, considerando-os como direitos autenticamente fundamentais, de forma que a via judicial tem sido um dos mais significativos instrumentos postos à população menos favorecida em prol da tão necessária efetivação dos referidos direitos (2008, p. 554-555).

Quando se trata de educação infantil, por exemplo, por qualificar-se como direito fundamental que pertence a toda criança, não há discricionariedade quanto a sua concretização por parte da Administração. Desta forma, mesmo reconhecendo que o Poder legislativo e Executivo detém a prerrogativa primária de implementar as políticas públicas, é plenamente possível legítimo que o Poder judiciário intervenha nas políticas públicas diante da inadimplência ilegal dos órgãos estatais, cuja omissão compromete e impede qualquer eficácia aos direitos impregnados de fundamentalidade pela CF⁴.

Dentre as causas que ensejaram o ativismo judicial, cite-se o movimento em favor da força normativa da constituição, as sucessivas crises que atingiram os demais poderes, a corrupção destes, a omissão desgastante e incabível em concretizar os direitos sociais (SOUZA NETO, 2008, p. 516).

A jurisprudência hodierna do STF tem concebido como legítima a atuação do Judiciário, especialmente diante da inércia do legislativo e executivo que provocam a não concretização dos direitos sociais constitucionalmente protegidos.

Convém citar a ADPF 45/DF⁵, que correspondeu a importante pronunciamento do supremo e tem sido utilizada como precedente no âmbito do STF e em demais tribunais e juízos da federação.

⁴ STF, RE-AGR 410715/SP, Rel. Min Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

⁵ A título ilustrativo, segue a ementa da ADPF 45/DF, objeto do Informativo/STF nº 345/2004: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS,

Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto do Presidente da República de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O autor da citada ação sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A atuação jurisdicional conferida ao Supremo Tribunal Federal expressa a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a essa Corte, que não pode esquivar-se diante da omissão estatal que redundaria na ausência de concretização dos direitos sociais que, enquanto direitos de segunda geração, demandam prestações positivas do Estado.

O Estado deve ordenar a alocação de recursos e a realização de ações, de maneira a serem alcançados os importantes objetivos sociais, expressos no texto constitucional. Diante da omissão estatal, o Judiciário volta-se para a solução de conflitos de natureza coletiva, os quais têm a ver com fazer valer aqueles objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico (SALLES, 2006, p. 179).

A esse propósito, ressalte-se que as ações coletivas representam um novo modelo de litigância, muito diverso daquele relacionado às demandas individuais. Em muitos casos, verifica-se ser o judiciário a única via para defesa dos interesses de natureza coletiva, posto que muito provavelmente não haverá meios de defesa em processos sociais, restando tais interesses sempre sub-representados (SALLES, 2006, p. 179).

Como já exposto, o controle do Ministério Público na elaboração do orçamento – na sua proposta e tramitação, é imprescindível não apenas para provocar, se necessária for, a atuação jurisdicional assim como para, no exercício de suas funções institucionais, fazer com que os poderes públicos zelem pelos mandamentos constitucionais e tenham como prioridades no orçamento e sua execução, as mesmas prioridades estabelecidas pelo legislador constituinte originário.

Com isso, o Ministério Público atuará na defesa do regime democrático e dos interesses e direitos sociais indisponíveis. Será o fiscal da lei, da Constituição Federal e corroborará para melhorias incalculáveis e imensuráveis para a sociedade, ao ser conferida

DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL . VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

força normativa para a CF. Essa atuação reduzirá o número de demandas individuais no poder judiciário que possuem como causa de pedir a concretização de direitos sociais e corroborará para a transformação da realidade social do país.

Além da viabilidade da atuação ministerial e judicial na proposta e tramitação orçamentária, ainda deve ser discutida a intervenção de tais instituições na execução do orçamento público, a partir da verificação da ocorrência de adoção prioritária das políticas públicas para promoção dos direitos sociais por parte do executivo.

É o controle posterior à elaboração e aprovação do orçamento. O mesmo se faz necessário. Entretanto, não da forma como tem ocorrido hodiernamente. Da análise da conjuntura atual, sobretudo, da atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais, verifica-se que esta tem se dado, também nos moldes já expostos, em sua maioria, através de demandas individuais, com pleitos legítimos, entretanto, que promovem os direitos em alusão apenas para os indivíduos que tem acesso à esse poder.

Dessa forma, não obstante ser legítima e necessária a atuação do judiciário no campo das políticas públicas, convém observar que a atuação judicial guarda limitações comuns ao princípio da inércia e ao caráter individual de grande parte das provocações a este poder. Assim, para que não se privilegie o acesso e a concretização de direitos fundamentais sociais apenas para os que obterão acesso ao judiciário e posicionamento favorável, deve-se fomentar o ajuizamento de tutelas coletivas que superem as de caráter individual e que alcancem o maior número de cidadãos beneficiados com os recursos e as políticas públicas alocadas pelo campo jurisdicional, possibilitando, assim, o alcance do princípio da eficiência e justiça social com maior alcance.

Os órgãos legitimados para tanto, como o é o Ministério Público, tem relevante atuação nesse cenário de violação dos direitos sociais e na provocação de caráter coletivo do poder judiciário.

Afinal, em se tratando de mandamento constitucional que o estado promova a saúde, a educação, o a assistência aos desamparados, a moradia e demais direitos sociais, deve este fazê-lo para todos os cidadãos que necessitarem do gozo efetivo desses direitos, de forma que a atuação jurisdicional no sentido de alcançar um número maior de pessoas será, indubitavelmente, mais aplaudida, mais legítima, mais respaldada constitucional e democraticamente.

Na análise econômica do direito, como visto, tem-se que são mais eficientes as políticas governamentais, em detrimento das demandas individuais concedidas casuisticamente pelo Judiciário. No judiciário, a análise econômica aponta para o caminho das

ações coletivas, se o objetivo for a promoção dos direitos sociais através do ativismo judicial, em situações excepcionais de flagrante omissão estatal (TIMM, 2010, p. 61).

Pode-se argumentar que a opção brasileira fundada na iniciativa do Ministério Público impulsionaria as pessoas a esperar a iniciativa do órgão público, mantendo-se a inércia dos próprios interessados. Essa afirmação, entretanto, deixa de considerar que a atuação de ofício e de natureza coletiva do Ministério Público constitui uma significativa redução dos custos necessários para demandas individuais em defesa dos mesmos interesses, devendo ser considerada ainda a tendência majoritária de atuação conferida ao Ministério Público, em detrimento das demandas individuais (SALLES, 2006, p. 190).

Como já exposto, o mesmo posicionamento tem esboçado o STF nos julgados posteriores a ADPF 45/2004. Cite-se o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do estado de São Paulo, objetivando que o estado de SP fosse obrigado a matricular crianças na creche⁶.

A discussão reside, sobretudo, no princípio da Separação dos Poderes e na suposta ausência de legitimidade do Poder Judiciário em intervir nas Políticas Públicas.

O STF aduziu, quanto a essa questão, que a intervenção do Poder Judiciário, na implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão em inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

Considerou ainda o Supremo que a inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição, de forma

⁶ EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifos nossos).

que o descumprimento de Políticas Públicas definidas em sede constitucional constitui hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional.

Pontuou o citado tribunal que cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição e encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, por sua vez, compreende um complexo de prerrogativas adequadas de existência digna, o acesso à liberdade e a plena fruição de direitos básicos, tais como a educação, a proteção integral à criança e ao adolescente, o direito à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação, à segurança (DUDPH, art. XXV).

Frise-se que as situações configuradoras de omissão inconstitucional refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição.

O desprestígio da Constituição em face da inércia de órgãos meramente constituídos representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Verificada o cabimento e legitimidade da intervenção judicial, no que toca às ações coletivas, sustenta-se que a questão da legitimidade de interesses de natureza coletiva incorpora um duplo problema envolvendo a execução orçamentária e as políticas públicas: um objetivo, de ordem processual, de alargamento do acesso à justiça; outro, de política institucional, no sentido de gerar meios para que aqueles interesses possam ser efetivamente representados (SALLES, 2006, p. 179).

As ações coletivas revelam-se como meio processual mais justo e eficaz, isso porque permite atingir todas as pessoas que se encontrem em situação fática de necessidade, sem a necessidade de interposição de centenas de demandas individuais com o mesmo pedido e causa de pedir. Ademais, não ficarão excluídos os que, embora sejam necessitados de igual ou forma mais intensa, não tenha acesso ao judiciário, em razão de sua própria miserabilidade.

Destaque-se que a jurisdição em demandas coletivas atua não apenas na solução de litígios, mas também a desestimular a prática, por parte dos agentes políticos, de atos contrários ao interesse público constitucionalmente protegido, sobretudo em matéria

orçamentária e de políticas públicas para concretização de direitos sociais (SALLES, 2006, p. 180), de forma que essa merece ser priorizada.

6 CONCLUSÃO

O Estado, através do planejamento e da gestão financeira, é o principal responsável pelo desenvolvimento social, de maneira que sua atuação deve ocorrer de forma ampla para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, reduzir as desigualdades sociais e regionais, integrar social e politicamente a totalidade da população, promovendo a concretização dos direitos fundamentais sociais.

As prioridades a serem assumidas pelo administrador e legislador em sua atuação já estão elencadas pela Constituição Federal e por isso não podem ficar a cargo de escolhas políticas e partidárias do administrador ou legislador derivado, em despreço e confronto ao determinado pelo constituinte originário.

Os recursos destinados à promoção de direitos fundamentais sociais a serem aplicados em políticas públicas devem compor um orçamento impolítico, de forma a constituir uma dupla garantia e imposição para que os direitos dotados de essencialidade sejam promovidos através do investimento necessário à esse fim.

Para que isso seja possível é imprescindível que ocorra o controle a partir da proposta orçamentária elaborada pelo Executivo até o deslinde de sua execução. A inexistência do controle orçamentário corroborará para a permanência de violação dos direitos sociais, para a fragilização e inexistência de força normativa das normas constitucionais, fenômenos esses que devem ser afastados em um Estado Democrático de Direito destinado a promover a justiça social.

Entretanto, é pertinente asseverar que o controle que se exige para a elaboração e execução do orçamento público não poderá ser realizado pela maior escala da sociedade, uma vez que a autonomia política do indivíduo e a sua cidadania ativa, resta, num todo, prejudicada, diante dos níveis extremos de pobreza, miséria, desigualdade social, que fulmina o desenvolvimento e nível educacional básico de tais cidadãos.

Assim, os direitos sociais, costumeiramente sub-representados pela classe política eleita, devem ser alvo de proteção e fiscalização do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade que detiver condições de autonomia e cidadania ativa, constituindo uma intervenção legítima e necessária, com o fito de neutralizar os efeitos lesivos provocados pela

omissão estatal que se traduzem em inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

Como exposto, a realização do controle orçamentário pela sociedade, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário é tida como legítima e inclusive encontra respaldo na concepção real do princípio da divisão dos poderes de Montesquieu, de maneira que da análise bibliográfica, normativa e jurisprudencial do tema proposto, não há que se falar em ilegalidade ou ilegitimidade desse controle e intervenção.

Urge, todavia, perseguir a concretização dos direitos sociais para um maior número de cidadãos, de forma que o controle orçamentário prévio à execução do orçamento pelo Poder Executivo é crucial para garantir o caráter coletivo e a adoção de políticas públicas voltadas para um maior número de beneficiários. Ademais, na ocorrência do controle na fase de execução orçamentária, devem ser fomentadas e priorizadas as ações coletivas em detrimento das demandas individuais para que, efetivamente, o gozo dos direitos fundamentais sociais seja possibilitado a todos, indistintamente.

Concretizar os direitos fundamentais sociais ainda é um dos maiores desafios para o Brasil e o controle orçamentário constitui um passo necessário e eficaz para que esse desafio seja alcançado.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Reforma política no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

BARROSO, Luis Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, Editora Almedina, 2003.

DALLAVERDE, Alexsandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.4).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre – RS, 2004.

MENDONÇA, Eduardo. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas**, in Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes** / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota – 2º ed. – São Paulo: Saraiva, 1992.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, **A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**, SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**, in Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.