

## **“FAIR PLAY” JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

***Da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa  
do controle material das leis orçamentárias  
pelo Poder Judiciário***

***JUDICIAL “FAIR PLAY” IN SOCIAL RIGHTS EFFECTIVENESS  
From the critique against judicial activism to the  
judicial review over public budget law***

ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA<sup>1</sup>  
MARIANA RUSCHEL WIERZCHOWSKI<sup>2</sup>

RESUMO: Este artigo compara criticamente duas formas de colaboração do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais de cunho social. Por um lado, critica-se o ativismo judicial concretista que determina, por salto dedutivo e independentemente da existência de políticas públicas e provisão orçamentária, a satisfação de pretensões individuais em detrimento do Estado. Basicamente, o ativismo concretista restringe a separação dos poderes, a democracia, a segurança jurídica, a igualdade – princípios constitucionais fundamentais. Por outro lado, propõe-se o controle da constitucionalidade material do orçamento público pelo Poder Judiciário como uma forma de colaboração mais efetiva para a implementação dos direitos sociais, mais coerente com a Constituição Federal e menos nociva aos seus princípios estruturantes.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Políticas Públicas; Princípios Fundamentais; Direitos Sociais; Orçamento Público; Controle Judicial de Constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper critically compares two contradictory roles of the judicial system in addressing the individual's access to public goods, such as, for example, health care and education. On the one hand, there is a brand of judicial activism that seeks to give effect to individual claims for public goods by compelling the state to pay for such goods on behalf of the individual – irrespective of public

---

*Artigo recebido em 07.01.2013. Pareceres emitidos em 03.03.2013 e 14.05.2013.*

*Artigo aceito para publicação em 23.06.2013.*

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito Público pela UFRGS. Professora Titular de Direito Constitucional UniRitter – Laureate International Universities. Graduação e Mestrado em Direito. Porto Alegre/RS, Brasil. *anapaula.avila@yahoo.com.br*

<sup>2</sup> Procuradora da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pelo UniRitter – Laureate International Universities. Porto Alegre/RS, Brasil

policies and budget provisions. This, it is argued, is a type of judicial activism that appears contrary to basic principles of the Brazilian Constitution – including, for example, the rule of law and the separation of powers doctrine. By contrast, however, this paper also highlights and discusses other provisions in the Constitution that empower the judicial branch to review and modify governmental policies and budget plans as a means of securing better access to public goods and achieving social justice. In this regard, it is argued that the need for such adjustments in state policies and budgets can be best achieved by a limited and principled judicial review of the Public Budget Law.

**KEYWORDS:** Judicial Activism; Public Policies; Fundamental Principles; Social Rights; Public Budget; Judicial Review.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O Ativismo Judicial e Justiça Particular; 2. Contra as Regras do Jogo; 2.1 Contra a Separação de Poderes; 2.2 Contra o Princípio Democrático; 2.3 Contra as Ideias Centrais de Justiça: Segurança Jurídica e Igualdade; 3. Pelas Regras do Jogo: O controle formal e material da lei orçamentária; 3.1 Da Competência Constitucional do Poder Judiciário para o controle; 3.2 Superação dos Obstáculos ao Controle Jurisdicional; A) Controle Formal; B) Controle Material; Conclusões; Referências Bibliográficas.

**SUMMARY:** Introduction; 1. Judicial Activism and Private Justice; 2. Against the Rules; 2.1 Against the Separation of Powers Doctrine; 2.2 Against Democracy; 2.3 Against the Central Ideas of Justice: Legal certainty and equality; 3. For the Rules: Formal and substantial control in the public budget law; 3.1 Judiciary Constitutional Role; 3.2 Overcoming the Common Obstacles for Judicial Review; A) Formal Review; B) Substantial Review; Conclusions; References.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a atuação concreta do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais do cidadão, em face do texto (e contexto) constitucional brasileiro. Segundo a Constituição, o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito e deve desenvolver-se dentro dos ditames da Justiça Social. Isso, de um lado, pressupõe um Estado limitado pelo Direito e permanentemente comprometido com a realização da justiça perante seus cidadãos. De outro, pressupõe estruturas formais que permitam a participação democrática do cidadão na elaboração das normas jurídicas através das eleições parlamentares, para que as regras resultem do consenso possível e retornem ao cidadão pelas vias formais de aplicação da lei, seja através do poder de polícia, seja através da prestação de serviços, seja através da jurisdição.

Aqui, já se faz o necessário corte epistemológico para delimitar o tema à análise da atividade jurisdicional no sistema do *Civil Law*, num contexto em que a ciência do direito evolui de um positivismo legalista para um positivismo reflexivo, marcado pela utilização de técnicas normativas que introduzem uma linguagem aberta ao conjunto de normas jurídicas. Esta abertura, reconhecidamente necessária, vem sendo interpretada como uma margem de liberdade ao aplicador do Direito, e, nos casos mais exacerbados, incentiva o magistrado a criar decisões em detrimento das normas positivadas, julgando com base em argumentos pragmáticos, políticos, ou em seu sentimento subjetivo de Justiça.

Desenvolvem-se, assim, no plano teórico e na jurisprudência, questões que são referidas como “ativismo judicial”, “a politização do Judiciário” ou a “judicialização da política”. Apenas uma das formas de ativismo judicial será aqui examinada: as decisões judiciais alocativas de recursos públicos que impliquem alterações de natureza orçamentária.

No exame deste tipo de prestação jurisdicional, questiona-se os fundamentos dessa prática judicial em face dos *standards* constitucionais ditados pelo Princípio do Estado de Direito e seus pressupostos (democracia, separação dos Poderes legalidade e segurança jurídica). Através desses questionamentos, desenvolvem-se dois argumentos: primeiro, as decisões alocativas de recursos não satisfazem a exigência de proporcionalidade de meios em relação aos fins, na medida em que causam mais desvantagens do que vantagens na promoção da Constituição unitariamente considerada. Segundo, deve-se desmistificar o fundamento que justifica o ativismo judicial – fazer justiça ao caso concreto –, a partir da demonstração de que a promoção da “justiça” do caso concreto pode violar elementos parciais contidos no próprio conceito de justiça, como são a segurança jurídica e a igualdade.

Se esta solução ativista não atende aos fins constitucionais unitariamente considerados, cumpre apontar de qual meio dispõe o Judiciário para promover aqueles mesmos fins, ampliando e aprofundando sua participação na promoção dos direitos sociais, sem abalo às normas estruturais da Constituição. É o que definimos por *fair play* judicial: demonstração de como pode (ou melhor, deve) o Judiciário cumprir sua tarefa de realizar a Constituição dentro das regras do jogo.

Dito isso, este estudo divide-se em duas partes. Na primeira, define-se o modelo de ativismo que se examina e analisam-se as normas constitucionais restringidas pelas decisões judiciais que efetivam, em caráter individual (justiça particular), prestações que implicam o dispêndio de verba pública por parte do Estado independente de definição legal e de previsão orçamentária. Na segunda, investigam-se as regras e princípios constitucionais que ensejam, a par do controle formal, o controle da constitucionalidade material da lei orçamentária pelo Supremo Tribunal Federal.

## **1. O ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA PARTICULAR**

Cumpre selecionar um exemplo da prática judicial cujo exame se propõe neste estudo. Em julgamento realizado no ano de 2010, o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado ao fornecimento gratuito de medicamento para tratamento de disfunção erétil que afetava o autor da demanda, em decisão que restou assim fundamentada:

“Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana não compreende apenas a proteção à vida ou à integridade física; também a saúde, o prazer, a tranquilidade, os sentimentos, a inteligência, a educação, a força de trabalho, a capacidade criadora, o poder de iniciativa, e, para o caso, a paternidade, a coabitação e a constituição da família.

E no contexto do direito de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana é que se insere o direito à sexualidade, seja no âmbito dos deveres conjugais, com referência ao débito conjugal, seja no direito à paternidade, à coabitação, à constituição da família, “base da sociedade”, a que deve proteção o Estado (CF - art. 226).

E de tudo isso ver-se-á privado o Apelado se o Estado, como é de seu dever, não lhe dispensar o tratamento clinicamente recomendado, em flagrante desafeição ao princípio da dignidade da pessoa humana, não bastasse agravar o infortúnio.<sup>3</sup>

Esta decisão é meramente representativa de uma prática que se tornou comum nos tribunais brasileiros, pela qual são proferidas decisões que implicam a alocação de recursos públicos, independentemente de qualquer previsão orçamentária ou da fixação das prioridades que as políticas públicas devam atender. Este tipo de conduta judicial expressa uma modalidade de “ativismo judicial”, é a chamada judicialização das políticas públicas<sup>4</sup>. Ninguém discute a efetividade dessa manifestação, eis que reiteradas decisões deste tipo promoveram diversos avanços na implementação de políticas públicas em diversos municípios, sobretudo na área da saúde. Também parece indiscutível que este seja um meio de ampliação da participação do Judiciário na realização da justiça e na concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. De fato, o fim visado por tais decisões tem dignidade constitucional: a justiça social e a proteção da pessoa e do direito à saúde.

O meio escolhido, contudo, restringe outras normas de igual estatura, notadamente aquelas relacionadas à separação e harmonia entre os Poderes, ao princípio democrático e ao direito de igualdade entre os cidadãos. Assim sendo, delimitado o tipo de prestação jurisdicional que se pretende investigar, cumpre definir quais normas constitucionais são violadas por esta forma de ativismo judicial presente no Brasil. Ou seja, quais são as regras do jogo.

---

<sup>3</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70038701447, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges, 11.05.2010.

<sup>4</sup> Interessante perceber que os estudos acerca do ativismo judicial têm origem no sistema jurídico norte-americano. Este sistema se distingue do sistema brasileiro por diversas razões. Primeiro, por fazer parte do *Common Law*, sistema jurídico em que a força dos precedentes judiciais tem primazia entre fontes de direito. Segundo, porque a Constituição Norte-Americana é uma constituição formal e *sintética*, enunciando poucos princípios que a jurisprudência tem por função desenvolver, diferentemente da Constituição Federal do Brasil, que é uma constituição formal e *analítica*, onde estão detalhadas diversas regras de competência, que se somam aos princípios jurídicos fundamentais, vinculativas e de observância obrigatória por todos os Poderes constituídos. Logo, em face da Constituição Norte-Americana, que é uma constituição enxuta, com alto grau de abstração e sem a presença de tantas regras impositivas, é natural que o Poder Judiciário encontre um espaço maior de atuação. Isso, contudo, não acontece por aqui, sobretudo em razão da extensão do texto constitucional de 1988. Deste modo, causa certa perplexidade acreditar que o Judiciário brasileiro possa movimentar-se como o norte-americano sem tropeçar em regras de competência expressas na Constituição. Também vale observar que existe, nos EUA, contrapondo-se ao *Judicial Activism*, uma forte doutrina do *Judicial Restraint*, defendendo a preservação das competências tipicamente atribuídas ao Executivo e Legislativo. Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

## 2. CONTRA AS REGRAS DO JOGO

Cada vez que o Poder Judiciário aprecia demandas individuais e emite decisão judicial no sentido de condenar o Estado ao pagamento de medicamentos indispensáveis à manutenção da saúde de determinado indivíduo, é certo que, para aquele demandante, o juiz está dotando da máxima eficácia algumas normas constitucionais que têm o sentido abstrato e apriorístico incerto<sup>5</sup>. É o caso da norma que prevê que a dignidade da pessoa é fundamento da República (art. 1º, inc. III), assim como daquelas que preveem que a saúde é um direito fundamental social (arts. 6º e 196, *caput*). Igualmente, está satisfazendo a norma contida no art. 5º, inc. XXXV, que determina que a função essencial do Poder Judiciário é apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direito que lhe seja submetida pelo titular. Sendo assim, no intuito de preservar a dignidade e a saúde, e de se desincumbir de sua missão constitucional, os juízes condenam o Estado ao pagamento de prestações a esses indivíduos. Tudo para satisfazer o caso que lhe é individualmente apresentado.

As normas que acabam sendo concretizadas diretamente pelos magistrados (dignidade humana, saúde etc) são normas de alto grau de abstração. Costumavam ser referidas como “normas programáticas”<sup>6</sup>, e na atual quadra, passou-se a considerá-las normas-princípio, buscando com isso imprimir-lhes maior normatividade. O papel principal do chamado “neoconstitucionalismo” tem sido, pois, justificar deveres concretos a partir dos princípios jurídicos<sup>7</sup>. A tarefa, entretanto, não é fácil, e encontra diversos empecilhos de ordem constitucional.

Isso porque as normas-princípio, diversamente das regras, não preveem condutas de modo explícito, mas apenas fins que devem ser visados e, na medida do possível, atingidos pela ordem estatal – tudo sem abrir mão dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade<sup>8</sup>. Deste modo, de pronto se põe o problema de saber quem tem competência para determinar o sentido e o

---

<sup>5</sup> Sobre a aplicação direta das normas constitucionais pelo juiz, cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *A Importância do Direito Ordinário frente à Supremacia da Constituição*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS), v. IV, p. 7-38, 2006.

<sup>6</sup> Entre nós, conferir: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1998, p. 163. Esta denominação restou enfraquecida na doutrina porque, ao serem equiparadas a meros programas, tinham diminuída a sua eficácia, de modo que se consideravam sempre na dependência da interposição do legislador ou do executivo para que seus preceitos vingassem concretamente. Daí a expressão de “morte” das normas programáticas de Canotilho. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.102.

<sup>7</sup> Em representação desta doutrina e descrevendo o reconhecimento da normatividade dos princípios como elemento nuclear do pós-positivismo, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In Revista de Direito Administrativo, nº 225, p. 5-37, 2001.

<sup>8</sup> Cf. sobre o tema: AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

alcance das obrigações que possam ser dedutíveis dos princípios. É o juiz de direito? É o legislador ordinário? É o Poder Executivo?

Na resposta a tais questões, não há como se descartar o sistema de separação de Poderes engendrado no texto constitucional, pois é ele que fundamenta e justifica todas as atividades – típicas e atípicas – desempenhadas pelos poderes públicos. A Constituição não diz, apenas, *o que* deve ser feito para a implementação do Estado Democrático de Direito, mas também *quem* deve fazer e *como* deve fazer. Assim, normas atributivas de direitos ao cidadão convivem com outras normas, como aquelas instituidoras de órgãos, as normas atributivas de competências, de metas e ainda outras de caráter procedimental.<sup>9</sup>

Como se observa, o direito a medicamentos tem sido vencedor numa ponderação que deixa de lado a separação de poderes e o princípio democrático, atribuindo-lhes menor peso. Além disso, em face do problema da escassez de recursos, a desigualdade assume sua pior feição institucional, pois ficam de lado, também, outros direitos à saúde (portanto, direitos de idêntico teor, natureza e hierarquia daquele posto em causa individualmente), dos terceiros alheios à relação processual – daqueles que, sem poder recorrer ao Judiciário, aguardam a prestação do serviço de saúde pelas vias ordinárias que a administração pública disponibiliza, dentro das políticas públicas que instrumentalizam as escolhas governamentais e orçamentárias. Deve-se, pois, aprofundar o exame das normas constitucionais atropeladas pelo tipo de ativismo judicial aqui tratado.

## **2.1 Contra a Separação de Poderes**

Preliminarmente, deve-se esclarecer que a análise aqui empreendida prescinde do exame histórico da origem da separação tripartite entre os poderes, enraizada no Espírito das Leis de Montesquieu, para se concentrar no modo de sua positivação na CF/88. A separação de poderes está prevista, genericamente, no art. 2º da CF/88. Entretanto, o que instrumentaliza a independência e a harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, preconizadas nesse dispositivo, são centenas de regras de competência que se espalham pelo texto constitucional, conferido a cada Poder funções típicas a atípicas. A engenharia constitucional prevê, também, um sistema de freios

---

<sup>9</sup> Ainda que todas essas normas tenham formalmente a mesma hierarquia constitucional, são normas que devem ser discriminadas à medida que pertencem a diferentes estratos normativos. Normas atributivas de direitos, normas programáticas, normas orgânicas, normas de competência e normas procedimentais, possuem funções e estruturas completamente diversas (v. CANOTILHO, *Op. Cit.*, p. 1090-1100). Não se sujeitam, por isso mesmo, a uma ponderação judicial que as coloque no mesmo estrato, ainda que sejam tipos diferentes, como se se pudesse preferir a saúde em detrimento da separação de poderes, ou a dignidade em detrimento da democracia. Metaforicamente: encampar acriteriosamente a doutrina da ponderação tende a fazer da Constituição um verdadeiro menu, como se as diferentes normas constitucionais ali estivessem à disposição do cliente, para serem escolhidas tal qual salada ou batata frita. O problema se agrava na medida em que, ponderar dignidade com democracia, saúde com separação de poderes, é como ter que escolher entre batata frita e talheres, já se está tratando de elementos que pertencem a categorias totalmente diversas.

e contrapesos cuja tarefa é evitar o abuso no exercício do poder por cada órgão constituído.

A função típica do Poder Legislativo é a de criar leis – leis adequadas à instrumentalização dos programas políticos dos governos democraticamente eleitos (que visem, portanto, à realização do bem comum), assim como leis adequadas à Constituição (que proporcionem a realização dos fins constitucionalmente previstos, pelo modo que a Constituição determina). Como freios à possibilidade de abuso deste importantíssimo poder de criar normas gerais e imperativas, a Constituição conferiu (a) ao Executivo o poder de veto (art. 66, § 1º: veto político das normas que não correspondam ao interesse público; veto jurídico para as normas que não correspondam à Constituição); e (b) ao Judiciário o poder de controlar e declarar inválidas as normas incompatíveis com a Constituição. Em contra-partida (contrapeso) a esses freios, a Constituição (a) permite a derrubada do veto pelo Poder Legislativo (art. 66, § 4º); (b) não sujeita o Legislativo ao efeito vinculante das decisões do STF (art. 102, § 2º), e (c) confere-lhe, ainda, o poder reformador do próprio texto constitucional (que é o parâmetro do controle de constitucionalidade), dentro de certos limites (art. 60).

Já a função típica do Poder Executivo é concretizar os comandos normativos abstratamente previstos, fazendo atuar Constituição e os comandos normativos primários e secundários que a complementem. A tarefa do Executivo é geralmente referida como a de “executar a lei”, mas essa referência, bastante genérica, merece algum aprofundamento para ser bem compreendida.

A execução dos comandos normativos começa, evidentemente, pela Constituição. Nela, por exemplo, está previsto que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e que aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, incs. III e XLIX). Compete, pois, ao Executivo, a criação de infra-estrutura e programas de cumprimento das penas que promovam os direitos fundamentais previstos na Constituição.

O Executivo participa, num primeiro momento, com as iniciativas (programas de governo), mas a implementação de sua tarefa (permanência do preso no sistema prisional adequado) depende da atuação também dos outros Poderes, sobretudo do Legislativo, porquanto tais programas serão vertidos em lei cuja concretização deverá contar, obrigatoriamente, com previsão noutra lei – a lei orçamentária –, que deve destinar recursos adequados e suficientes para este fim. Além disso, é indispensável uma lei que preveja os tipos penais e as penas restritivas de liberdade (CF, art. 5º, XXXIX, mais as leis penais) e outra que estabeleça o devido processo legal (CF, art. 5º LIV) para a imposição das penas (leis processuais penais).

Num segundo momento, outras iniciativas e ações serão compreendidas no verbo “executar”, pois executar também envolve a implantação da infra-estrutura indispensável ao cumprimento dessas normas: construção de presídios (passando pela lei de licitações), contratação de servidores públicos (vinculados a um determinado estatuto legal), etc.

Toda ação do Executivo, portanto, passa pela legislação. A Constituição traz esta exigência em face da adoção, simultânea, dos princípios democrático, do Estado de Direito e da legalidade, que fazem do Executivo um poder circunscrito ao cumprimento de normas preexistentes, oriundas do Poder Legislativo. Por conta desta estreita vinculação, a Constituição permite ao Executivo participar na formação da vontade legislativa, através da iniciativa em projetos de lei (art. 61), que se manifesta com exclusividade em determinadas matérias (art. 61, § 1º). Deste modo, o chefe do Executivo pode dar início ao processo legislativo das leis que sejam necessárias para a complexa tarefa de “executar”.

Além disso, a engenharia constitucional defere competências normativas ao próprio Presidente da República (funções atípicas), seja pela edição de medida provisória (art. 62) e lei delegada (art. 68), seja pela edição de decreto normativo ou regulamento (art. 84, inc. IV). Imediatamente, disponibiliza os freios, (a) subordinando a permanência da medida provisória ao processo de conversão em lei pelo Legislativo, (b) condicionando a lei delegada à autorização do Legislativo (por meio de resolução: art. 68, *caput* e § 2º), (c) permitindo ao Congresso sustar os efeitos desses atos normativos em caso de abuso (art. 49, inc. V); e, (d) em todos os casos, são normas sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Os regulamentos, em particular, limitam-se à obediência estrita da lei (o art. 84, inc. IV fala em “fiel execução”), sob pena de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que podem ser declaradas pelos órgãos judiciais competentes.

Se a função do Executivo começa na Constituição e passa pelo Legislativo, com o Poder Judiciário não haveria de ser diferente. A função típica do Poder Judiciário é a de assegurar a aplicação da lei. Este Poder depende da provocação por parte do sujeito prejudicado pelo descumprimento dos deveres decorrentes do ordenamento jurídico, já que toda norma exprime um dever-ser<sup>10</sup>. Pelo art. 5º, inc. XXXV, a Constituição determina ao Judiciário fazer com que o que deva ser (segundo a norma), seja. Deste modo, exprime-se a norma individual a partir de dedução de uma norma geral, anterior. Nisso estaria o caráter “constitutivo” das decisões judiciais<sup>11</sup>. Naturalmente, então, a função judicial passa pela *definição legal* dos deveres jurídicos – definição que incumbe ao Legislativo porque este é o órgão que reúne os representantes eleitos pela maioria e minorias dos cidadãos. A função judicial, como todas as outras em um Estado de Direito, tem seu suposto na lei, e deve suportar os reflexos da adoção do princípio democrático pela Constituição<sup>12</sup>, como será visto em seguida.

---

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 130.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 255.

<sup>12</sup> Cf. A propósito: AVILA, Ana Paula Oliveira. *O Postulado da Imparcialidade e a Independência do Magistrado no Civil Law*. In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, nº 31, out./dez. 2010, p. 147-172.

Entretanto, ainda que os magistrados estejam adstritos à aplicação da lei, não estarão obrigados a aplicá-la quando for contrária à Constituição. Trata-se do controle de constitucionalidade, outro mecanismo de freio ao abuso do poder de legislar, tanto sobre a legislação proveniente do Legislativo, como é a regra, quanto a do Executivo, que é a exceção (função atípica).

Esta competência para o controle de constitucionalidade trata-se de uma função atípica do Judiciário, já que o julgador, em vez de aplicar a lei como normalmente lhe compete, nega sua validade e, por regra, bloqueia seus efeitos. Esta função equipara-se à de um “legislador negativo”, que, em vez de criar leis, as retira do mundo jurídico.

Fora desta hipótese, contudo, o Judiciário depende de lei prévia para decidir. Diz-se que a sentença judicial faz lei (concreta) entre as partes e, num Estado de Direito, sentenças que, eventualmente, determinem às partes deveres que não estejam previamente definidos em uma norma aprovada pelo Legislativo, representam distorções do princípio da separação de poderes (porque inovar no ordenamento jurídico é função do Legislativo e não do Judiciário), do princípio da legalidade (porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei geral, e sentença individual não é lei neste sentido), do princípio da segurança jurídica (por fixar um dever jurídico *ex post factum*, inviabilizando a previsibilidade), do princípio democrático (porque o magistrado não representa a soberania popular na confecção das leis) e, finalmente, do princípio da igualdade (porque às partes envolvidas serão atribuídos ônus ou bônus não compartilhados pelos seus iguais, alheios à relação processual). Este é justamente o caso da atribuição, ao Estado, por meio de sentença judicial, do dever de fornecer remédios e tratamentos fora das normas que instrumentalizam as políticas públicas de implementação do direito à saúde e, em decorrência, um ônus financeiro não especificado na lei orçamentária.

De pronto se percebe que não só o princípio da separação de poderes está no caminho desta espécie de ativismo judicial. Como se partiu do argumento de que essas decisões judiciais geram mais desvantagens do que vantagens do ponto de vista da unidade da Constituição, cabe a análise do obstáculo seguinte, que é o princípio democrático.

## **2.2 Contra o Princípio Democrático**

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e todo poder emana do povo, que o exerce por meios de seus representantes eleitos ou diretamente, através de plebiscito, referendo ou iniciativa popular em projeto de lei (art. 1º, *caput* e parágrafo único, combinado com art. 14, incs. I, II e III, e art. 61, § 2º). Importante corolário do princípio democrático é o pluralismo político, consagrando a representação das maiorias e também das minorias, através da coexistência de diversas agremiações partidárias no debate legislativo e na vida política do país. O pluralismo coloca o Poder Legislativo em evidência no sistema brasileiro, afinal, é no Congresso Nacional que o pluralismo político se manifesta com todo o seu vigor.

Da imbricação da democracia com a separação dos poderes, o resultado é que estão previstas eleições diretas tanto para o chefe do Executivo, responsável pela iniciativa nos projetos de lei necessários para a consecução dos programas governamentais, quanto para os parlamentares, responsáveis pela elaboração das leis que vigoram na ordem jurídica. O único Poder que escapa do processo de legitimação democrática é o Judiciário, por isso a fonte de legitimidade de sua atuação está na defesa da Constituição (ordem democraticamente promulgada) e na aplicação das normas ordinárias, enquanto comandos emanados do parlamento democraticamente eleito, sempre com a sanção (e, em alguns casos, também a iniciativa) do Executivo.

Por tal razão, não se reconhece ao Judiciário a legitimidade para impor normas, mesmo que individuais, que não tenham respaldo noutra norma anterior, deliberada pelas vias legislativas formais.<sup>13</sup> Várias normas positivadas no ordenamento brasileiro levam a esta conclusão, senão veja-se.

Para ter legitimidade no Estado Democrático de Direito, mesmo o chamado “poder criativo” da jurisprudência (no caso de lacunas normativas), estará atrelado a um sistema normativo preexistente que determina que a decisão decorra do emprego da analogia, dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e, por fim, da equidade (LINDB, art. 4º). Uma fundamentação correta deve demonstrar a coerência da decisão com as normas fundamentais da Constituição que estruturam e fundamentam o próprio poder inerente à Jurisdição<sup>14</sup> – inclusive os princípios aqui tratados: separação de poderes, democracia, segurança etc. A própria edição de súmula vinculante pelo STF, outra função atípica autorizada a partir da EC nº 45/2004, que inseriu o art. 103-A no texto da Constituição, está condicionada a uma finalidade, que é a de esclarecimento quanto à interpretação, validade e eficácia de normas determinadas (CF, art. 103-A, § 1º) – normas, portanto, preexistentes.

A mesma legitimação democrática é exigida do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. De um lado, ao defender a Constituição de 1988, o Judiciário defende uma ordem democraticamente estabelecida, o que já tornaria este controle legítimo. De outro lado, na bem acabada engenharia constitucional do texto de 1988, na cúpula do Judiciário está o Supremo Tribunal Federal, como o órgão responsável pela palavra final no controle de constitucionalidade. Assim é no controle concentrado, em que profere decisões irrecuráveis (CF, art. 102, inc. I, alínea “a” e § 2º, combinado com art. 26 da Lei 9.868/99), com eficácia *erga omnes* e vinculante, e também no controle difuso, em face da competência para o julgamento definitivo em recurso extraordinário (CF, art. 102, inc. III).

---

<sup>13</sup> Quando muito, a Constituição reconhece ao Judiciário a iniciativa em projetos de lei, por previsão do art. 61, *caput*, assim como na hipótese do art. 93, entre outras.

<sup>14</sup> Sobre o “dever de correção” na fundamentação das decisões, reconhecido a partir dos critérios de coerência e racionalidade do discurso jurídico: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 122 e ss.

Apesar de o Judiciário, por regra, não passar pelo processo democrático na composição de seus membros, não é de se pensar, tão facilmente, que ao STF falte esta legitimação. Comparada à dos magistrados concursados, que compõem a imensa maioria dos agentes investidos neste Poder, a situação do STF é muito particular. Afinal, os seus Ministros são escolhidos pelo Presidente da República (chefe do Poder Executivo) e confirmados pelos Senadores da República (representantes de todas as unidades da Federação) – todos agentes políticos democraticamente eleitos pelo povo. Além disso, a Constituição Federal, ao prever o princípio democrático, admite o exercício indireto do poder nos seus próprios termos, que aqui se expressam no seu art. 101, parágrafo único. Tudo acena para que se reconheça respaldo democrático, pela via indireta, ao poder exercido pelos Ministros do STF. É um sistema coerente, afinal, invalidar leis pode ser um ato tão político quanto criá-las.

Interessante registrar que o próprio STF, para se manter nas linhas predeterminadas pela divisão de poderes engendrada na Constituição, firmou, já de longa data, o entendimento de que ao Judiciário não cabe o papel de inovar na ordem jurídica através da criação de normas, tal como um legislador positivo, pois esta tarefa incumbe ao Poder Legislativo<sup>15</sup>. Cabe-lhe, sim, guardar a Constituição (art. 102, *caput*) e, com base nela, anular leis que lhe sejam contrárias<sup>16</sup>. Mas isso é justamente o oposto de criar normas, pois implica na exclusão de normas do ordenamento, daí a tese do “legislador negativo”.

A propósito, criações jurisprudenciais, que com o tempo passaram a fazer parte da técnica legislativa – sendo notórios exemplos a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto<sup>17</sup> –, revelam a necessária reverência à lei enquanto expressão da soberania popular, pois determinam ao magistrado, sempre que possível, a preservação do ato normativo, seja fixando a interpretação compatível com a Constituição (interpretação conforme), seja excluindo da incidência da norma ordinária casos que suscitariam incompatibilidade com determinada norma constitucional (declaração parcial de nulidade sem redução de texto).

---

<sup>15</sup> Exemplificativos da tese: ADI 1063 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 18.05.1994; RE 181138/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 06.09.1994; RE 493234 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21.11.2007.

<sup>16</sup> RE 348.468, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2009, Segunda Turma, DJE de 19.02.2010: “O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (...) *pressupõe a invalidade da lei* e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao STF contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição.” (grifou-se)

<sup>17</sup> Previstos na Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único, *verbis*: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Tudo isso evidencia que o Judiciário, para desempenhar sua função dentro das regras do jogo democrático, depende da interposição do Legislativo para a definição das normas com alto grau de abstração na Constituição. Muitas delas possuem baixa densidade normativa, de modo que o seu texto não possui uma definição suficiente dos deveres que possam ser dele dedutíveis<sup>18</sup>. Esta é a situação do art. 196 da CF, porém a jurisprudência, muitas vezes por salto dedutivo, impõe prestações que ele não especifica.

Veja-se: segundo o art. 196,

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifou-se)

Ainda que o texto mencione um “dever do Estado”, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas (e não mediante decisão judicial, portanto) que visem ao acesso universal e igualitário (e não de modo individual e desigual, portanto), decisões judiciais como aquela apresentada no início deste trabalho deduzem do dispositivo (e de outros ainda mais vagos, tal como o que prevê a proteção da dignidade humana) o dever de pagamento de medicamentos para tratamento de disfunção erétil. Há um salto sobre as leis ordinárias e regulamentos administrativos que instrumentalizam as políticas públicas de atendimento à saúde da população em geral, e também o desprezo pela afetação dos recursos públicos realizada na lei orçamentária, originada dos poderes eleitos – Executivo e Legislativo.

Ainda que se traga à discussão o problema da escassez e insuficiência dos recursos afetados à área da saúde, não seria através das decisões individuais alocativas que se resolveria a questão. Para resolvê-la, como será visto em seguida, seria necessário o exame judicial da própria lei do orçamento – algo bem diverso do exame dos direitos individuais não atendidos pela insuficiência dos serviços públicos de saúde. Isso porque, como bem salientou Canotilho, ainda que se reconheça às normas-programa alguma eficácia (notadamente: eficácias derogatória, invalidante e de vinculação dos poderes públicos encarregados de desenvolvê-las), delas não se pode extrair um direito diretamente aplicável.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Nas palavras de CANTILHO, “a *densidade* da norma constitucional impõe-se: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas.” (...) “A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.” (grifos do autor). Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.105.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.103 e 1.104.

No debate envolvendo a legitimação democrática da participação do Judiciário na execução de políticas públicas, que, segundo a Constituição, incumbe aos poderes eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo), argumenta-se, em favor das decisões judiciais alocativas de recursos públicos, que cumpre ao Poder Judiciário suprir o conhecido déficit educacional da população brasileira para o exercício consciente de poder de voto e dos direitos de liberdade. Assim, a satisfação dos direitos mais básicos do indivíduo seria um pressuposto da discussão envolvendo a democracia e, nesta linha de raciocínio, o Judiciário, ao contribuir para o exercício dos direitos sociais básicos, ainda que através de ações individuais, estaria alinhado à democracia. Nesse sentido, a doutrina de Ana Paula de Barcellos:

“Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.”<sup>20</sup>

Do mesmo modo, leciona Dalmo Dallari:

“É indispensável que o direito formal à cidadania implique, concretamente, o *poder da cidadania*. Em outras palavras, não é suficiente dar ao povo o direito de eleger os governantes, através de eleições formalmente livres, mas viciadas pela interferência do poder econômico ou por distorções acarretadas pelo uso político-eleitoral dos recursos públicos. Essas práticas, que tiram a autenticidade dos processos formalmente democráticos, são comuns em sociedades em que muitos eleitores são pobres e com educação deficiente [como é o caso do Brasil], sendo, por isso, facilmente manipuláveis pela demagogia, pela corrupção no setor público e pelas pressões econômicas.”<sup>21</sup>

Pode-se, no entanto, contra-argumentar que o Judiciário, ao se investir na condição de responsável pelas escolhas governamentais e legislativas, impede que se forme, na cultura da cidadania, a consciência de que os poderes responsáveis pelo atendimento dos direitos fundamentais são, de fato, aqueles que são escolhidos pelos cidadãos destinatários das políticas públicas. Se essas questões forem resolvidas sempre junto ao Judiciário, não há porque o cidadão fazer, conscientemente, a vinculação necessária entre o seu voto e o nível do atendimento aos seus direitos básicos através da máquina estatal,

---

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, nº 3:37, 2006, p. 26.

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de Direito e Direitos Fundamentais: Homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Coord. Agassiz de Almeida Filho e Danielle da Rocha Cruz. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181-182.

para o qual funcionam (ou deveriam funcionar) ativamente o Executivo e o Legislativo. Para o necessitado, só interessará o Judiciário, justo aquele único poder da República no qual ele, cidadão, não tem representatividade.

### **2.3 Contra as Ideias Centrais de Justiça: Segurança Jurídica e Igualdade**

O particularismo das decisões objeto deste estudo tropeça, ainda, nas normas que protegem a segurança jurídica e a igualdade. Neste tópico, faz-se uma afirmação deveras provocativa: essas decisões – ao contrário do que preconizam – não realizam, efetivamente, a justiça.

Em sua obra filosófica, Radbruch (1937) já advertia que para a ideia de justiça são fundamentais a certeza e a segurança. Para ele, “a luta da justiça com a segurança jurídica representa um conflito da justiça consigo mesma”<sup>22</sup>. A preocupação com a segurança jurídica deve inspirar sempre os mesmos cuidados, de um direito certo (correto), de certeza nas normas (clareza e definição), e de permanência da ordem jurídica (estabilidade), tudo com o escopo de assegurar a *previsibilidade*. Ter segurança é, antes de mais nada, ter condições de prever as consequências de todos os atos que se pratique.

Já no preâmbulo da Constituição de 1988 está previsto que a segurança se trata de um valor fundamental, devendo ser assegurada pelo Estado Democrático de Direito nela instituído. Além disso, o artigo 5º, *caput*, prevê que a segurança é um direito fundamental, assegurando-lhe uma dimensão individual e subjetiva.

Além dessas previsões normativas, tanto em nível doutrinário<sup>23</sup>, quanto em nível jurisprudencial, a segurança foi erigida à condição de princípio constitucional. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes adverte:

“o tema [da segurança jurídica] tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) (...) Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1937, p. 103-109. No mesmo sentido, SICHES, Luís Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1939, p. 209.

<sup>23</sup> Nesse particular, foi decisiva a contribuição do mestre Almiro do Couto e Silva, que influenciou a própria jurisprudência do STF com a obra *O Princípio da Segurança Jurídica (proteção da confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União*. In *Revista do Direito Público*, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6, jul./set. 2004, p. 7-59. Sobre a segurança jurídica como um direito subjetivo: AVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Mais recentemente, dissecando o tema da segurança jurídica em todos os seus aspectos: AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>24</sup> Pet. nº 2.900-3/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27.05.2003. No mesmo sentido: MS nº 22.357-0/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, 27.05.2004.

Tais observações servem apenas para aquilatar o valor que a segurança jurídica assume em nosso ordenamento: ela é fundamental e realiza, simultaneamente, a ideia de justiça. Assim, atentam contra este fundamento as decisões alocativas de recursos públicos a partir da aplicação direta de uma norma parcialmente indefinida (art. 196 da CF) e independentemente de qualquer previsão na lei orçamentária.

Registre-se que a função judicial também está condicionada pelo sistema jurídico vigente no Brasil – o sistema do *civil law*.<sup>25</sup> Neste sistema, parte-se da lei positivada (direito objetivo) para a solução de litígios, numa construção que exige que a lei seja prévia, clara, institucionalmente formalizada e tornada pública, tudo para assegurar previsibilidade e segurança jurídica. Isso porque é fundamental que o cidadão, ao agir, possa prever (e suportar, se assim escolher) as consequências dos seus atos. Deste modo, a função judicial deve se orientar pela lei, do contrário, priva o destinatário da norma da indispensável previsibilidade.

A adoção do sistema de direito positivado implica que a produção de normas gerais esteja reservada a um órgão legislativo central, de modo que “os tribunais limitam-se a aplicar aos casos concretos, nas normas individuais a produzir por eles, as normas gerais produzidas por esse órgão legislativo”.<sup>26</sup> Segundo Kelsen, a principal vantagem que pode ser atribuída a este sistema é justamente a garantia da segurança jurídica, consistindo “no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, e de os indivíduos submetidos ao Direito poderem orientar-se na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais”.<sup>27</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atenta à preservação da segurança jurídica, não diverge essencialmente dessa exigência de fundamentação legal/jurídica das decisões judiciais – verdadeira *conditio sine qua non* da função jurisdicional –, no excerto abaixo referida como “indispensável apoio”:

“Não cabe ao órgão fiscalizador da inconstitucionalidade valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos. A fundamentação da decisão judicial não pode assentar em ‘vícios’ produzidos no âmbito da liberdade de conformação ou no exercício do poder discricionário do Poder Constituinte. (...) Como observou o Ministro Marco Aurélio na ementa do RE 140.265, cogitando do ofício judicante e da postura do juiz, “[a]o examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa,

---

<sup>25</sup> Sobre a origem, fundamentação e estrutura do *civil law*, conferir, por todos: DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris, Éditions Dalloz, 10. ed., 1992.

<sup>26</sup> KELSEN, *Op. Cit.*, p. 268.

<sup>27</sup> KELSEN, *Op. Cit.*, p. 269. Prossegue: “O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, de modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica”. (grifou-se)

considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la'. *À falta desse 'indispensável apoio' a solução que o juiz idealizar como a mais justa não pode ser formalizada.*"<sup>28</sup> (gritou-se)

Ao lado da segurança jurídica, também se deve considerar o problema da igualdade, elemento associado ao conteúdo da justiça desde a Grécia antiga<sup>29</sup>. Não é necessário discorrer muito para estabelecer de que modo as decisões alocativas de recursos públicos nas demandas individuais violam a igualdade, na medida em que alteram a ordem de atendimento das políticas públicas de atendimento do direito à saúde.

Nesse sentido, Humberto Ávila:

"em âmbitos nos quais haja escassez de recursos e o dever de estabelecer políticas públicas, haverá ativismo judicial se a atuação do Poder Judiciário, pelo contínuo e intenso afastamento das regras gerais aplicáveis, descaracterizar a política pública uniformemente instituída pelo Poder Legislativo. (...) O Poder Judiciário termina indiretamente inviabilizando os mecanismos de justiça geral instituídos de maneira geral e abstrata pelo Poder Legislativo e executados de maneira uniforme pelo Poder Executivo."<sup>30</sup>

Como é fácil perceber, num contexto de escassez de recursos, o magistrado, ao realizar a justiça particular, prestando medicamentos ou tratamentos pleiteados individualmente, afastando-se dos meios convencionais de execução das políticas públicas de saúde, termina por restringir direitos de igual teor dos demais cidadãos. Com isso o Judiciário coloca pessoas iguais, com carências iguais e que dependem da efetivação do mesmo direito fundamental (no caso, à saúde) em situação de extrema desigualdade, estendendo privilégios àqueles que tiveram condições de ajuizar uma demanda judicial. Isso, à custa daqueles ainda mais desprovidos desses direitos e carentes, também, do acesso à jurisdição.

---

<sup>28</sup> ADI 3.826, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 12.05.2010, Plenário, DJE de 20.08.2010.

<sup>29</sup> TABORDA, Maren Guimarães. *O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 211, p. 241-269, jan./mar. 1998, p. 244. "Foi também entre os gregos (pitagóricos) que nasceu a noção de que a igualdade é justiça. Para eles, a harmonia e regularidade do universo, concebida como kosmos (totalidade ordenada), se traduz na esfera humana em uma correlação de condutas, e a justiça (dikê) se caracteriza como uma relação de igualdade entre dois termos, como, por exemplo, uma injúria e sua reparação. Havendo um desequilíbrio no kosmos, é tarefa da justiça reintroduzi-lo. Esta ideia perpassa todo o pensamento grego, até sua mais completa e última formulação com Aristóteles, na Ética a Nicômaco, que identifica a justiça como uma "virtude completa" e social, um meio termo entre o muito e o pouco."

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. In Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, Valdir de Oliveira Rocha (coordenador). V. 15, São Paulo: Dialética, 2011, p. 150-159, p. 154.

Parece razoável concluir que só num primeiro olhar este tipo de ativismo está promovendo a justiça, pois, analisando mais detidamente a questão, o que se vê é a corrosão do próprio sentido geral de justiça, através do desprezo pela igualdade, pela segurança jurídica, pela democracia, pela separação dos poderes, e, finalmente, pelo Estado de Direito.

Por isso, a ideia a seguir semeada é a de que o Judiciário pode contribuir de outras formas para amenizar o problema da escassez, sobretudo debruçando-se diretamente sobre o orçamento público para verificar se, afinal, a decisão sobre a destinação dos recursos nele previstos obedece às prioridades fixadas pela Constituição.

### **3. PELAS REGRAS DO JOGO: O CONTROLE FORMAL E MATERIAL DA LEI ORÇAMENTÁRIA**

A doutrina mais autorizada, sem exageros, atribui ao orçamento o título de lei mais importante do país.<sup>31</sup> Com efeito, a “hora da verdade” do Estado Social de Direito está na forma como o Estado prioriza suas despesas e despense seus recursos financeiros em benefício dos seus cidadãos. A equalização de despesas e recursos públicos, traduzida em dotações orçamentárias, faz do orçamento público o principal instrumento de concretização de direitos fundamentais e um verdadeiro espelho das pretensões governamentais, na medida em que reflete as metas e prioridades a serem concretamente perseguidas pelo Estado.

Tamanha relevância se reflete no sistema constitucional brasileiro. É nítido o apreço do constituinte pátrio pela segurança jurídica em matéria orçamentária, a começar pela exigência de um processo legislativo para sua formalização. A atribuição de natureza legal ao orçamento público pressupõe sua estabilidade, resguarda a previsibilidade da atuação estatal e garante sua primazia no direcionamento dos atos concretos de efetivação do gasto público.<sup>32</sup>

A par disso, a Constituição Federal traçou, por meio de regras e princípios, inúmeras limitações formais e materiais à elaboração do orçamento, no claro intuito de diminuir a margem de decisão (liberalidade) do gestor público. Como reflexo imediato do Estado de Direito, essas decisões passam pela legalidade e por critérios fundamentais previamente definidos na Constituição. Prova disso é que, além da regulamentação do procedimento orçamentário em todos os aspectos – iniciativa de lei, controle, votação, restrições, emendas, prazos etc –, há normas que interferem no próprio conteúdo do orçamento, ao enunciarem, expressa ou implicitamente, prioridades estatais e imporem, aprioristicamente, investimentos mínimos em determinadas áreas.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Por todos, vide voto do Ministro Carlos Britto proferido na ADI 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21.08.2008.

<sup>32</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, nº 86, p. 128-152, maio/jun. 2009, p. 129.

<sup>33</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, nº 86, p. 128-152, maio/jun. 2009, p. 135.

Todo esse detalhamento deixa clara a importância de uma lei orçamentária, elaborada após longo e minucioso trâmite, representando as opções políticas do Estado. Assim, qualquer medida, administrativa ou judicial, tendente a modificá-la ou mesmo que simplesmente a ignore, constitui um ataque frontal ao projeto delineado pelo constituinte, bem como a toda lógica de gestão dos gastos públicos.

Em face das normas que impõem os fundamentos e objetivos fundamentais da República do Brasil, é de se indagar: será que a falta de atendimento a algumas necessidades da população se faz presente apenas através inércia ou omissão do Estado? Ou esta falta decorre de decisões políticas que contemplaram o atendimento de outras vontades estatais que, após juízo de ponderação, mereceram prioridade? Esta forma de ver o problema desloca o foco da *omissão estatal* para o campo da *ação estatal* – ação que deve ser correta, do ponto de vista das prioridades constitucionais. Surge, com isso, o problema de saber quem pode fazer o controle de correção.

### **3.1 Da Competência Constitucional do Poder Judiciário para o Controle**

É bem verdade que, não obstante o empenho constitucional em conferir segurança jurídica ao processo orçamentário, inúmeros desvios institucionais são constantemente verificados. Isso não justifica, entretanto, que se despreze o modelo constitucional orçamentário na tentativa de fazer justiça individual em detrimento da coletividade, como faz o Judiciário ao alocar recursos públicos para a satisfação de pretensões individuais.

Todas essas circunstâncias conduzem a uma análise profunda do processo de elaboração e do próprio conteúdo da lei orçamentária. As atenções devem se voltar, portanto, não à judicialização das políticas públicas, mas à possibilidade de correção judicial da lei orçamentária que se desvia das prioridades constitucionalmente fixadas.

Tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, percebe-se uma forte resistência ao controle jurisdicional em matéria orçamentária. Teme-se, basicamente, que o Poder Judiciário se “apodere” de atribuições que a Constituição reservou aos Poderes Executivo e Legislativo, numa nova versão de desprezo pela separação dos poderes.

O orçamento apresenta aspectos políticos e jurídicos. Ao mesmo tempo em que o planejamento governamental pauta-se em ideais eminentemente políticos, há condutas que não podem descuidar de critérios jurídicos impostos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais existentes. Esse duplo viés do orçamento público conduz à primeira reflexão: o constituinte, que poderia ter relegado a questão orçamentária ao âmbito puramente político, optou por regulá-la extensamente através da fixação de condições formais e materiais de validade. É a estabilidade dessas normas que garante uma unidade dos fins perseguidos, independentemente dos governantes que se alternem no poder a cada mandato – uma exigência verdadeiramente republicana. Deste modo, independentemente da política de governo atuante,

a Constituição exige (a) a alocação de recursos mínimos a determinadas áreas, (b) a observância de um rígido processo legislativo e, ainda, (c) ações orientadas à realização dos objetivos fundamentais da República e da ordem jurídica como um todo. Isso tudo exige, portanto, uma simetria entre o político e o jurídico – uma imposição que deve ser, de alguma forma, controlada.<sup>34 35</sup>

A Constituição poderia ter instituído um órgão de controle essencialmente político para fiscalizar a atuação orçamentária, mas não o fez. Não é este, exatamente, o caso do Tribunal de Contas: embora seja órgão autônomo e independente, ele atua como auxiliar do Congresso Nacional na tarefa de fiscalização do Poder Executivo. Como a gestão orçamentária é exercida em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo, por este ângulo, o controle a cargo do Tribunal de Contas é tão “interno” quanto aquele desempenhado pelas controladorias, ouvidorias e órgãos afins. Além disso, o modo de atuação do Tribunal de Contas na verificação de adequação entre a despesa efetivada e a despesa prevista, não abrange a verificação aqui proposta, de controle dos fins eleitos para serem atendidos através do dispêndio das verbas previstas no orçamento público.

Diga-se, ainda, que o constituinte poderia ter optado pela criação de um Tribunal Constitucional nos moldes dos sistemas europeus, notadamente o germânico, que tanta influência exerce sobre a doutrina brasileira. Também não foi o caso. A Constituição designou o Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, mas atribuiu-lhe diversas outras competências que vão além daquela das Cortes Constitucionais europeias.<sup>36</sup> A este respeito, lembra Ferreira Leite,

a falta do título “Tribunal Constitucional” não retira do STF os poderes presentes na maior parte dos tribunais constitucionais europeus. A diferença pode estar no plano meramente quantitativo, na ampla competência e na esfera de atribuições que a Constituição Federal deu ao STF. Mas o fato de o STF ter uma competência ampliada não implica qualquer restrição. É óbvio que existem outras diferenças e muitas complexidades teóricas e práticas nas distinções de um e outro modelo. No entanto, em nada mudariam o entendimento acima esposado.<sup>37</sup>

Como os parâmetros para a correção do orçamento advém da própria Constituição e o seu guardião é o STF, o silogismo é evidente: a ele compete

---

<sup>34</sup> LEITE, Harrison Ferreira. O Orçamento e a Possibilidade de Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, nº 70, p. 162-185, set./out. 2006, p. 170.

<sup>35</sup> LEITE, Laís Durval; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Controle Concentrado de Constitucionalidade da Lei Orçamentária e a Tutela dos Direitos Fundamentais à Saúde e à Educação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 198, p. 127-145, ago. 2011, p. 129.

<sup>36</sup> LEITE, Harrison Ferreira. O Orçamento e a Possibilidade de Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, nº 70, p. 162-185, set./out. 2006, p. 180.

<sup>37</sup> LEITE, Harrison Ferreira. O Orçamento e a Possibilidade de Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, nº 70, p. 162-185, set./out. 2006, p. 180.

o controle daquela exigência de simetria formal e material em face da matriz constitucional. Diante disso, a conclusão que pode ser inferida é que a constitucionalização do orçamento, em seus aspectos formais e materiais, faz com que a lei orçamentária se torne objeto de controle jurisdicional.

Nesse sentido, prossegue Ferreira Leite:

“Se quisesse expressamente retirar alguns temas da competência de julgamento do tribunal, restringindo a sua atuação, expressamente poderia fazer. Ou mais, se quisesse dar um tratamento diferenciado ao julgamento de normas orçamentárias, também poderia ter feito. Mas não. Colocou as normas orçamentárias (como deveria ser) no mesmo patamar de outras normas e deu a um determinado órgão o poder de afastar todas as normas incompatíveis com a Constituição.”<sup>38</sup>

A convergência de todos esses argumentos força o reconhecimento da atribuição constitucional ao Poder Judiciário, na figura do STF, para o controle jurisdicional da lei orçamentária. O passo seguinte será determinar o procedimento e os limites deste controle, para que também ele não desborde dos princípios fundamentais antes referidos, especialmente a separação dos poderes e a democracia. Mas, antes disso, é preciso vencer a resistência que a própria jurisprudência do STF demonstrou, inicialmente, em face do exame judicial do orçamento público.

### **3.2 Superação dos Obstáculos ao Controle Jurisdicional**

Há uma vetusta discussão acerca da natureza jurídica do orçamento público (lei formal de efeitos concretos ou lei material), considerada como um empecilho à verificação de sua compatibilidade com a Constituição. Argumenta-se que o orçamento, cuidando da destinação específica dos recursos públicos a finalidades concretas, não ostenta os atributos de generalidade, abstração e impessoalidade, que seriam característicos das leis em sentido material. Por isso, o orçamento é considerado uma lei apenas no sentido formal, já que se forma de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição e ingressa no mundo jurídico com a *forma* de lei.

Por conta dessas características, a jurisprudência tradicional do STF terminou conferindo uma espécie de blindagem ao conteúdo da lei orçamentária porque, ao interpretar o alcance do art. 102, inc. I, alínea “a”, da CF/88, terminou excluindo da sua abrangência os atos normativos de efeitos concretos. Segundo o dispositivo em tela,

[Art. 102.] compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

---

<sup>38</sup> LEITE, Harrison Ferreira. O Orçamento e a Possibilidade de Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, nº 70, p. 162-185, set./out. 2006, p. 183.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Na delimitação de “lei ou ato normativo federal e estadual”, houve por bem a Corte fixar o entendimento de que

*“a noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. (...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes.”<sup>39</sup> (grifos do original)*

Cumpra, antes de mais nada, contextualizar o precedente formado. Este supracitado data de 1995, mas se funda em precedentes que são ainda anteriores a este período. Há que lembrar que a CF/88, no art. 103, ampliou consideravelmente a legitimação ativa para a propositura de ação direta de constitucionalidade, antes atribuição exclusiva do Procurador Geral da República. O STF, diante disso, desenvolveu em seus julgados uma tendência em limitar as hipóteses de cabimento das ações diretas, seja firmando o requisito da pertinência temática para alguns dos legitimados ativos, seja restringindo o alcance da expressão “lei ou ato normativo”, dele excluindo tanto os atos de efeitos concretos, quanto os atos normativos secundários.

Contudo a regulamentação do processo de controle direto, que se deu em 1999 com a edição das Leis nº 9.868 e nº 9.882, alterou este quadro. Com efeito, a Lei nº 9.882, ao regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por um lado, reduziu o parâmetro de fiscalização às normas fundamentais da Constituição e sujeitou sua propositura ao requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º), porém, por outro lado, ampliou o objeto do controle concentrado ao referir o seu cabimento nas hipóteses de ameaça ou lesão a preceito constitucional fundamental resultante de “ato do Poder Público”. A expressão é abrangente o suficiente para referir “qualquer” ato do Poder Público, o que já incluiria a própria lei do orçamento, independentemente da natureza jurídica que se lhe venha a atribuir.

Além disso, há que registrar que todas as formas normativas previstas no art. 59 da CF/88 sujeitam-se à verificação de compatibilidade constitucional,

<sup>39</sup> ADI 1.372-MC/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 14.12.1995.

sem qualquer restrição constitucionalmente autorizada, tais como a necessidade de generalidade, abstração e impessoalidade. A exigência em relação a esses atributos deu-se por pura fixação jurisprudencial, porém, a própria jurisprudência do STF vem sendo revista neste particular, mesmo em sede de ADI. É o que se observa no julgamento da ADI nº 4048-MC, julgada em 2008, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que restou assim ementado:

“A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. (...) Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). *Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalte-se que não se vislumbra razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. (...) Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do STF não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. (...) A Corte não pode se furtrar à análise do tema posto nesta ação direta. Há uma questão constitucional, de negável relevância jurídica e política, que deve ser analisada a fundo.”<sup>40</sup> (grifou-se)*

Esta notável virada jurisprudencial exclui, de pronto, os obstáculos antes enfrentados para o exame judicial da lei do orçamento e com isso se abre um novo flanco para uma contribuição ativa do Poder Judiciário na efetivação dos

---

<sup>40</sup> ADI 4.048-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14.05.2008, Plenário, DJE de 22.08.2008. No mesmo sentido: RE 412.921-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.02.2011, Primeira Turma, DJE de 15.03.2011; ADI 4.049-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05.11.2008, Plenário, DJE de 08.05.2009. Em sentido contrário: ADI 1.1716, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19.12.1997, Plenário, DJ de 27.03.1998; ADI 1.372-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14.12.1995, Plenário, DJE de 03.04.2009.

direitos fundamentais – uma participação constitucionalmente autorizada e sem os efeitos colaterais nocivos aos princípios estruturais do Estado de Direito. É de se esperar, assim, que todo vigor daqueles que defendem a efetivação de “políticas públicas particulares”, através de decisões judiciais individuais alocativas de recursos públicos, seja empregado para amadurecer um controle “macro” das leis orçamentárias, e se concentre em fixar os limites deste controle, para que se mantenha dentro das linhas impostas pela separação de poderes, pelo princípio democrático e pelo postulado da igualdade.

Impõe-se agora investigar, ainda que em caráter sucinto, as formas de controle judicial sobre a lei orçamentária, seja no aspecto formal, seja no material.

### **a) Controle formal**

Na determinação daquilo que constitui o alvo do exame judicial, cumpre expor, ainda que brevemente, alguns detalhes do processo de elaboração orçamentária delineados no texto constitucional (arts. 165 a 169) e, em esfera infraconstitucional, na Lei nº 4.320/1964<sup>41</sup>.

A exposição do processo de elaboração do orçamento não precisa ser minudente para evidenciar que “o documento orçamentário, apresentado na forma de lei, caracteriza apenas um momento de um processo complexo marcado por etapas que foram cumpridas antes e por etapas que ainda deverão ser vencidas.”<sup>42</sup>

Por exigência constitucional, a atuação do Estado é pautada pela previsibilidade, coordenação e persecução de objetivos traçados por políticas de governo complexamente planejadas. A rigor, as decisões alocativas de recursos públicos são resultantes de um longo processo desenrolado entre os Poderes Legislativo e Executivo, e se prestam a concretizar as metas eleitas como prioritárias nas políticas do governo eleito.

A percepção de que o orçamento público constitui peça chave no planejamento governamental é fundamental para compreender o quão nocivas podem ser as interferências judiciais que, em nome de alcançar direitos abstratamente previstos em sede constitucional e não promovidos pelos Poderes responsáveis, acabam por desestruturar toda uma política de governo pensada com o fim de alcançar os objetivos também constitucionalmente previstos. O primeiro passo a ser dado em busca da delimitação do âmbito de atuação judicial sobre o orçamento público, então, é conhecer seu processo de elaboração e identificar vícios formais passíveis de correção. É o que se passa a fazer.

---

<sup>41</sup> Do ponto de vista formal, a Constituição Orçamentária também abrange as normas sobre o controle da execução orçamentária, insculpidas entre os artigos 70 e 75; o orçamento do Poder Judiciário, previsto no art. 99, bem como, a fiscalização orçamentária dos Municípios, traçada no art. 31. (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171).

<sup>42</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 177.

Em que pese o orçamento público pátrio seja composto por três instrumentos [o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) – todas de iniciativa do Chefe do Executivo], apenas o último será objeto de análise detida no presente estudo por ser aquele que espelha com maior concretude as intenções do governo e permite conhecer as dotações lançadas para cada programa a ser desenvolvido.

Em linhas gerais, importa saber que tais instrumentos são harmônicos entre si e sua elaboração obedece à seguinte lógica: o Plano Plurianual<sup>43</sup> define as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal por um período de quatro anos; a Lei de Diretrizes Orçamentárias<sup>44</sup> estabelece metas e prioridades para o exercício subsequente e orienta a elaboração do orçamento; a Lei Orçamentária Anual define quais metas e prioridades serão efetivamente implementadas naquele ano.

O processo legislativo orçamentário possui rito diferenciado das demais leis, a começar pela iniciativa que pertence privativamente ao Poder Executivo. Tal prerrogativa justifica-se, segundo a doutrina, pela suposição de que o Chefe do Executivo, por capitanear a administração geral do país, detém maior domínio sobre as conjunturas política, econômica e social, além de possuir órgãos melhor aparelhados do que outros Poderes para auxiliá-lo na tarefa de planejar as ações de governo.<sup>45</sup>

De fato, há órgãos ligados à Presidência da República especialmente criados para assessorar a elaboração do orçamento público. A tarefa que antigamente ficava a cargo de órgãos de finanças como o Ministério da Fazenda e Secretaria de Finanças, hoje é desempenhada pelo Ministério do Planejamento – Secretaria de Orçamento Federal.

Uma vez elaborado o projeto de lei, o Presidente deve enviá-lo para apreciação das duas Casas do Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, em tempo hábil para que o mesmo

---

<sup>43</sup> Seu projeto deverá ser enviado ao Congresso Nacional até 31 de agosto do primeiro ano do mandato presidencial.

<sup>44</sup> O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser encaminhado ao Congresso até 15 de abril de cada ano.

<sup>45</sup> Enquanto não for editada a Lei Complementar que, segundo o § 9º do art. 165 da Constituição Federal, deveria dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização das leis que compõem o orçamento nacional, a regulamentação da matéria segue os ditames do art. 35, § 2º do ADCT, *verbis*: “Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

seja devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.<sup>46</sup> 47 Deve-se registrar, porém e com pesar, que tais prazos têm sido sistematicamente descumpridos, conforme descrito adiante.

Perante o Congresso, a Constituição prevê que o projeto seja previamente analisado por uma Comissão mista de Deputados e Senadores (CMO: Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização), atualmente regulamentada pela Resolução nº 1/2006/CN, cuja função primordial é apreciar e emitir parecer sobre o projeto e as emendas apresentadas pelos parlamentares.<sup>48</sup> Para tanto, a Comissão realiza audiências públicas, faz estimativas de receita e despesas, fiscaliza as contas do Presidente, analisa em âmbito nacional, regional e setorial os planos e programas de governo para, enfim, emitir um “Parecer da Comissão Mista de Orçamento” que segue para votação do Plenário do Congresso.<sup>49</sup>

A Constituição (art. 166, § 1º, 2º e 3º) exige que a proposta orçamentária e as emendas aprovadas pela Comissão Mista sejam apreciadas em sessão conjunta das duas casas do Congresso Nacional. Sobreleva notar que o papel do Poder Legislativo foi significativamente ampliado na nova ordem constitucional. A participação do parlamento no processo de orçamentação, que no período ditatorial se limitava a mero juízo de confirmação do planejamento governamental elaborado pelo Poder Executivo, ampliou-se para integrar a possibilidade de intervenção concreta nas fases de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas eleitas pelo Estado.<sup>50</sup>

Dentre as inúmeras prerrogativas parlamentares instituídas pela Constituição de 1988, destaca-se aquela que mais diretamente interessa ao tema: o poder de emendar os projetos orçamentários. A regulamentação da proposição de emendas ao projeto de lei orçamentária tem esteio constitucional (artigos 63 e 166, § 3º), legal (art. 33 da Lei nº 4.320/1964), regimental (Resolução nº 1/2006-CN) e jurisprudencial.

---

<sup>46</sup> CF/88, Art. 166: “Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”. CF/88, ADCT, Art. 35, § 2º, III: “o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

<sup>47</sup> Após a remessa ao Congresso, o Presidente da República só poderá propor modificação do projeto caso não tenha iniciado a votação da parte cuja alteração é proposta, nos termos do art. 166, § 5º da CF.

<sup>48</sup> A CMO compõe-se de quarenta membros titulares, sendo trinta Deputados e dez Senadores, com igual número de suplentes e é constituída de quatro comitês permanentes, a saber: I - Comitê de Avaliação, Fiscalização e Controle da Execução Orçamentária; II - Comitê de Avaliação da Receita; III - Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Índícios de Irregularidades Graves; IV - Comitê de Exame da Admissibilidade de Emendas.

<sup>49</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34.

<sup>50</sup> SANCHES, Osvaldo Maldonado. A Participação do Poder Legislativo na Análise e Aprovação do Orçamento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1996, v. 131, p. 59-77, p. 60.

Em apertada síntese, as emendas: a) não podem gerar aumento de despesa prevista no projeto de lei; b) devem guardar pertinência lógica com a proposição original; c) devem ser compatíveis com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias; d) devem indicar os recursos a elas correspondentes a partir de anulação de outras despesas, com exceção daquelas referentes a dotações para pessoal, a serviço da dívida e a de transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal.<sup>51</sup> O detalhamento de regras “evidencia que o próprio constituinte tratou o assunto com muitos cuidados”.<sup>52</sup>

Com a aprovação do Poder Legislativo, a lei orçamentária é encaminhada ao Presidente da República para sanção ou veto, nos termos do art. 66 da CF. Em tese, o poder de veto confere ao Executivo a oportunidade de expressar ao Congresso insatisfações quanto a eventuais emendas ao projeto inicial.<sup>53</sup>

Uma vez sancionado, o projeto se converte na Lei Orçamentária Anual, peça chave da Administração Estatal, que, teoricamente, deve conter a programação de todas as dotações e respectivas receitas previstas para o exercício financeiro vindouro, a fim permitir o conhecimento de todas as opções de investimento do governo.

Caso modifiquem-se as prioridades ao longo do exercício ou surjam despesas não previstas na lei orçamentária anual, seja em razão da falta de dotação específica, seja em razão da sua insuficiência, há possibilidade de criação de créditos adicionais. Justamente por alterar os termos do orçamento inicialmente aprovado, a abertura de crédito adicional deve ser invocada somente para atender às hipóteses expressa e legalmente admitidas. O art. 41 da Lei 4.320/1964 define três tipos de créditos adicionais<sup>54</sup>:

Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em:

- I - suplementares, os destinados a refôrço (*sic*) de dotação orçamentária;
- II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica;
- III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

<sup>51</sup> ADI 1050 MC/SC, Min. Celso de Mello. DJ de 23.04.2004.

<sup>52</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 213.

<sup>53</sup> “Na prática, entretanto, a intensa negociação de bastidores – leia-se: troca de favores entre os Poderes – durante todo o trâmite de elaboração dos planos de governo aliada à tradicional (e equivocada) concepção de que o orçamento é mero instrumento autorizativo de despesas têm provocado a baixa incidência de vetos.” MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 64.

<sup>54</sup> “O crédito suplementar incorpora-se ao orçamento, adicionando-se à dotação orçamentária que deva reforçar, enquanto que os créditos especiais e extraordinários conservam sua especificidade, demonstrando-se as despesas realizadas à conta dos mesmos, separadamente.” *In*: Manual de Despesa Nacional. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/proap/coof/legislacao/ManualDespesaNacional.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2012.

Os créditos *extraordinários*, por referirem-se a situações urgentes e imprevisíveis, sujeitam-se a um tratamento diverso daquele despendido aos créditos suplementares e especiais.

Nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei 4.320/1964, os créditos *suplementares* e *especiais* podem ser abertos por decreto do poder Executivo, desde que haja (a) prévia autorização legislativa; (b) comprovação de recursos disponíveis para ocorrer a despesa; e (c) exposição justificativa. Especificamente em relação aos créditos suplementares, os artigos 7º da Lei nº 4.320/1964 e o art. 165, § 8º, da Constituição Federal, permitem que a Lei Orçamentária antecipe a autorização de sua abertura durante o exercício até determinado limite.

Por sua vez, o processo de abertura de créditos extraordinários tem se mostrado significativamente mais flexível do que aquele reservado aos outros dois créditos adicionais.

Cumpra registrar duas alterações pontuais promovidas pela Constituição de 1988 relativamente aos créditos extraordinários: (a) o instrumento jurídico adequado para instituir essa modalidade de crédito passou a ser a Medida Provisória, não mais o decreto executivo; (b) o rol de situações passíveis de ensejar a abertura de créditos extraordinários, considerado taxativo pela redação do art. 41, inc. III, da Lei nº 4.320/1964, passou a ser exemplificativo em razão do vocábulo “como” inserido no art. 167, § 3º da Constituição Federal:

A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, *como* as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. (grifou-se)

Como se pode perceber, há um longo e minucioso processo de elaboração da lei orçamentária, no intuito de que as diretrizes e prioridades do Estado sejam amplamente analisadas e discutidas pelos representantes do povo. Tudo isso com o objetivo primordial de fazer com que os recursos públicos sejam empregados de forma mais adequada, dentro das possibilidades orçamentárias. Esse fato não pode ser desprezado, ainda que distorções sejam vivenciadas em virtude do modelo brasileiro de se fazer política.

Desta forma, caso não observadas as formalidades legais e constitucionais do processo de elaboração da lei orçamentária, constitui função precípua do Poder Judiciário exercer um controle sobre tais atos. Em que pese a *aparente* obviedade, sobram exemplos em que o dinheiro público é mal empregado mediante absoluto desprezo pelas regras formais de elaboração do programa orçamentário, constituindo, portanto, campo propício para o controle judicial.

Cite-se, por exemplo, a realização de despesas sem a contrapartida de créditos orçamentários abertos em razão do descumprimento dos prazos procedimentais. Explica-se: com a redemocratização e a retomada da prerrogativa parlamentar de apresentar emendas, a tramitação do processo

orçamentário perante o Legislativo tornou-se mais complexa e demorada, de modo que os prazos para devolução do projeto para sanção têm sido sistematicamente descumpridos.<sup>55</sup>

Em regra, “os orçamentos têm sido aprovados durante o exercício financeiro a que se destinam, geralmente em janeiro e fevereiro”, de forma que o país já permaneceu “mais de cinco meses sem orçamento aprovado.”<sup>56</sup> A solução utilizada para legalizar a letargia no *iter* orçamentário foi a inclusão de um dispositivo na Lei de Diretrizes Orçamentárias prevendo a hipótese de atraso na votação do orçamento anual e autorizando o Executivo, nesses casos, a realizar certas despesas antes da aprovação do projeto.<sup>57</sup>

Outro problema frequente é a burla aos critérios de aprovação de emendas ao projeto de lei orçamentária anual. Muito embora o inc. II do § 3º do art. 166 da Constituição Federal exija que os recursos de emendas sejam provenientes de anulação de despesa, o Poder Legislativo tem flexibilizado a restrição através da indicação de recursos oriundos do redimensionamento de receitas previstas pelo Poder Executivo a título de *correção de erros ou omissões* (art. 166, III, alínea “a”).<sup>58</sup>

Ainda com relação às emendas, a inobservância dos critérios preconizados pelo art. 33 da Lei nº 4.320/1964 tem ocasionado a abertura de um sem número de créditos suplementares. A originalidade parlamentar empregada para angariar recursos que façam frente às suas emendas tem ocasionado reduções de custeio desarrazoadas em projetos do governo e, por via de consequência, tem ensejado “um grande volume de remanejamentos e de créditos adicionais quando da execução do orçamento.”<sup>59</sup>

Sem dúvida, o exemplo mais emblemático de desprezo às formalidades do processo orçamentário fica por conta dos requisitos para abertura de créditos extraordinários, cuja flexibilidade e deturpação têm lançado novas luzes sobre a polêmica discussão em torno do controle jurisdicional de leis orçamentárias. Além de não ter um pressuposto fático predeterminado – haja vista o caráter exemplificativo das hipóteses arroladas no art. 165, § 3º da CF/88 –, os créditos extraordinários são instituídos por Medida Provisória posteriormente apreciada pelo Congresso.

Na prática, porém, o mecanismo tem sido utilizado para custeio de despesas flagrantemente despidas de urgência e imprevisibilidade, conforme

---

<sup>55</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 210.

<sup>56</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 16.

<sup>57</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 210.

<sup>58</sup> SANCHES, Osvaldo Maldonado. A Atuação do Poder Legislativo no Orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1998, v. 138, p. 05-23, p. 09.

<sup>59</sup> SANCHES, Osvaldo Maldonado. A Atuação do Poder Legislativo no Orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1998, v. 138, p. 05-23, p. 22.

assentado pelo STF nos julgamentos das ADIs 4.048 e 4.049. Ademais, não é incomum abrirem-se créditos extraordinários a quatro meses do fim do exercício financeiro, “às vésperas, portanto, da elaboração de um novo projeto de lei orçamentária”, que passaria pelo aval do Poder Legislativo após sopesar a previsão de tais despesas em meio a outras tantas opções de investimento do Estado.<sup>60</sup>

Esse desvio dos requisitos para a abertura dos créditos extraordinários representa séria afronta ao devido processo orçamentário e aos princípios vetores de sua elaboração, fazendo prevalecer os investimentos de interesse do Poder Executivo em detrimento àqueles aprovados pelo Congresso Nacional.<sup>61</sup> Não por outra razão, desencadeou-se a mudança de rumo jurisprudencial, detectada no julgamento das referidas ADIs, que pode, ainda, ser aprofundada para permitir ao Poder Judiciário se manifestar para coibir abusos manifestos nas eleições dos fins a serem financiados pelo dinheiro público.

### **b) Controle Material**

A Constituição fixou finalidades públicas e objetivos que devem ser perseguidos pela República do Brasil, como é o caso da existência digna dos cidadãos (arts. 1º e 3º). Esta depende, em grande medida, da satisfação de direitos fundamentais do indivíduo – notadamente daqueles mais essenciais: educação, saúde, segurança, moradia, saneamento, renda mínima. De fato, os direitos e objetivos impostos pela Constituição já estão definidos, mas *como fazê-lo*, ainda “é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política”.<sup>62</sup> Logo, a implementação de direitos dessa natureza passa diretamente pelo orçamento público, mas este deve ser pautado pelas normas que a Constituição refere como sendo fundamentais. A intervenção judicial, neste particular, justifica-se para que o orçamento não se apresente completamente divorciado daquelas prioridades, ou seja, para garantir a exigência de “simetria” entre as escolhas no orçamento e as escolhas fundamentais da Constituição, coibindo o abuso de liberdade de conformação dos poderes políticos.

A eficácia mínima que pode ser atribuída a toda e qualquer norma constitucional é a vinculação dos Poderes Públicos, afinal, é da essência das constituições instituir os poderes estatais e coordenar suas ações através de normas orgânicas, procedimentais e de competência<sup>63</sup>. Por conta desta vinculação, os poderes devem operar orientados à realização dos valores constitucionais,

---

<sup>60</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71.

<sup>61</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71.

<sup>62</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br.>>. Acesso em 04 mar. 2013.

<sup>63</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.094-5.

impostos nas normas determinadoras de fins e tarefas do Estado<sup>64</sup>. Ainda que não cumpra ao Poder Judiciário determinar as escolhas do orçamento, certamente terá ele condições de determinar aos poderes responsáveis os devidos reparos para que atenda, de modo adequado e suficiente, às prioridades constitucionais que se traduzem, nas mais das vezes, na fundamentalidade dos direitos sociais e nas políticas públicas que os implementem.

Isso porque, além de verificar se o orçamento destinou o percentual mínimo (receitas vinculadas<sup>65</sup>) que a Constituição estabeleceu para o atendimento dos serviços mais essenciais, deve também o Judiciário avaliar distorções que impliquem a destinação de verbas de grande vulto para finalidades não essenciais, como é o caso de gastos governamentais com publicidade, shows artísticos, obras desnecessárias ou excessivamente ostensivas, ou grandes empréstimos financeiros a empresas privadas, apenas para exemplificar. Trata-se de *medidas corretivas* da ação (equivocada pelos parâmetros constitucionais) dos poderes Executivo e Legislativo, e não das discutíveis *medidas impositivas*, em face da omissão daqueles Poderes.

Nessa linha de entendimento, Alceu Mauricio Jr. observa que “a revisão das escolhas orçamentárias através do próprio orçamento não é um procedimento estranho aos tribunais”<sup>66</sup>, lembrando decisão do STJ que determinou a inclusão, no orçamento municipal do exercício seguinte, de verba própria e suficiente para o atendimento de programa de serviço de orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, lançado pelo Executivo local em seu programa de governo, mas que deixara de ser implementado por falta de verbas. Esta notável decisão, da lavra da Min. Eliana Calmon, restou assim ementada:<sup>67</sup>

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário,

---

<sup>64</sup> Idem, p. 1.097.

<sup>65</sup> E quanto a este tipo de verificação já foi firmado precedente do STF na ADI 2.925-8/DF, Tribunal Pleno, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, 11.12.2003: PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo.

<sup>66</sup> MAURICIO JR., Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. In Revista Dialogo Jurídico, nº 15, 2007, p. 25. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>.

<sup>67</sup> REsp 493.811/SP 2002/0169619-5, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, STJ, 2ª Turma, 10.11.2003.

autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. *Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.*

4. Recurso especial provido. (grifou-se)

Também cumpre reforçar o papel do Ministério Público na promoção de sanções políticas que passem pelo crivo do STF, como no caso das Representações de Inconstitucionalidade para fins de decretação de intervenção federal por ofensa a princípio sensível da Constituição (*in casu*, o art. 34, inc. VII, alínea “e”, c/c art. 36, inc. III, da CF/88), sempre possível quando se verifica que o investimento nos serviços essenciais de ensino e saúde estão aquém do mínimo constitucionalmente fixado.

Já no campo das ações diretas, viu-se que o precedente fixado na ADI 4.048-MC (Rel. Min. Gilmar Mendes) abre uma fresta para que distorções orçamentárias mais graves (assim consideradas aquelas que destinem, de modo desproporcional, mais recursos para finalidades não-essenciais do que aquelas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais essenciais) sejam submetidas à Corte através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A técnica de decisão nessas demandas, no entanto, é ponto a ser ainda desenvolvido, pois a Corte deveria adotar uma posição de *self-restraint*. Isso para evitar substituir-se na tarefa dos poderes políticos, mas podendo determinar que as dotações orçamentárias sejam remodeladas pelos poderes responsáveis em correspondência com as prioridades constitucionais. Algo semelhante com as decisões no campo das omissões inconstitucionais, em que a Corte reconhece a “execução insatisfatória ou imperfeita do dever constitucional de legislar (*omissão parcial*), seja porque o legislador editou norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador”.<sup>68</sup>

Toda a análise aqui empreendida serve apenas para demonstrar que este tipo de provimento judicial, a respeito da adequação do orçamento, canaliza algumas ideias básicas do direito constitucional moderno, fundado na supremacia e na força normativa da Constituição, na vinculação dos Poderes Públicos, assim como no reconhecimento de eficácias possíveis mesmo àqueles direitos fundamentais que ainda carecem de maior definição legislativa e dispêndio de verbas, como são os direitos sociais. O Judiciário, ao verificar o

---

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 634.

desvio das despesas previstas no orçamento em face dos objetivos constitucionais, tem o dever de defender as prioridades da Constituição e assegurar que elas produzam efeitos concretos nas escolhas orçamentárias. Esse controle manifesta nada mais do que uma atribuição constitucionalmente autorizada, e, ao contrário do ativismo concretista analisado na primeira parte deste estudo, não restringe, de modo algum, outros princípios fundamentais e estruturantes como são a separação dos poderes, a democracia, a segurança jurídica, a igualdade e a própria justiça.

## **CONCLUSÃO**

O ativismo judicial que concretiza pretensões individuais através da alocação de recursos, com subversão das dotações orçamentárias e da ordem de execução das políticas públicas de atendimento à saúde pelas vias convencionais, por um lado, satisfaz direitos fundamentais em caráter individual, mas por outro, restringe normas também fundamentais da Constituição. Demonstrou-se que, por mais nobres que sejam seus objetivos (proteção do indivíduo), tais decisões desprezam a separação dos poderes, a legitimação democrática dos poderes eleitos, a segurança jurídica, e, o que é pior, desigualam outros indivíduos que também carecem de proteção, em relação às mesmas necessidades.

Se este é um meio que instrumentaliza a consecução de um fim (efetivação dos direitos fundamentais) pelo Poder Judiciário, é um meio que não resistiria ao crivo da proporcionalidade. Isso porque a proporcionalidade, alçada entre nós ao nível de norma material da Constituição, exige que, numa relação entre meios e fins, os meios devem ser adequados (devem levar ao fim), necessários (diante da pluralidade de meios, deve-se utilizar aquele que menos restringe os bens protegidos pela Constituição) e proporcionais em sentido estrito (o meio empregado deve promover mais vantagens do que desvantagens do ponto de vista da unidade da Constituição).

Nesse aspecto, em brevíssima síntese, o ativismo concretista aqui estudado: (a) satisfaz um indivíduo mas prejudica outros, promovendo a justiça particular em detrimento da justiça geral (é, portanto, inadequado para realizar a justiça); (b) é um meio mais restritivo da Constituição como um todo, se comparado com o controle judicial do próprio orçamento, que densifica diversas normas constitucionais e também leva ao fim de promover a adequação das políticas públicas de satisfação dos direitos sociais (é, portanto, desnecessário); e, finalmente, (c) restringe mais do que promove a Constituição como um todo (de modo que é desproporcional, no sentido estrito).

Espera-se, pois, que o Judiciário concentre seus esforços no controle do conteúdo da lei do orçamento, lançando mão da prerrogativa, constitucional, de direcionar os outros Poderes da República na consecução do bem comum e da justiça social que, em nossa ordem, assumem a condição de objetivos fundamentais. Que jogue, portanto, segundo as regras do jogo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- AVILA, Ana Paula Oliveira. *O Postulado da Imparcialidade e a Independência do Magistrado no Civil Law*. In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, nº 31, out./dez. 2010, p. 147-172.
- AVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. In Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, Valdir de Oliveira Rocha (coordenador). V. 15, São Paulo: Dialética, 2011, p. 150-159.
- AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, nº 3:37, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In Revista de Direito Administrativo, nº 225, p. 5-37, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 04 mar. 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de Direito e Direitos Fundamentais: Homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Coord. Agassiz de Almeida Filho e Danielle da Rocha Cruz. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris, Éditions Dalloz, 10. ed., 1992.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *A Importância do Direito Ordinário Frente à Supremacia da Constituição*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS), v. IV, p. 7-38, 2006.
- GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, nº 86, p. 128-152, maio/jun. 2009.
- LEITE, Laís Durval; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Controle Concentrado de Constitucionalidade da Lei Orçamentária e a Tutela dos Direitos Fundamentais à Saúde e à Educação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 198, p. 127-145, ago. 2011.
- MAURICIO JR., Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. In Revista Dialogo Jurídico, nº 15, 2007, p. 25. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>.

- MENDES, Gilmar. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil - Devido Processo Orçamentário e Democracia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1937, p. 103-109. No mesmo sentido, SICHES, Luís Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1939.
- SANCHES, Osvaldo Maldonado. A Participação do Poder Legislativo na Análise e Aprovação do Orçamento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1996, v. 131, p. 59-77.
- SILVA, Almiro Régis do Couto. O Princípio da Segurança Jurídica (proteção da confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública anular seus próprios Atos Administrativos: O prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União. In *Revista do Direito Público*, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6, jul./set. 2004, p. 7-59.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1998.
- TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 211, p. 241-269, jan./mar. 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.