

A DEMOCRACIA EM PERIGO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL

Paulo Daniel da COSTA¹

Carlos Alberto ESTEVES²

INTRODUÇÃO

Todos os direitos reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos de um Estado têm uma razão social de existirem. O Direito é um fato social, uma ciência e um instrumento de regulamentação da vida social e como tal nasce de demandas oriundas da evolução histórica da sociedade e do próprio ser humano. Nessa evolução, valores e ideologias ganham e perdem aceitação pela sociedade, de forma que o Direito e o Estado devem estar preparados para reconhecer e levar a efeito essas mudanças³. O processo de evolução de um direito não é

¹ Cursando o 7º período de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa; Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico dos editais de 2010 e 2011.

² Cursando o 9º período de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa; Monitor-bolsista de Teoria Geral do Direito.

³ Deve-se ter em mente que, na sociedade contemporânea, essas mudanças na ordem jurídica e estatal devem sempre respeitar princípios e direitos fundamentais para o respeito à dignidade da pessoa humana.

linear; ele pode sofrer retrocessos em seu reconhecimento e efetivação como também mudar o seu curso.

O estudo desenvolvido neste trabalho consiste em uma proposta de análise do modelo brasileiro de execução orçamentária, com o objetivo de estabelecer quais são as possibilidades e os limites de efetividade dos direitos fundamentais no contexto jurídico e político brasileiro.

Tal proposta se insere num contexto político e jurídico de crise, em que a democracia e a separação dos poderes, nos moldes como são desenvolvidos, já não respondem aos anseios populares.

Na sociedade moderna, constata-se a importância das dotações orçamentárias e do desenvolvimento de políticas públicas a fim de promover, numa perspectiva individual e coletiva, a efetividade dos direitos fundamentais esculpida na Carta Constitucional. Se, por um lado, essas políticas governamentais estão ligadas à vontade política-legislativa de dotação orçamentária, por outro lado, dependem também da liberação desses gastos em sede de execução. Diante disso, destaca-se a imprescindibilidade do casamento entre construções jurídicas e econômicas para a construção de uma estratégia política de desenvolvimento social que seja marcada por traços de uma comunidade livre, igualitária e, por isso, justa.

Mas as dificuldades da efetividade dos direitos fundamentais, enquanto categoria normativa una e indivisível, começam na própria teoria do direito, quando se separa essas normas em diferentes dimensões de direito, distinguindo-as com base em critérios financeiros. O reflexo dessa linha de pensamento atinge os poderes políticos, nos quais se concretizará a desigualdade de tratamento no momento de escolhas dos investimentos públicos.

Neste sentido, necessário se mostra estudar o modelo de execução orçamentária brasileiro numa tentativa, quiçá frutífera, de enxergar as possibilidades e os limites de efetivação dos direitos fundamentais no sistema político orçamentário brasileiro.

1 - A POSITIVIDADE DOS DIREITOS E A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, uma nota terminológica. O termo "positividade" é usado neste trabalho não como referência ao binômio filosófico "direitos positivos e direitos naturais", mas, sim, como o agir do Estado, prestações materiais para implementação de alguma situação fático-jurídica.

As normas constitucionais podem ser classificadas em três categorias: normas constitucionais organizacionais, normas constitucionais programáticas e normas constitucionais definidoras de direito⁴. Esta última categoria caracteriza-se por definir os direitos fundamentais da pessoa humana, isto é, traça um círculo de direitos que protege os cidadãos perante o Poder Público (eficácia vertical) e também os protege perante os seus semelhantes (eficácia horizontal). Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva⁵, representando uma reserva de justiça entre as pessoas e o Poder Público.

Diversas são as classificações existentes para sistematizar os direitos fundamentais expressos na Constituição. A que ganhou destaque, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, foi a que divide os direitos fundamentais conforme a geração de custos para o Estado. Assim, dividem-se os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais, segundo um modelo proposto pelo professor gaúcho Ingo Sarlet⁶.

Os primeiros abarcariam o rol de direitos civis e políticos e caracterizam-se por exigirem uma abstenção do Poder Público para a sua plena eficácia. Em outras palavras, têm eles a finalidade precípua de manter fora da esfera de atuação do Poder Público determinadas posições subjetivas, "seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas⁷ ou pela não-eliminação de posições jurídicas"⁸. Desse modo, eles são identificados por apresentar um caráter eficaz negativo. Alega-se que os direitos de defesa não demandam prestações positivas do Estado, de modo que a efetividade destes não depende de previsão orça-

⁴ BARROSO, Luís Roberto de. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 104.

⁵ MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 14 mar 2012. p.1.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 270.

⁷ Situação subjetiva é, segundo Miguel Reale, a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito. São aqueles comportamentos que encontram respaldo ao modo de ser abstratamente descrito numa ou mais regras de Direito. *Vide*. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. p. 261.

⁸ MENDES, Gilmar. *Op.cit.* p. 2.

mentária. Grosseiramente, indisponibilidade de dinheiro público não é um problema para a eficácia dos direitos negativos.

Os segundos representariam os direitos sociais, econômicos e culturais e são identificados por precisarem de uma conduta ativa dos seus destinatários para que seu núcleo de sentido obtenha plena eficácia. Tais direitos podem ser realocados em duas subcategorias diferentes: os direitos a prestações em sentido amplo, que exigem – do Poder Público – uma prestação de natureza normativa (*normative Handlungen*); e os direitos a prestações em sentido estrito, que exigem uma prestação fática, material (*faktische positive Handlungen*) para serem plenamente realizados⁹. De modo geral, nesta última categoria encontram-se grande parte dos direitos sociais, aqueles de natureza prestacional, como o direito à educação, saúde, moradia, alimentação, segurança, ao trabalho digno, tendo como berço o artigo 6º da Constituição vigente.

Entretanto, tal classificação, com o devido respeito àqueles que a expõe, merece ser severamente criticada porque gera um posicionamento inconsciente que privilegia a implementação dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais, na medida em que aqueles, supostamente, não gerariam custos.

A visão de que os direitos civis têm caráter negativo remonta as suas origens revolucionárias francesas, pois a sua proteção foi uma conquista do Estado liberal frente ao Estado autoritário monárquico, quando se buscava a autonomia dos cidadãos e a participação mínima das instituições políticas na vida privada frente ao modelo de Estado interventor. Os direitos civis, nascidos desse contexto histórico-político, dividem o status de fundamentalidade com os direitos sociais, erigidos na segunda metade do século XIX em virtude do aprofundamento das precariedades sociais e desigualdades econômicas.

O modelo de distinção positivo-negativo entre as dimensões de direitos fundamentais prevaleceu no momento de elaboração e promulgação da Carta Constitucional de 1988. O reflexo mais importante dessa estrutura de pensamento nesse diploma normativo foi o estabelecimento do §1º do artigo 5º, que prescreve que os direitos e as garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O *caput* do artigo 5º é o dispositivo que arrola os direitos civis fundamentais. A inserção da regra da imediatidade submersa no *caput* do artigo 5º não é ocasional, pois se acreditava na desnecessidade de previsão orçamentária para proteção dos direitos civis e, por isso, so-

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 270.

mente eles poderiam ser aplicados imediatamente. Mais tarde, doutrina e jurisprudência reconheceram que a regra se estende aos direitos sociais, conclusão essa questionável sob a perspectiva financeira, pois, como se pretende demonstrar, todos os direitos geram custos e precisam de uma estrutura orçamentária para sua proteção.

Hodiernamente, busca-se desconstruir a diferenciação baseada nessa tipologia. O raciocínio é que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”¹⁰. Nesse quadro, se analisados os orçamentos estatais, verifica-se que os gastos com a proteção de direitos civis, especialmente a propriedade privada, superam, curiosamente, o montante despendido com a garantia de direitos de moradia.

Assim, em respeito à igualdade normativa e ontológica de ambas as dimensões de direitos, não faz sentido diferenciá-los por um elemento financeiro, pois gera mais desigualdade, afinal o nível de efetividade dos direitos civis é relativamente maior se comparado à efetividade dos direitos sociais.

Por isso, no atual estágio de estudo da teoria dos direitos fundamentais, reconhecer que todos os direitos geram custos é passo importante no cumprimento das promessas da modernidade traçadas à alçada constitucional. Superar a neutralidade financeira dos direitos civis e reconhecer a positividade de todos os direitos é medida que se impõe para uma análise equânime de ambas as dimensões, na perspectiva política e na jurídica. Talvez uma das maiores contribuições do direito financeiro à teoria do direito seja essa: direitos não nascem em árvores¹¹.

A proposta então é afastar a diferenciação classificatória que se baseia no critério financeiro, reconhecendo que todos os direitos geram custos, e estabelecer uma diferenciação meramente histórica. Nesse raciocínio, a disponibilidade material, levantada somente quando em pretensão a satisfação de direitos sociais, deve ser repensada, pois, visto a positividade de todos os direitos, é situação que desrespeita a equifundamentalidade dessas normas jurídicas. Manter a reserva do possível somente aos direitos sociais representa uma situação discriminatória injustificada e de cunho ideológico, porque não encontra ratificação científica e empírica.

¹⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2010. p.39.

¹¹ A frase é de autoria do professor Flávio Galdino. V. GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. pp. 139-223.

Visto que todos os direitos geram custos e que todos pressupõem uma estrutura orçamentária de custeio para implementá-los, analisar como tem caminhado a política orçamentária brasileira é imprescindível, não só para tomada de consciência cidadã e para controle da eficiência dos gastos governamentais, mas em respeito ao *status* de importância desses direitos na ordem constitucional brasileira.

2- PLANEJAMENTO DO ORÇAMENTO GERAL DA UNIÃO

O Orçamento Geral da União (OGU), disposto nas Leis Orçamentárias Anuais (LOA), compreende o Orçamento Fiscal, referente aos Poderes da União, seus órgãos e ministérios; a Seguridade Social, compreendendo todas as entidades e todos os órgãos vinculados à previdência, à saúde e à assistência; e pelo Orçamento de Investimentos das Empresas nas quais a União detenha maioria do capital social com direito a voto.

O processo de planejamento do Orçamento inicia-se com a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), cuja função é fixar parâmetros para a elaboração da proposta orçamentária, feita de maneira exclusiva pelo chefe do Executivo. Enviada a proposta às casas do Congresso Nacional, inicia-se a fase de discussão parlamentar acerca da distribuição dos recursos públicos para diversos órgãos, ministérios e entidades, intimamente relacionados com a execução das políticas públicas dos seus eixos de trabalho. Atribuir, por exemplo, determinada quantia para o Ministério da Educação, órgão vinculado ao Poder Executivo central, é também determinar a quantia que será empregada em cada programa, função, subfunção e unidade associados a esse órgão¹².

O processo de elaboração da Lei Orçamentária Anual é denso e, não raramente, surgem conflitos sobre as prioridades de investimento entre os parlamentares. Conforme estabelecido no texto constitucional, é vedado aos congressistas realizarem alterações no projeto presidencial que acarretem em aumento de gastos, salvo hipóteses excepcionais, que não se enquadram em matérias de debate político¹³. Terminada essa fase, segue o projeto de lei, já discutido e revisado, para sanção presidencial.

¹² V. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988. Artigos 165, § 5º, e 166.

¹³ V. Idem. *Ibidem*. Artigos 63 e 166, §3º.

Para fins metodológicos, optou-se por escolher alguns órgãos ministeriais a fim de verificar sua dotação orçamentária. Tal análise é importante na medida em que se faz necessário verificar a extensão da proteção dos direitos fundamentais pelos poderes políticos no exercício de suas funções e prerrogativas. Além disso, deve-se verificar se há um equilíbrio entre o que está sendo dotado na Lei Orçamentária e o montante que, de fato, tem sido liberado no momento da sua execução. Para tanto, selecionou-se alguns Ministérios, cujo trabalho se desenvolve na promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais, a fim de saber o montante financeiro destinado a esses órgãos para o financiamento e gestão de suas políticas públicas. São eles: Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Educação e Ministério da Saúde.

2.1. Ministério do Trabalho e Emprego

O Ministério do Trabalho e Emprego é um importante órgão vinculado ao Poder Executivo na implementação dos direitos sociais. Tem como função primordial a proteção das relações de trabalho em face de situações de exploração e hipossuficiência dos trabalhadores. Em 2008, a LOA destinou R\$ 38,115 bilhões ao Ministério. Em 2009, 42,032 bilhões de reais. E em 2010, cerca de R\$ 46,523 bilhões.

Primeiramente, vê-se que os recursos destinados à promoção do trabalho e do emprego são altos. São recorrentes as intervenções do Estado brasileiro nas relações de trabalho entre particulares, limitando a autonomia privada e a liberdade contratual em situações nas quais os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana possam ser desrespeitados. Esse entendimento, segundo o qual os direitos fundamentais apresentam eficácia horizontal, é aplicado majoritariamente nos tribunais brasileiros¹⁴.

Além disso, o legislador, em atenção a sua obrigação de prestação normativa (*normative Handlungen*), tece normas jurídicas que regulamentam essas relações trabalhistas, protegendo o trabalhador de explorações indevidas.

O Ministério do Trabalho e Emprego assume grandes responsabilidades nesse cenário. As principais políticas públicas nacionais

¹⁴ Ementa: REVISTA PASSADA EM REVISTA - SUPERACÃO DO IUS UTENDI ET ABUTENDI - INVASÃO E PREDOMÍNIO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-TRABALHISTA - COLISÃO E SOLUÇÃO - IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRT - MG. RO nº 00576/2008-102-03-00-7. Relator: Luis Otávio Linhares Renault. DJ: 16 de mar de 2009.

de proteção ao trabalho são administradas por esse órgão, como a "Rede de Proteção ao Trabalho", "Democratização das relações de trabalho", "Erradicação do Trabalho Infantil", "Economia Solidária em Desenvolvimento", "Erradicação do Trabalho Escravo", "Combate a Discriminação".

Entretanto, algumas considerações devem ser tecidas. Programas importantes que tem o fito de proteger crianças e adultos de explorações trabalhistas escravas não contam com grande financiamento. Os programas de Erradicação do Trabalho e Infantil e Erradicação do Trabalho Escravo, que atendem pessoas em situações de indignidade completa, juntos representam 0,036% do montante destinado a esse Ministério em 2010. Além disso, outros programas, como o "Segurança e Saúde no Trabalho", também não contam com grandes verbas, cerca de 0,13%. Esses programas, se bem implementados, teriam um papel importante na fiscalização e penalização de empregadores que não oferecem estrutura de segurança e proteção aos trabalhadores, o que reduziria os já vultuosos gastos para o Ministério da Previdência Social com auxílios-doença, auxílios-acidente, aposentadorias por invalidez, que, com frequência, advém de situações de más condições de trabalho.

2.2. Ministério da Saúde

O Ministério da Saúde é o órgão do Poder Executivo Central responsável pela criação e gestão de programas de políticas públicas que visem à proteção e implementação do direito fundamental à saúde. Nos últimos três anos obteve um aumento de recursos orçamentários na ordem de 23%. Contou, em 2010, com R\$ 66,703 bilhões, o que representa 3.77% do Orçamento Geral. É, hoje, o segundo Ministério que mais recebe recursos.

O direito à saúde é o direito fundamental social que mais gera discussões no universo jurídico, seja na seara jurisprudencial, seja no campo doutrinário Talvez por ser um dos Ministérios que mais gera despesas, os problemas envolvendo a saúde no Brasil são extremamente complexos, de modo que as discussões entre tributaristas, constitucionalistas, economistas, dentre tantos outros, sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário nessa questão não está perto de encerrar.

Um dos parâmetros mais defendidos sobre a atuação judicial em matéria de direitos sociais é a proteção do mínimo existencial, que não está acobertado pela cláusula de reserva do possível, por consti-

uir núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Auferir o que está acobertado pela proteção do mínimo existencial, principalmente em um país multicultural em que as necessidades sociais diferem dentro do próprio espaço geográfico, é um desafio à academia e à jurisprudência. Dentro da área da saúde, esse fato fica ainda mais claro quando se observa que doenças típicas de países subdesenvolvidos, como malária e doença de Chagas, já estão superadas na região Sudeste do país, mas ainda fazem muitas mortes na região Norte e Nordeste.

Destarte, as políticas públicas desenvolvidas na área da saúde variam no espaço brasileiro e dependem de outras variáveis, como mão de obra qualificada, o que torna difícil uma análise minimamente satisfatória da efetividade destas. Apesar de os recursos ao Ministério estarem aumentando gradualmente, os problemas relacionados à prestação de serviços à saúde no país são evidentes e conhecidos.

2.3. Ministério da Educação

O Ministério da Educação é o órgão vinculado ao Poder Executivo Central responsável pelo desenvolvimento dos serviços educacionais no país. Suas áreas de competência são política nacional da educação, educação infantil, educação em geral, compreendendo ensino fundamental, médio e superior, ensino de jovens e adultos, educação profissional, educação especial e educação à distância, além de pesquisa e extensão universitária.

Os gestores públicos têm, nas últimas décadas, prometido muito em matéria educacional. Nos últimos anos, os recursos destinados para a educação na Lei Orçamentária Anual aumentaram 62,3%, variando de R\$ 31 bilhões, em 2008, para R\$ 50 bilhões, em 2010. Foram criadas políticas afirmativas e assistencialistas no Ministério, de forma que as oportunidades têm crescido àqueles que antes não tinham acesso à escolaridade básica. Os investimentos públicos nas universidades federais também aumentaram consideravelmente. Nesse intervalo de três anos, os recursos para a educação básica triplicaram e as políticas voltadas para a promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos aumentaram dez vezes.

Entretanto, talvez de todos os desafios que o Brasil deverá enfrentar para seu desenvolvimento social, a melhoria da qualidade

educacional será o maior. Conforme publicação recente¹⁵, das metas quantitativas do Plano Nacional da Educação, no período de 2001 a 2008, somente 33% foram cumpridas. Das metas qualitativas, nada foi conseguido no mesmo período: as taxas de repetência e de evasão no ensino médio aumentaram de 21,7% para 27,7% e de 10% para 13,2%, respectivamente.

Vale lembrar, neste estágio, que os problemas envolvendo a efetivação dos direitos sociais vão além de simples disponibilização de recursos financeiros. Na verdade, a existência de dinheiro é um pressuposto para a implementação. Em sede de direitos sociais, especialmente o direito à educação, é preciso capacitação pedagógica de professores e diretores, incentivo à dedicação exclusivamente educacional aos professores, conscientização, acompanhamento e ajuda às famílias do educando e tantas outras atividades sem as quais os investimentos findam em si mesmos, isto é, não cumprem com sua função social.

2.4. Análise das opções de gastos feitas pelo Legislativo

O pensamento dominante na economia tem a Lei da escassez como um dos seus fundamentos epistemológicos. Se todos os bens fossem livres e abundantes, o problema fundamental da ciência econômica - quanto, como e para quem produzir - deixaria de existir. Os recursos escassos são os fatores de produção utilizados no processo produtivo de determinado bem ou serviço, destinados à satisfação das necessidades dos consumidores¹⁶.

Um dos principais fatores de produção é o capital, conjunto de bens e serviços necessários para a produção de outros bens e serviços: dinheiro, exemplo por excelência. Tendo em vista que todos os direitos custam dinheiro para sua efetivação, pode-se dizer que (i) os recursos públicos (fatores de produção) não são suficientes para implementação de todos os direitos; e, sendo assim, (ii) todo direito vive entre o limite da escassez e da preferência. "Escassez" aqui não deve ser entendida estritamente - ou seja, como ausência absoluta de fatores

¹⁵ SALLES, Rubens. Da educação que temos para a sociedade que queremos. *Le Monde Diplomatique Brasil*. São Paulo, n. 37, ago. 2010.

¹⁶ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia Arbitragem: escolha racional e geração de valor*. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 1, Jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

para a satisfação das necessidades de todos os cidadãos - mas em sentido técnico: é preciso alocar recursos escassos entre fins alternativos.

Além disso, a Lei da escassez, quando transportada para sua análise econômico-jurídica, não remete somente a recursos financeiros. A escassez, em uma visão macroeconômica, atinge mão de obra qualificada, tecnologias, recursos naturais, leitos de hospitais, vagas para o ensino, órgãos para transplante, e muito mais. A exiguidade desses fatores de produção, distribuídos desigualmente pelos países, é inerente ao cotidiano sociopolítico de cada Estado. Dessa forma, a escassez aparece como uma realidade intrínseca aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas¹⁷, especialmente quando se lida com administração de políticas públicas de direitos sociais, pois a carência envolve, como visto, fatores financeiros e fatores não orçamentários, como mão de obra qualificada, professores capacitados, equipamentos e tecnologias especializadas.

Não obstante, pelo fato dos recursos serem escassos e não satisfazerem todas as necessidades sociais, a escassez exige que o Estado faça escolhas de investimentos, decisões alocativas, o que pressupõe preferências, mas, também, pressupõe preteridos¹⁸. A escassez submete o Estado a seu jugo, em que a escolha por um bem ou serviço, pretere a proteção de outro bem ou serviço¹⁹. São escolhas disjuntivas e escolhas trágicas, noção de *trade-off*, como chamariam os estadunidenses.

Ao escolher, por exemplo, investir em política pública de melhoria da qualidade das rodovias do país, os recursos para investimentos em políticas públicas habitacionais, educacionais, culturais, de saúde, dentre outras opções, serão menores. Assim sendo, a economia, enquanto Ciência, não faz considerações éticas ou morais acerca das preferências de investimento feitas pelo Estado e, logo, não determina quais são as alocações que devem ou não ser efetuadas. Cabem

¹⁷ AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 95.

¹⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 4, Jul-Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rldgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2012.

¹⁹ Em consonância, pode-se ler: "Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora." SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 556.

às demais ciências humanas, ao Direito (em consonância com a ideia dos círculos secantes de Miguel Reale²⁰), à Sociologia, à Política, estudar e fazer essas considerações.

Por trás de toda escolha política, é indubitável: há uma fundamentação de ordem ideológica. Para se fazer uma escolha alocativa, que investe em um fim em detrimento de outro, os valores e as intencionalidades políticas dos legisladores e administradores deixam-se revelar. O papel dos legisladores, ao autorizar os planejamentos orçamentários, e dos administradores, ao executá-los, demonstra o rumo que estes querem dar ao país. À população cabe não só conhecer o trabalho que está sendo efetivado pelos seus representantes, mas também intervir na composição desses Poderes de maneira consciente quanto aos trabalhos que serão desenvolvidos pelos seus eleitos.

Pois bem. Ao analisar o Orçamento Geral da União dos últimos três anos, observa-se que, de certo modo, os legisladores têm se preocupado em destinar mais recursos para o desenvolvimento e a efetivação das políticas públicas que envolvem direitos sociais. Os investimentos em saúde e educação, talvez as necessidades que mais representem a situação de subdesenvolvimento do país, estão aumentando gradualmente, o que pode significar, vale reiterar, uma preocupação dos legisladores em corrigir tais situações de hipossuficiência.

Apesar disso, muito mais poderia estar sendo investido, mas não é. Os três ministérios analisados representam, juntamente com o Ministério da Justiça e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 12,04% do Orçamento Geral da União. Isto é, os órgãos do Poder Executivo, intimamente ligados à satisfação das condições materiais mínimas de existência e dos pressupostos para se viver com liberdade e autonomia, recebem uma pequena parte no montante total, tendo em vista que cerca de 50% são direcionados, sem cortes - ressalta-se -, para o pagamento de juros da dívida e encargos financeiros da União. Resta analisar o papel do Executivo em dar execução a esse planejamento de gastos.

Não se deve pensar, nesse passo, que os representantes do povo têm discricionariedade absoluta para decidir "com o que" e "como" gastar. O constituinte originário traçou limites formais e materiais para delinear o momento de escolhas de investimento, feitas eminentemente pelos legisladores²¹. Ainda assim, o grau de discri-

²⁰ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 42.

²¹ São duas categorias de limites constitucionais ao Legislador no que tange a escolha das despesas públicas: (i) limites formais, representados pelas regras que demarcam percentuais a serem seguidos pelo Legislador para que determinado direito seja pro-

cionariedade é ainda muito alto e parâmetros racionais de escolhas de prioridades orçamentárias, que respeitem os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, muitas vezes não são aplicados.

O que se deve estimular é um debate sobre as prioridades de investimento no país. Como as necessidades são sempre maiores do que as possibilidades, por trás de toda escolha há uma matéria privilegiada e outra preterida. A consciência desse raciocínio econômico é importante na medida em que contribui para o processo de desconstrução do mito de que somente os direitos sociais geram custos para o Estado, enquanto que os direitos civis estariam sob uma margem de neutralidade financeira. É preciso dar esse passo à frente, consagrando a isonomia entre as dimensões de direitos fundamentais. Conjuntamente, deve-se estimular a atividade cívica popular para que haja um processo de discussão sobre prioridades orçamentárias, retirando das instituições legislativas a exclusividade da deliberação.

Além disso, a simples previsão na Lei Orçamentária Anual não vincula o Poder Executivo central a dar execução ao planejamento. O atual sistema brasileiro confere ampla flexibilidade na execução orçamentária, o que tem permitido inúmeros cortes pelo chefe do executivo, principalmente nas políticas públicas envolvendo estrutura habitacional básica, cultura e meio ambiente, sem nenhuma justificativa. Tratar-se-á dessa questão no próximo tópico.

3. A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO E A DISCRICIONARIEDADE DO CONTINGENCIAMENTO: O MODELO E SEU CONTROLE INTERNO

Concluída e sancionada a Lei Orçamentária Anual, pode se questionar se a função do Legislativo em matéria orçamentária termina, ou se tal Poder tem a prerrogativa de fiscalizar e controlar a execução do planejamento. A Constituição no artigo 70 estabelece como função do Congresso Nacional promover a "fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial", na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira²².

O controle interno de execução do orçamento recebe pouca atenção constitucional, legal e doutrinária, de modo que, na ausência

tegado (v.g. artigo 60, 77 e 212); e (ii) limites materiais, representados pelos princípios e valores fundamentais protetores da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político e da democracia.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 175

de um procedimento delineado, não se tem fiscalizado a execução do orçamento. Não obstante esse quadro, o orçamento no Brasil tem um caráter meramente autorizativo, isso porque a sua execução fica a critério de juízos de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, podendo este liberar todo o recurso previsto para determinada atividade bem como não executar nada. O orçamento autorizativo atribui ao Executivo a faculdade de não fazer nada²³.

Por outro lado, importante destacar que o administrador não pode aplicar o dinheiro não gasto em outras atividades sem que haja aprovação formal do Legislativo nesse sentido. O sistema jurídico reconhece a possibilidade de imprevistos ocorrerem durante a gestão anual, o que pode acarretar a necessidade de realizar gastos não autorizados na Lei Orçamentária ou de se complementar os recursos ali autorizados. Os mecanismos retificadores são conhecidos como créditos adicionais. Ainda assim, a Lei Orçamentária desempenha um papel relevante, servindo como limite máximo e pré-condição para os gastos²⁴.

Acontece que, diante dessa matemática legislativa, os congressistas têm representado um papel meramente decorativo quando aprovam o orçamento. Contingenciando dotações e retendo liberações financeiras a seu bem querer e sem mesmo expor as razões motivadoras, o Executivo direciona os gastos públicos conforme sua visão das necessidades sociais do país²⁵. À primeira vista, é difícil imaginar que o Executivo não liberaria os recursos para determinadas áreas, pois poderia comprometer sua situação política com as pessoas atingidas pelo corte. Entretanto, como se pretende demonstrar, isso tem ocorrido com certa frequência. Em um país em que as precariedades são infinitas e os recursos são finitos, regulares alterações orçamentárias simbolizam, na maioria das vezes, o descaso e a indiferença do gestor com o equilíbrio entre os poderes.

Com a participação quase nula do Judiciário em matéria orçamentária e a não fiscalização do Legislativo na gestão pública, muitas decisões políticas majoritárias relacionadas à implementação de direi-

²³ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.* p. 232.

²⁴ Idem. *Ibidem*. p. 234.

²⁵ PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento autorizativo X orçamento impositivo. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. Brasília, Set 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 abr 2012.

tos sociais são preteridas e não executadas, ano após ano²⁶. A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 04 de Maio de 2000, fixa em seu artigo 8º que, em até trinta dias depois de aprovado o orçamento, o Poder Executivo deve traçar sua programação financeira e o cronograma mensal de desembolso. É principalmente nesse momento que os cortes e as alterações são anunciados. Mas isso não impede, também, que novas alterações sejam feitas no decorrer do ano. A tabela abaixo demonstra a execução do Orçamento Geral da União (OGU) no ano de 2010. Os dados foram obtidos da análise da execução orçamentária de 2010, contido na LOA de 2012, em comparação com a LOA de 2010.

Tabela 1 - Análise da execução orçamentária do OGU de 2010²⁷

Estrutura/Programa	LOA 2010	Execução 2010	Variação (%)
Presidência Da República	7.351.078.834	7.744.495.704	105,351824
Secretaria Especial Dos Direitos Humanos	226.617.584	177.115.187	78,155977
Secretaria Especial De Políticas Para As Mulheres	88.312.429	75.849.029	85,887150
Fundo Nacional Para A Criança E O Adolescente - FNCA	47.261.000	29.562.126	62,550783

²⁶ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.* p. 232.

²⁷ A tabela foi feita com dados colhidos por este autor. Mas a sistemática de organização é de Eduardo Mendonça. V. Idem, *Ibidem*.

Ministério Da Ciência E Tecnologia	7.603.638.170	7.462.664.132	98,145965
Fundo Nacional De Desenvolvimento Científico E Tecnológico	2.751.103.740	2.699.127.213	98,110702
Ministério Da Justiça	10.057.742.321	9.750.482.076	96,945037
Departamento De Polícia Rodoviária Federal	2.244.826.071	2.455.601.277	109,389378
Departamento De Polícia Federal	3.987.508.712	4.067.810.699	102,013838
Defensoria Pública Da União	171.162.157	186.116.884	108,737169
Fundo De Defesa De Direitos Difusos	33.376.258	7.955.385	23,835461
Fundo Penitenciário Nacional	254.580.305	90.439.164	35,524807

Fundo Nacional De Segurança Pública	436.015.526	207.293.349	47,542653
Ministério Da Previdência Social	258.408.698.130	267.565.847.733	103,543669
Instituto Nacional Do Seguro Social	10.435.224.712	12.416.465.182	118,986083
Fundo Do Regime Geral De Previdência Social	247.632.326.803	254.819.860.904	102,902502
Departamento Nacional De Infra-Estrutura De Transportes - DNIT	11.210.167.875	12.687.152.110	113,175398
Ministério Da Cultura	2.232.085.302	1.497.314.209	67,081406
Fundo Nacional De Cultura	900.168.255	470.311.056	52,247016
Ministério Do Meio Ambiente	3.521.708.469	1.967.644.754	55,871880

Fundo Nacional De Meio Ambiente - FNMA	15.079.442	5.218.871	34,609178
Ministério Do Desenvolvimento Social E Combate à Fome	38.926.287.018	39.410.556.003	101,244066
Fundo Nacional De Assistência Social	24.004.001.722	24.137.570.963	100,556445
Ministério da Saúde	66.703.266.347	67.327.785.773	100,936265
Fundo Nacional De Saúde	58.886.049.141	59.467.726.961	100,987802
Saneamento Básico Urbano	996.004.506	860.661.428	86,411399
Gestão da Política de Saúde	612.115.485	490.553.681	80,140707
Ministério da Educação	50.903.730.817	54.214.414.179	106,503812
Fundo Nacional De Desenvolvimento Da Educação	15.814.058.949	18.120.991.511	114,587858

Ensino Fundamental	974.408.016	1.003.244.875	102,959423
Ensino Superior	15.431.008.111	16.508.638.522	106,983538
Ministério Das Cidades	15.361.731.974	13.141.189.678	85,544974
Fundo Nacional De Habitação De Interesse Social - FNHIS	721.331.095	175.457.223	24,324089
Saneamento ambiental urbano	2.138.693.545	1.744.079.849	81,548843
Reabilitação de áreas urbanas centrais	19.508.463	278.713	1,428677

Os dados demonstram a tamanha discricionariedade do Executivo para gerir o orçamento público e como esse Poder tem agido negativamente na liberação de recursos para o suprimento dos gastos. O orçamento brasileiro é marcado pelas recorrentes alterações orçamentárias, prejudicando o planejamento aprovado pelos congressistas após meses de discussões. Por ora, melhores análises merecem ser realizadas.

Primeiramente, as observações quanto aos cortes orçamentários. As grandes cifras monetárias destinadas aos programas e às políticas públicas não podem ocasionar uma perda de referencial no leitor. Por exemplo, o corte de 2,2 bilhões de reais para o Ministério das Cidades pode representar pequena quantia frente aos 13 bilhões de reais executados pela Administração Pública. Não se pode esquecer, entretanto, que essa quantia não executada ainda sim poderia representar um diferencial muito grande para os investimentos na política

nacional de planejamento municipal. E mais. Deve-se atentar à política pública de reabilitação de áreas urbanas centrais, de relevância inquestionável, que não obteve seus planejamentos em quase nada executados. Isso sem nenhuma justificativa do Executivo.

Sendo assim, os índices de execução não devem ser analisados isoladamente²⁸. Uma execução de 86% do montante previsto pelo Legislativo pode parecer boa, mas questiona-se acerca dos 14% não investidos e os efeitos macro sociais que essa verba não liberada poderia representar.

Não obstante, deve-se ter em mente que o Executivo tem poderes políticos, assim como o Legislativo, para fazer opções de investimentos. As opções de cortes feitas pelo Executivo são eminentemente políticas e podem ter sido motivadas por diversos outros fatores, como controle do superávit primário, controle dos juros sobre a dívida e da inflação monetária, surgimento de outras necessidades mais urgentes. A crítica, portanto, não recai especificamente sobre os cortes, isto é, que eles não devem ser realizados sob nenhuma hipótese. A crítica reside na discricionariedade que o Executivo tem, sendo ele capaz de ignorar completamente as previsões do Legislativo sem ao menos ser preciso indicar os motivos para tanto.

Da análise dos cortes, verifica-se que os contingenciamentos atingem áreas carentes na sociedade brasileira, áreas essas abrangidas no âmbito de proteção normativa dos direitos sociais, econômicos e culturais e que foram consideradas importantes pelo Congresso Nacional na distribuição dos recursos, enquanto que os programas direcionados à satisfação dos direitos individuais e políticos são pouco afetados pelos contingenciamentos²⁹. O Executivo tem tomado decisões

²⁸ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.* p. 240.

²⁹ Nos quatro primeiros meses de 2011, uma análise da execução orçamentária levada a efeito pela Presidenta demonstra que o Ministério dos Transportes é o que mais recebeu investimentos até então, contando com uma liberação na ordem de R\$ 3,8 bilhões, enquanto que saúde e educação, se somados os recursos liberados, não chegam a R\$ 2,8 bilhões. O resultado da execução do primeiro semestre demonstra séria situação de desrespeito à LOA. As atividades que já efetuaram pagamentos contam com execução de menos de 10% do estipulado na lei. Um dado mais agravante: cerca de 957 atividades que tiveram dotações não receberam nenhum pagamento no primeiro semestre. Nesse rol, incluem-se importantes políticas do governo em Educação e Saúde, como o ProInfância e os programas de construção de Unidades Básicas de Saúde e Unidades de Pronto Atendimento. *Vide.* <http://www.9senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado>.

que, muitas vezes, se sustentam sob o ponto de vista político, mas não se justificam sob o ponto de vista econômico e social³⁰.

Os maiores cortes concentram-se no Fundo Penitenciário Nacional, Fundo Nacional de Cultura, Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, Fundo Nacional de Habitação e Saneamento ambiental urbano. São indiscutíveis e, não raras vezes, notórias as precariedades relacionadas à falta de efetividade dos direitos à moradia, ao acesso à justiça, à cultura e às condições dignas nas penitenciárias e, ainda assim, são os primeiros alvos de cortes do Executivo.

Ademais, importante fazer uma análise sobre os créditos adicionais orçamentários. Os créditos adicionais podem ser visualizados naqueles programas orçamentários que tiveram execução cuja variação superou os 100%³¹. Dispõe a Lei 4.320, de 17 de Março de 1964, em seu artigo 40, que são créditos adicionais as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Representam, em outras palavras, alterações orçamentárias, solicitadas pelo Executivo às casas Legislativas, para promover gastos além do previsto para determinado programa/unidade. A execução de grandes quantias fracionárias em programas ou políticas públicas orçamentárias, para além daquelas autorizadas inicialmente no planejamento anual, pode simbolizar, ao primeiro olhar, desenvolvimento socioeconômico e organização financeira do governo. Todavia, isso é um dos principais sinais da atrofia do Legislativo, característica do sistema político nacional.

O Executivo não só tem a conveniência e a oportunidade de não seguir o planejamento autorizado pelo Legislativo, liberando menos capital, como tem a possibilidade de redistribuir esses recursos conforme particular plano de gestão. Essa redistribuição, diferente do contingenciamento, não é feita de maneira discricionária: serão abertos créditos adicionais por meio de decreto executivo, que deverá conter a justificativa para a alteração, e submetidos à autorização por meio de lei aprovada pelo Legislativo.

³⁰ Não são poucos os economistas e cientistas políticos que estão tecendo críticas acerca da atuação do Executivo nos cortes realizados. Miriam Leitão comenta (atenção para o título da reportagem): "É uma decisão estapafúrdia, porque vai reduzir a arrecadação de um imposto que tem um fim importante: investimento em infraestrutura e transportes. Não faz sentido essa mágica que o governo vai fazer. Pode ser explicada pela política, não pela economia". LEITÃO, Miriam. Governo vai tirar dinheiro da infraestrutura para subsidiar gasolina. *O Globo*. Abr 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2011/04/15/governo-vai-tirar-dinheiro-de-infraestrutura-para-subsidiar-gasolina-374991.asp>>. Acesso em: 15 abr 2011.

³¹ V. Tabela 1.

Todavia, estudos recentes demonstram que o Executivo detém o poder de agenda político-institucional brasileiro, entendendo-se por "agenda" a capacidade de determinar não só as propostas que serão analisadas pelo Congresso, mas também quando o serão³². Esse quadro funciona na relação de variáveis diretamente proporcionais: quanto maior a concentração de poder de agenda sob as instituições executivas, maior a probabilidade de haver influência dessas instituições sobre os trabalhos legislativos. Como aponta Figueiredo e Limongi³³, tal processo induz os parlamentares a cooperar com as propostas presidenciais, o que prejudica o equilíbrio e a autonomia entre os Poderes e suas respectivas funções.

Para corroborar esse raciocínio, vale mencionar que, das leis aprovadas no período pós-Constituinte, 85,2% foram propostas pelo Executivo, sendo que a probabilidade de uma proposta presidencial ser recusada é de 0,026%³⁴.

Assim, resta demonstrado que o jogo político-orçamentário brasileiro tem sido protagonizado pelo Executivo, pois é ele quem tem atuação de destaque na elaboração, na execução e na alteração do plano financeiro anual. Considerando que todos os direitos dependem de uma estrutura de custeio para alcançarem plena efetividade, o fato de as escolhas financeiras estarem concentradas sob as escolhas de apenas um Poder reflete uma situação de desequilíbrio político e de perigo ao regime democrático.

4. CONTROLE ORÇAMENTÁRIO, DEMOCRACIA E EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

Frente a essa situação, questiona-se se há alguma forma de controle ou fiscalização que possam ser exercidos não só pelos Poderes da União, mas também pela população.

A Constituição brasileira, a despeito dessa realidade orçamentária, estabelece mecanismos de controle interno e externo das atividades desenvolvidas pela Administração Pública Federal. A matéria é regulada nas funções do Poder Legislativo e foi denominada pelos constituintes de *Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*. O arti-

³² FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV. 1999. p. 22.

³³ Idem. *Ibidem*. p. 26.

³⁴ Idem. *Ibidem*. p. 24.

go 7435 é claro ao demarcar que cabe não só aos órgãos da Administração Pública fiscalizar as atividades financeiras e orçamentárias da União, como também cabe tal controle ao Legislativo, ao Judiciário e a todo e qualquer cidadão, partido político, sindicato ou associação.

Cabe, assim, perquirir se esse "sistema de controle interno", de que fala o *caput* do artigo em análise, é (i) um sistema que deve ser criado e regulamentado pelo Legislativo, assim como é o Tribunal de Contas da União no controle externo da Administração Pública, ou se é (ii) um sistema que não precisa de regulamentação, de forma que o controle já está pronto para ser exercido nos moldes estabelecidos pelo artigo. Se for o caso da primeira alternativa, ainda há que se falar se essa regulamentação já existe.

Em outros termos, está a se discutir se o artigo 74 da Carta Maior brasileira é uma norma constitucional de eficácia limitada ou se é uma norma de eficácia plena.

A resposta para esse questionamento é muito importante, pois se esse "sistema" não estiver regulamentado, sendo o artigo 74 uma norma constitucional de eficácia limitada, a falta de fiscalização estaria relacionada à falta de regulamentação, o que sem dúvida, nessa situação, poderia ensejar a mora inconstitucional do Legislador. Por outro lado, se o artigo for de eficácia plena, o controle interno não estaria sendo realizado por falta de aparelhamento normativo, e sim por falta de vontade política, o que ainda provocaria uma omissão inconstitucional dos Poderes, haja vista que o artigo não demarca uma faculdade, mas sim uma obrigação, sob pena de responsabilidade civil solidária.

A doutrina não estabeleceu resposta para essa questão deveras importante e, de certo, nem se atentou para ela. Em pesquisa realiza-

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. (grifo do autor).

da viu-se que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ indica algumas leis que estabelecem normas gerais para o controle interno da Administração Pública, como a Lei n. 4.320, de 17 de Março de 1964, que contém normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços; a Lei Complementar n. 101, de 04 de Maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal; e a Lei n. 10.180, de 06 de Fevereiro de 2001, que organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

A conclusão a que se chega é pela falta de vontade política dos agentes públicos em promover esse controle interno. Se por um lado há carência de legislação que regulamente, por meio de normas gerais e especiais, os mecanismos jurídicos e políticos de controle da gestão orçamentária, por outro lado não se pode dizer que não há meios nem instrumentos para a promoção eficaz desse controle.

A par da existência dessas leis, fato é que o controle interno da Administração Pública, especialmente no que diz respeito à execução do orçamento, não tem sido levado a efeito pelos Poderes. Tanto é assim que uma execução de quase zero por cento e cortes orçamentários de mais de setenta por cento do planejamento legislativo não podem ser consideradas ações acobertadas pela legalidade, nem pela juridicidade e, outrossim, são ações que não conquistam eficiência na gestão do dinheiro público. O que se vive hoje no Brasil é verdadeira situação de inconstitucionalidade na gestão orçamentária, agravada pela ausência de controle interno da execução desse orçamento.

Como se vem afirmando ao longo deste trabalho, essas ações e omissões flagrantemente inconstitucionais têm prejudicado a concretização do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, especialmente no que toca ao seu núcleo de sentido, e, assim, têm obstado a conquista da efetividade dos direitos sociais, que são os primeiros alvos de cortes pelo Executivo.

A falta desse controle interno tem enfraquecido um dos papéis do direito constitucional que é a consagração da democracia como forma ideal de prática política. A crise do Estado Democrático de Direito brasileiro tem como principais fatores a falta de representatividade dos agentes políticos, a burocratização excessiva da Administração Pública, impedindo acesso e controle dos cidadãos comuns sobre as

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 929.

atividades públicas por falta de conhecimento técnico, e a concepção de democracia e de cidadania reduzida aos processos eleitorais de formação de governos³⁷.

Como afirma Anna Maria Campos³⁸, a falta de controle interno efetivo por parte dos agentes estatais e a ausência de penalidade pelo descumprimento dessas obrigações tem enfraquecido o ideal democrático do governo pelo povo, porque expõe os cidadãos aos perigos da burocracia.

Além disso, o controle interno, embora importante, não basta para que os serviços públicos³⁹ sejam oferecidos conforme as necessidades populares. Ele não garante que o Poder será exercido para o bem do povo e conforme as necessidades e prioridades deste. É necessário um tipo de controle que vai além dos mecanismos estatais de fiscalização de legalidade e juridicidade: o controle social.

A ideia de controle social é considerada um conteúdo mínimo nas teorias acerca de democracia⁴⁰. Pode ser definido como a possibilidade de o povo exercer algum tipo de controle e fiscalização não jurídica sobre a atuação dos agentes políticos. São formas de controle social: manifestações, passeatas, protestos ou outras maneiras de desobediência civil, normalmente organizadas por movimentos sociais e estudantis, sindicatos, sociedades civis organizadas e organizações não-governamentais, que chamam a atenção desses agentes para as vontades e necessidades do povo. É a população demonstrando suas prioridades de gastos aos governantes. Qualquer tipo de repressão policial contra essas formas de controle social fere nuclearmente o princípio democrático e o sistema constitucional brasileiro.

Entretanto, é bom ressaltar que o controle social vem sofrendo, ao longo das últimas décadas, intenso processo de estigmatização e enfraquecimento. Além das violentas repressões policiais que esses

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.44.

³⁸ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability – Quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, n. 24, 1999. pp. 30-50.

³⁹ “Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 17, 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/redae>. p. 31. Acesso em: 15 jun 2012.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *LRBarroso*. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. p. 6. Acesso em: 15 maio 2012.

movimentos sofrem, o próprio acesso do povo aos órgãos e às contas públicas é difícil porque a burocracia é muito grande. Nesse particular, é necessário fazer uma rápida digressão, apontando para um contraponto: o governo federal, sobretudo, entende que o dever de fiscalização/controlar social é exercido porque está disponibilizado, no chamado "Portal da Transparência"⁴¹, todos os repasses de verbas para os entes federados. Contudo, esse raciocínio revela-se reducionista, uma vez que apenas realça o caráter de transparência que deve caracterizar os gastos públicos. Ao revés, não tem o condão de proporcionar um efetivo controle por parte de toda a população, já que este controle só se dá, de forma efetiva, a partir dos mecanismos acima mencionados.

Por conseguinte, as precariedades sociais têm sido apresentadas para o Poder Judiciário, nas ações individuais e coletivas, pedindo proteção às situações de indignidade, ocasionando o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, muito pela falta de confiança política nos representantes do Legislativo e Executivo. É um tipo de controle que a sociedade pode exercer perante a Administração Pública, mas o controle jurídico não é ideal, não devendo tornar-se a regra, por problemáticas que extrapolam a temática eleita para este trabalho.

Cabe ressaltar, ainda, que essa realidade de fragilidade entre o que é dotado e o que é executado revela uma situação de grande periculosidade para a recente democracia nacional: o desequilíbrio entre os Poderes, visto que as escolhas de um podem ser preteridas pela atividade de outro. O Legislativo, enfatiza-se, tem cumprido papel meramente ornamental no que toca ao processo orçamentário brasileiro.

Por fim, do ponto de vista normativo, não se verifica na ordem constitucional ou na ordem infraconstitucional nenhum dispositivo que atribui esse amplo poder discricionário ao Executivo na gestão do orçamento público⁴². Pelo contrário, essa realidade fere princípios constitucionais fundamentais, em seus núcleos semânticos. É necessário e urgente que se repense esse modelo de execução orçamentário desenvolvido e trace limites mais claros nos juízos de conveniência e oportunidade do Executivo. Para tanto, a participação da sociedade é imprescindível a fim de que as promessas da modernidade traçadas na Constituição sejam efetivamente alcançadas.

⁴¹ V. <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>.

⁴² MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.* p. 260.

5. CONCLUSÃO

Ainda hoje, predominante é o pensamento que diferencia os direitos fundamentais quanto à geração de custos para o Estado. Dessa linha, forma-se um posicionamento que privilegia a efetivação dos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais, que aqui se chama de tratamento diferenciado dispensado aos direitos sociais. A eficácia diferenciada entre ambas as dimensões de direitos vale-se, principalmente, do tratamento desigual que elas recebem dentro de espaços jurídicos e políticos.

A recente teoria dos custos desconstrói essa distinção baseando-se, para tanto, na positividade de ambas as dimensões de direitos e, não obstante, persiste o tratamento que prejudica a efetivação dos direitos sociais.

Afirmada e confirmada a premissa de que todos os direitos demandam recursos estatais para implementação e a partir da análise de como é a atuação dos Poderes nas escolhas de investimento, conclui-se que a natureza e a raiz desse posicionamento diferenciador têm índole ideológica⁴³.

Fatores ideológicos, contudo, não devem preponderar quando o que está em jogo é a satisfação de necessidades essenciais para a existência humana. Não estão sob a margem de escolhas de investimento do Legislativo ou do Executivo determinados direitos subjetivos, pois a satisfação desses direitos envolve um objetivo constitucional muito maior, que é fundamento do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa

⁴³ Tercio Sampaio assevera: "Como é intuitivo, sendo os valores núcleos significativos muito abstratos, é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta, ainda que genérica. Isso é função das *ideologias*. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. Assim, enquanto os valores, por sua abstração, são expressões abertas e flexíveis, as ideologias são rígidas e limitadas. Elas atuam, ao avaliar os valores, no sentido de tornar conscientes os valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos. Temos, pois, a justiça *no sentido liberal, comunista, fascista etc.* As ideologias, portanto, conjugam os valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra a vida etc. Ao contrário dos valores, que são núcleos significativos mais abstratos e podem, por isso, representar mais genericamente o sentido do consenso social, as ideologias são fechadas, delimitadas, não dialogam, mas polemizam entre si e buscam a hegemonia de umas sobre as outras" (grifos no original). In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 112-113.

humana, cuja representação em termos materiais consiste na garantia de um mínimo existencial.

O problema político social brasileiro não é a escassez de recursos, e sim como esses recursos são administrados e manejados. A crise de eficácia dos direitos sociais e, juntamente, a pobreza não encontram suas causas no déficit de fatores de produção, mas num sistema econômico individualista e desigual⁴⁴.

Tendo em vista que todos os direitos precisam de uma estrutura de previsão orçamentária para que possam ser efetivados por meio das políticas governamentais, verifica-se a importância do debate financeiro para a concretização dos direitos fundamentais. Tal análise econômica dos direitos fundamentais possibilita o reconhecimento das possibilidades de eficácia desses direitos num cenário social no qual os recursos são finitos e as necessidades infinitas.

Entretanto, o modelo de execução orçamentário brasileiro revela um desequilíbrio inadmissível entre os Poderes. O sistema orçamentário nacional caracteriza-se por concentrar a função política de escolhas de investimento no âmbito de Poder Executivo, realidade essa que não se distancia muito do regime autoritário presente anterior a Constituição de 1988. Isso tem prejudicado cabalmente os projetos legislativos, na medida em que esse Poder exerce função meramente simbólica no sistema político nacional. A harmonia e a independência entre os poderes, postulados máximos componentes da ideia de separação dos poderes - princípio erigido como cláusula pétrea no sistema constitucional brasileiro (artigo 60, §4º) -, são elementos que não se enxerga diante dessa realidade indubitavelmente inconstitucional.

Os cortes executivos são altos, principalmente nas políticas públicas que envolvem a efetivação de direitos sociais. O Executivo tem discricionariedade ampla para realizar esses contingenciamentos, não precisando sequer justificar ou motivar suas escolhas. Nesse cenário, alguns direitos fundamentais têm perdido muitos investimentos,

⁴⁴ "A pobreza e a desigualdade estão sendo retiradas da arena pública e do seu domínio próprio que é o da justiça, da igualdade e da cidadania, e se transformando numa questão que é técnica ou filantrópica. Em algum momento se anunciou que os pobres eram cidadãos e que, portanto, deveriam ser reconhecidos os seus direitos. Hoje, cada vez mais passam a ser apresentados não mais como cidadãos, mas como carentes que devem ser atendidos pela caridade, seja ela pública ou privada." In: DAGNINO, Evelina. Para retomar a reinvenção democrática: qual cidadania, qual participação? Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. Fórum Social Nordeste. Disponível em: <https://www.ibase.br/userimages/evelina_dagnino_port.pdf>. Acesso em: 10 abr 2012.

como se demonstrou pela tabela 1 supra, em detrimento do projeto político particular do Poder Executivo. Simultaneamente, outras áreas recebem créditos adicionais, o que torna ainda mais claro que é o Executivo que tem o poder de agenda sobre os projetos políticos desenvolvidos no território nacional.

Por fim, verifica-se que a crise de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, é parte de outras complicações também grandes, como a falta de representatividade dos agentes políticos, a extrema burocratização, o combate policial para reprimir formas de controle social pela população, a concepção estrita de cidadania, e, principalmente, um sistema de execução orçamentária no qual prevalecem as ideologias em detrimento das prioridades constitucionais. Tais fatores demarcam o principal traço da crise do Estado Democrático de Direito brasileiro. É necessário repensar o sistema político nacional, revisando-o em consonância à ideia da força cogente dos direitos fundamentais, como paradigma de transformação política.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. 125 p.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 17, 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/redae>. p. 31. Acesso em: 15 jun 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. *LRBarroso*. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. p. 6. Acesso em: 15 maio 2012.
- BARROSO, Luís Roberto de. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 368 p.
- CAMPOS, Anna Maria. *Accountability - Quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, n. 24, 1999. pp. 30-50.
- DAGNINO, Evelina. *Para retomar a reinvenção democrática: qual cidadania, qual participação?* Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. Fórum Social Nordeste. Disponível em: <https://www.ibase.br/userimages/evelina_dagnino_port.pdf>. Acesso em: 10 abr 2012.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 1999. 232p.
GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. pp. 139-223.

LEITÃO, Miriam. Governo vai tirar dinheiro da infraestrutura para subsidiar gasolina. **O Globo**. Abr 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2011/04/15/governo-vai-tirar-dinheiro-de-infraestrutura-para-subsidiar-gasolina-374991.asp>>. Acesso em: 15 abr 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102p.

MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 14 mar 2012.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. pp. 231-279.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento autorizativo X orçamento impositivo*. **Biblioteca Digital Câmara dos Deputados**. Brasília, Set 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 abr 2012.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia Arbitragem: escolha racional e geração de valor*. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 1, Jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. 391p.

SALLES, Rubens. Da educação que temos para a sociedade que queremos. **Le Monde Diplomatique Brasil**. São Paulo, n. 37, ago. 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 678p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 501 p.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 385 p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 464 p.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 4, Jul-Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2012.

Artigo recebido em 20/09/2012 – Aprovado em 10/10/2012.