



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA  
BACHARELADO EM DIREITO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTROLE DE ORÇAMENTO PÚBLICO E O  
JUÍZO DA CONSTITUCIONALIDADE**

NATALIA DUARTE AMORETH

Goianésia – GO

2017

NATALIA DUARTE AMORETH

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTROLE DE ORÇAMENTO PÚBLICO E O  
JUÍZO DA CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade Evangélica  
de Goianésia (FACEG), como  
requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Joilson José da  
Silva

Goianésia – GO

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTROLE DE ORÇAMENTO PÚBLICO E O  
JUÍZO DA CONSTITUCIONALIDADE**

Goianésia-GO, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

## AGRADECIMENTOS

É hora de agradecer.

Primeiramente agradeço a Deus, fonte divina de misericórdia, que sempre me abençoou, guiou e protegeu, a Ele toda honra e toda glória.

Ao corpo docente da Faculdade Evangélica de Goianésia que esteve comigo ao longo desta caminhada. Em especial, a professora Dra. Maísa Teixeira, que além de professora foi uma grande amiga, a minha imensa simpatia pela respeitável profissional e iluminada humana que és. Ao meu orientador e inteligentíssimo professor, Joílson José, o qual nutro um grande estima e respeito pela contribuição direta na minha formação acadêmica e no presente artigo.

A todos serventuários da Segunda Vara Cível e Fazendas Públicas de Goianésia, em particular a competentíssima juíza Dra. Ana Paula de Lima Castro, uma das motivadoras do tema abordado neste trabalho, que além de minha gestora é uma inspiração como célebre operadora do Direito e brilhante pessoa, sendo fonte notória de respeito e admiração.

Aos poucos e bons amigos, esses sabem quem, que estiveram ao meu lado em toda caminhada, a vocês meu eterno carinho.

Principalmente a minha família, esses que nunca mediram esforços para me amparar. Em especial aos meus pais, Sandro e Mariza, a razão da minha existência e luta diária. Sem a dedicação, o apoio e o amor de vocês não conseguiria chegar até aqui. A meus avós, Maria e Marçal, esteio de tudo que sou, que sempre fizeram presente na minha vida, a vocês meu amor e respeito incondicional. A minha tia Marlene, minha segunda mãe e colaboradora, o meu grande apreço e reconhecimento pelas inúmeras ajudas. A meus padrinhos e primos que são minha saudade diária, os quais contribuíram desde a primórdio para minha formação. E a minha querida irmã e possível colega de profissão, Izabela. Eu nada seria sem vocês.

E finalmente, ao tempo, este senhor da razão, me amadureceu e me ensinou a saber esperar, revelando que há momento certo para tudo na vida e deixando uma grande lição: nunca é tarde para (re)começar.

# A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTROLE DE ORÇAMENTO PÚBLICO E O JUÍZO DA CONSTITUCIONALIDADE

NATALIA DUARTE AMORETH

**Resumo:** O presente artigo discutirá a possibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na seara do orçamento público. A problemática é ressaltada na possibilidade de interferência legítima, direta e/ou indireta, do Poder Judiciário nos orçamentos do poder público, como forma de regular o uso correto de verbas e se tal interferência desequilibra o sistema de freios e contrapesos, ou representa sua correta aplicação. O objetivo é identificar e analisar os efeitos jurídicos da interferência do Poder Judiciário sobre o controle do orçamento público nos parâmetros da Constituição Federal. O artigo está fundamentado em diversos doutrinadores e juristas como Barroso (2014), Lewandowski (2009), Maurício Jr. (2009), Silva (2014), Ferreira Filho (2015), Lenza (2016), Leal (2011), Cunha Júnior (2014), Harada (2017), Streck (2011), dentre outros. A metodologia empregada é bibliográfica, utilizando-se de uma abordagem dedutiva, qualitativa e descritiva. Diante da progressiva ocupação do judiciário nas demais searas, reportará o presente artigo a compreensão da judicialização política no controle de orçamento público e suas prerrogativas constitucionais.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Direitos fundamentais. Judicialização. Orçamentos. Constitucionalidade.

## INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes está prevista como cláusula pétrea na Constituição Federal em seu art. 60, § 4.º, III. A Lei Maior adotou também o sistema norte-americano de “freios e contrapesos”, que é manifestadamente disposto em vários artigos da mesma, tendo como exemplo a medida provisória e lei delegada – CF/88, art. 59, IV e V.

Ocorre que ao longo dos anos, a teoria da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, sofreram transformações, que afetaram diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, gerando diversas interpretações no Texto Constitucional.

Contemporaneamente, as manifestações do poder político na concepção da separação de poderes é apontado como avanço na judicialização, onde o Poder

Judiciário deixa de ser um mero julgador dos pleitos entre pessoas e se apresenta como campo final onde se delibera questões políticas.

As questões orçamentárias da administração pública é um exemplo clássico disso, onde se discute cada vez mais os direitos fundamentais previstos na Constituição, e a necessidade de emprego de verbas públicas nos locais de precariedade para sanar tal ineficiência e garantir os direitos básicos.

Dessa forma, frequentemente é questionado a possibilidade de interferência legítima, direta e/ou indireta, do Poder Judiciário nos orçamentos do poder público, como forma de regular o uso correto de verbas, e, se essa interferência causa um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, ou se representa sua correta aplicação.

Assim, para melhor compreensão, este projeto será embasado em pesquisas bibliográficas, tais como Barroso (2014), Maurício Jr. (2009), Ferreira Filho (2015), Lenza (2016), Harara (2017), traçando uma evolução do conceito de separação de poderes enquanto princípio constitucional no direito brasileiro, com os aspectos da harmonia dos três poderes através do sistema de freios e contrapesos, correlacionando com a judicialização da política e o controle de orçamento público como instrumento de efetivação de direitos.

Por conseguinte, o objetivo do presente trabalho é, à luz da doutrina pátria, como interpretar adequadamente a teoria da separação dos poderes, tendo por norte conceitos como judicialização da política, ativismo judicial, seus elementos conceituais, exibindo a possível legalidade do controle orçamentário pelo poder judiciário.

## **1. A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

A teoria da separação de poderes passou por um processo de ressignificação no interior do debate da literatura constitucionalista, tanto no Direito Doméstico quanto no Direito Comparado. Contemporaneamente, depara-se com situações em que um Poder intervém direta e indiretamente nas atribuições de outro, tratando-se

de uma nova leitura da separação de poderes, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito.

No Brasil, o modelo de separação de poderes idealizado por Montesquieu (1996) foi adaptado as novas realidades constitucionais. Frisa-se, conforme leciona Clève (2011), que não se trata, a rigor, de separação de poderes, mas de tripartição funcional e orgânica do poder. O poder é um fenômeno indecomponível. Divide-se as funções (legislativa, executiva e jurisdicional) em órgãos distintos (órgão do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário).

## **1.1 BREVE RELATO HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

O absolutismo, conforme Carvalho (1999), é o vocábulo que a filosofia política e a história atribuíram a um sistema político que dominou a Europa desde os primeiros séculos da Idade Moderna, quando do colapso do feudalismo na Baixa Idade Média até o advento do liberalismo político. Este tinha como pano de fundo justamente a teoria da separação de poderes.

É importante destacar, conforme ensinamentos de Bittar (2007), que a mudança de paradigma do Estado absolutista para o Estado liberal não se deu da noite para o dia e nem foi produto da genialidade de um teórico específico. Trata-se de um lento e gradual processo histórico que culminou com o esfacelamento da base legitimadora do absolutismo monárquico, mudanças essas orquestradas por questões ligadas à política, à economia e, sobretudo, ao advento de uma nova concepção de mundo que demandava a construção teórica e prática de novas bases para a legitimação do exercício do poder político.

A teoria da separação de poderes não é produto da modernidade, embora a versão moderna e contemporânea o sejam. Porém, desde Aristóteles, a filosofia política testemunhou a necessidade da divisão orgânica e funcional do poder estatal.

Assim, com o objetivo de limitar o poder do homem e evitar a desigualdade, ao longo da história a separação de poderes é discutida em suas mais variadas formas e em momentos distintos por grandes pensadores, dentre os quais podemos

citar Platão, Aristóteles, Locke e Montesquieu (CARVALHO, 1999). Essa separação resultou no atual modelo tripartite, que é um princípio constitucional adotado na Constituição da República Brasileira.

Sobre o assunto Ferreira Filho (2015, p. 135) leciona:

A “Separação de Poderes”, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke.

Com base nisso, é pertinente ressaltar que seria impossível relacionar um único criador para teoria da separação de poderes. Embora tenha sido Platão o primeiro a identificar a necessidade da divisão de funções do Estado, foi Aristóteles na Antiguidade grega, que vislumbrou o conceito de constituição mista, onde existiam três tipos de autoridade: a realeza, aristocracia e governo constitucional. Tais poderes não eram independentes (CARVALHO, 1999). Ainda que não fosse a real divisão dos três poderes, essa muito se assemelhava com a que mais tarde vinha surgir. Nesse sentido ensina Lenza (2016, p. 482):

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Dito isso, ainda que Aristóteles tenha concebido um desmembramento das funções do Estado em três partes, a concepção de separação de poderes não poderia de fato ser firmado neste momento. Essa idealização só veio ganhar força em 1688, durante a Revolução Gloriosa no século XVII, quando o filósofo inglês John Locke discorreu em seu livro “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” seu pensamento sobre a separação de poderes (GOUCH, 2001). Ele acreditava que os homens não transferiam para o poder político poderes absolutos a que tinham que se submeter, vislumbrando assim a necessidade.

Nesse corolário Bittar (2007, p. 191) registra que:



John Locke enumerava quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Federativo e o Discricionário, que afinal, resultavam em apenas dois, já que o executivo e o federativo deviam reunir-se em um só, para maior estabilidade da ação governamental, e o discricionário ligar-se intimamente ao executivo.

Nota-se, assim, que a partir desse momento começa a aparecer de forma mais clara a fragmentação das funções. Inspirado nos ideais do liberalismo político, como se baseia Gough (2001), Locke, discorreu principalmente sobre a proteção da propriedade, enumerando a necessidade das Leis e colocando o Poder Legislativo acima de qualquer outro. Apesar de distante do modelo contemporâneo da separação de poderes, foi inspirador do próximo que viria a fixar.

Contudo, foi Charles de Montesquieu que consagrou e fundamentou a separação de poderes em sua obra “O Espírito das Leis” publicada em 1748. Foi ele quem modernizou a teoria de Locke, articulando que as três funções do Estado estariam ligadas a órgãos diferentes, autônomos e independentes, ou seja, o poder não estaria concentrado mais em uma única mão. Montesquieu (1996, p. 156) acreditava que:

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Verifica-se a presença de três poderes estatais: o poder Legislativo, Executivo e Judiciário, representadas respectivamente por Parlamentos, Governos e Tribunais. Cabe ao Legislativo a função de criar, alterar e corrigir leis podendo ter caráter temporário ou permanente. O Executivo fica responsável por executar normas administrando o Estado, “ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”. Por fim, cabe ao Judiciário julgar aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto. (MONTESQUIEU, 1996, p. 201)

Essa teoria clássica se dá até os dias atuais na maioria dos Estados Democráticos de Direito, estando consolidada pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e prevista no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

## 1.2 A HARMONIA E INDEPENDÊNCIA NAS DIFERENTES FUNÇÕES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A teoria da separação de poderes, apresentada por Montesquieu, foi utilizada na atualidade pelos grandes Estados modernos. Por meio desta, cada poder exerce uma função específica, própria à sua natureza, não sendo permitido a um único poder legislar, aplicar e julgar. Nesse sentido Silva (2014, p. 109) expõe:

A independência e a harmonia a que alude a Constituição é característica dos novos contornos da teoria da separação dos poderes no presidencialismo, que não possui mais a austeridade enunciada por Montesquieu.

Cumprir destacar aqui que, embora na atualidade o modelo da tripartição de poderes é aquela idealizada por Montesquieu, ao longo do tempo essa ideia remodelou-se na atual estrutura de governo. Ou seja, conforme pensamento de Souza Neto e Sarmiento (2016), a adoção de uma forma de Estado onde vigora a separação de Poderes passou a ser adotado após as revoluções burguesas, mas apenas depois veio a compreensão de que a ideia central não era o absoluta desmembramento entre Poderes, mas sim uma harmonia e complementação entre eles.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988, *online*). Assim, o Texto Constitucional frisa a importância de enaltecer que apesar dos poderes serem autônomos são também independentes entre eles.

Nesse contexto Moraes (2002, p. 13) disserta:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A independência configura-se nas funções principais e a harmonia é um eufemismo desta independência. Desta maneira, ambas garantem que um poder não suponha uma hierarquia ou subordinação de um ao outro. Compreende-se assim, que os três poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são totalmente distintos e sem dependência entre si, porém, faz se necessário que haja um equilíbrio entre eles, para que os mesmos trabalhem no mesmo plano.

Sobre a independência, Silva (2014, p. 109) disserta:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Desse modo, a independência sobressai como a aptidão que cada poder tem de operar suas específicas atribuições sem carecer da disposição de outro e sem a interferência de tal. Essa independência foi baseada na ideia de liberdade política, que consiste na capacidade de fazer o que se quer dentro daquilo que a Lei permite. Nessa premissa Lenza (2016, p. 485) completa:

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Por outro lado, a harmonia, estabelecida nessa teoria, quer dizer que cada um dos três poderes tem que agir respeitando as competências estabelecidas entre si, de forma que só se manifeste naquilo que lhe é cabido. Nesse particular, Silva (2014, p. 109) expõe que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas.

Assim, verifica-se que a separação dos poderes não é absoluta, pois apesar de serem independentes, são harmônicos, isso quer dizer que, embora os órgãos possuem uma autonomia para gerir suas distintas funções, é necessário que haja um consentimento dos outros para viabilizar uma equidade. Mais adiante nos próximos tópicos, perceberás que apesar desta previsão ser expressa o ordenamento jurídico brasileiro, na prática nem sempre se é possível estabelecer a autonomia e regularidade entre os poderes.

A partir da separação de poderes, Montesquieu (1996) notando as particularidades de harmonia e independência dos poderes e em busca de um estado democrático, desenhava o sistema de *checks and balances*, também conhecida pela tradução “freios e contrapesos”, que seria exibido futuramente pelos federalistas americanos.

Montesquieu (1996, p. 168) contextualiza:

Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Percebe-se assim, que houve uma preocupação no desempenho de qualquer uma das competências em conjecturar um excesso de seu poder institucional, visto, que cada qual era responsável por controlar a si mesmo.

Desse modo, em decorrência da independência da separação de poderes, Montesquieu (1996, p. 167) deu seguimento ao seu pensamento de que “quem tem o poder é levado a dele abusar”, devendo o mesmo se conter. Observou assim, a necessidade da existência de duas câmaras para haver algum tipo de controle na atuação de cada função, na qual teria o direito de frear as iniciativas uma das outras. Delineou assim o sistema de “freios e contrapesos”.

Por essa lógica, Montesquieu (1996, p. 173) foi bem claro:

Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras. Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas. A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se

dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas.

Em outras palavras, vislumbrou-se a necessidade da participação proporcional do povo em participar da legislação como forma de conter o abuso de poder. Nessa mesma linha, acerca dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, Montesquieu (1996, p. 176) diz ainda que “estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”.

Certamente o idealizador da teoria da separação de poderes não contava que na prática essa autonomia absoluta das funções viria a ser falha. Assim, neste contexto, Hamon, Troper, Burbedau (2005) dilucidam que os norte-americanos tempos depois da teoria da separação de poderes, conferiram uma deficiência naquela trazida por Montesquieu, apontando que este impedia, independentemente de qualquer coisa, o controle ou interferência entre os poderes. Dessa forma, coube aos federalistas americanos expor motivos para fundar definitivamente o atual *Checks and Balances*, conhecido aqui no Brasil como freios e contrapesos, um sistema de intermédios mútuos entre os poderes para que pudesse equilibrar o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Sobre o mecanismo dos freios e contrapesos, Silva (2014, p. 110) esclarece:

Só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um detrimento de outro.

Nesse sentido, a teoria de freios e contrapesos enfatiza a proporcionalidade entre as funções de forma que possa operar seus deveres livremente, mas com frequente supervisão, isto é, que os poderes fiscalizem mutuamente uns aos outros. Cabe ressaltar, que para a prática dessa teoria, é necessário que tais limitações estejam expressamente asseguradas em uma lei maior, ou seja, não há como confiar um sistema de freios e contrapesos sem que haja uma Lei Maior que há prevê. Inexiste Constituição sem esse mecanismo, pois, este é, indiscutivelmente,

um dos principais elementos de uma Constituição. Nessa acepção, Ferreira Filho (2015, p. 33) leciona:

Trata-se de um elemento ideológico muito expressivo. Significa não merecer o nome de Constituição uma lei que não divida o Poder, para impedir ou dificultar o abuso – está isto na menção à separação dos poderes, vista como sistema de freios e contrapesos. Na falta desses freios e contrapesos, não existe uma Constituição, mas uma contrafação desta. Constituição é necessariamente uma organização limitativa do Poder.

No Brasil, foi conferido esse sistema ao longo de suas sete Constituições, onde a atual prevê em vários dispositivos mecanismos desse tipo, permitindo a interpenetração de poderes de forma a estabelecer um equilíbrio entre eles e evitar abusos, relatará a seguir.

### **1.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO**

No Estado Constitucional de Direito, conforme lição de Silva (2014), a Constituição corresponde como norma jurídica, que não apenas condiciona o modo de produção de leis e atos normativos, como designa limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado.

O princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa de 1988, constitui um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro. Nesse contexto, convém apresentar a delimitação conceitual do que seja princípio e o que é princípio fundamental.

Princípios de direito, para Cunha Jr. (2010), são normas jurídicas carregadas de conceitos, que fundamentam o sistema jurídico. Interpretam preceitos fundamentais da sociedade, servem como fonte do Direito e agraciam parâmetros de interpretação de normas e regras jurídicas em geral.

Cumprir dizer que apesar de princípios e regras serem normas jurídicas, ambas se diferem. Segundo de Maurício Jr. (2009, p. 48), os doutrinadores Alexy e Dworkin adotam a mesma distinção quanto as normas mencionadas, para eles:

Os princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Estariam caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, na medida em que seu cumprimento depende não só das possibilidades reais como das possibilidades jurídicas, estas últimas determinadas em face dos princípios e regras opostos. As regras, ao revés, seriam normas que exigem um cumprimento pleno, podendo ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos, portanto, as regras seriam determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

Os princípios na ótica do doutrinador Dworkin (1978, *apud* MAURÍCIO JR., 2009, p. 91), “são mandados de otimização, podendo ser objeto de ponderação, de harmonização ou concordância. Já as regras tem o formato de *all-or-nothing* (tudo ou nada), ou a regra é válida ou não”, isto é, ou se introduz uma cláusula de exceção capaz de eliminar o embate ou, caso não seja possível, exclui-se uma delas com base nos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Feita essa ressalva, os princípios foram propostos para consolidar as bases políticas, sociais, administrativas e jurídicas, elencados na nossa Constituição, já no Título I, em quatro artigos. Nessa seara, Dantas (2015, p.133) define como Princípios Fundamentais:

Aqueles que revelam a essência do Estado brasileiro e dos valores mais caros ao seu povo, fornecendo aos destinatários de suas normas as diretrizes para a produção e a interpretação de todas as demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico, garantindo sua unidade e manutenção do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes está disposto, conforme já mencionado, no art. 2º da Constituição. Mas, antes disso, o art. 1º faz menção indiretamente ao modelo e ao sistema de freios e contrapesos quando consubstancia em seu texto o Estado Democrático de Direito. O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece uma divisão de caráter funcional e orgânico quanto ao exercício das três funções, modelo que muito se assemelha com aquele sustentado por Montesquieu.

Porém, contemporaneamente, essa teoria não é a mesma de outrora. A independência, a harmonia e a autonomia não podem ser compreendidas em termos absolutos, visto que, na mesma Constituição assegura claramente o sistema de

freios e contrapesos, atribuindo funções típicas e atípicas dentro de um mesmo Poder do Estado. Carvalho (1999) denomina esse fenômeno como “*exceção do princípio*”. Acerca das funções atípicas, Carvalho (2014, p. 97) esclarece:

Deste modo, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativa, executiva ou administrativa, e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo, já que, como se deduziu, cada um desses Poderes poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material de outro Poder.

A função típica atribui identidade a determinado poder, ou seja, exerce a posição atribuída a mesma, sendo a função principal de determinado poder. Por outro lado, a função atípica, é derivada, consideradas instrumentais, pois, são meros meios para que determinado poder possa desenvolver sua função típica. De forma clara, Mota (2016, p. 174) exemplifica:

O Judiciário, a exemplo dos demais Poderes, além de sua função típica – a jurisdicional, pela qual são solucionados litígios jurídicos de forma definitiva –, também atipicamente exerce atribuições de caráter legislativo (quando os Tribunais elaboram seus respectivos regimentos internos, por exemplo) e administrativo (quando contrata seu pessoal e organiza os serviços de suas secretarias).

Portanto, fixa-se a ideia de primazia de um poder sobre o outro, por meio da percepção da necessidade de equilíbrio e harmonia entre eles, tolerando-se, até mesmo a interferência entre eles, em sua forma atípica. Assim, potencializa a ideia de controle de um poder através de outro ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

Nesse sentido, nos próximos capítulos, analisar-se-á se o Poder Judiciário, no atual contexto social e político, pode atuar como árbitro, exercendo o controle constitucional do orçamento público, de forma que venha intervir para resguardar os direitos fundamentais.



## **2. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO.**

Conforme o sistema constitucional brasileiro que positivou o princípio da separação de poderes, o encargo de formular e de implementar políticas públicas, reside primariamente a atribuição aos poderes Executivo e Legislativo, ficando incumbidos instrumentalizar a consecução dos direitos previsto na Lei Maior. Porém, nota-se que eventualmente tais poderes são omissas e/ou incapazes de realizar de forma contundente os direitos fundamentais sociais.

Assim, com o fim de garantir a ordem constitucional, torna-se cada vez mais recorrente o acionamento do Judiciário para intervir a resolver lides de outras esferas, tornando-se protagonista de discussões políticas ou morais em temas controvertidos.

### **2.1 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A promulgação da atual Constituição Brasileira, à luz de Souza Neto e Sarmiento (2016), foi um divisor de águas, tanto no âmbito da restauração da democracia, após a ditadura civil-militar de 1964 a 1985, quanto no que concerne ao amplo texto constitucional, que abrangeu os direitos fundamentais e ferramentas necessárias para fazer valê-los.

Apesar da alavanca de tais direitos ter sido ocasionado com a atual Lei Maior, esse tema é debatido desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando o jurista Karel Vasak classificou os direitos fundamentais em três gerações: o direitos de primeira geração, cuja base é a liberdade; direitos de segunda geração, baseados no valor da igualdade; e os direitos de terceira geração, que dizem respeito aos direitos de solidariedade.

A consagração dos direitos fundamentais, conforme o entendimento de Moraes (2002), é decorrência de um artifício de desenvolvimento da história

humana, onde ideal principiou na antiguidade, desde a concepção de direitos inatos do homem, derivados apenas da sua condição humana. Acerca disso, Cunha Júnior (2010, p. 542) conceitua os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecida no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que está formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Em outras palavras, os direitos fundamentais são direitos inerentes à dignidade da pessoa humana garantidos na Constituição e exercidos pelo povo. Como exemplo, tem-se os artigos 1<sup>a</sup> e 3<sup>o</sup> consagrados na Constituição de 1988, que dissertam acerca dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e à erradicação da pobreza, bem como os direitos fundamentais sociais, no artigo 6<sup>o</sup> do mesmo, que garante aos cidadãos o direito a educação, a saúde, a alimentação, a trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Conforme fundamentado pelo princípio da dignidade humana na Lei Maior, à luz dos ensinamentos de Carvalho (2014), os direitos fundamentais e sociais são objetos de tutela e proteção estatal, nos quais não devem de serem suprimidos.

Dessa forma, conforme o mesmo autor supracitado, tais direitos dependem, em sua maioria, de uma atuação direta do Estado, ofertada através de implementações de leis, atos administrativos e execução de políticas públicas, como criação de instalações de serviços que assegurem prerrogativas circunstanciais facultando o gozo efetivo dos direitos protegidos pela Constituição.

No entanto o Estado, segundo Maurício Jr. (2009) leciona, por diversas vezes, se mostra incapaz de garanti-lo, sem razão de ineficientes e escassas realizações de programas e políticas governamentais, se eximem de suas responsabilidades, o Poder Judiciário, como guardião da Lei é chamado amiúde a intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais previsto na Constituição.

Aliás, o Poder Judiciário é acionado para decidir demandas onde as matérias são de grande interesse e atingirá a materialidade de algumas políticas públicas

devidamente constitucionalizadas. Por via de regra, o Judiciário não deveria intervir em políticas públicas, a qual é reservada ao Poder Executivo e Legislativo, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma omissão ou violação do que é resguardado em lei, conforme garante o sistema constitucional de freios e contrapesos.

Assim os direitos fundamentais sociais, segundo Barroso (2014), viraram direito positivado e deu ascensão institucional ao Poder Judiciário, o qual passou a cumprir também um papel político, dividindo espaço com os demais poderes.

Além dos direitos fundamentais, Barroso (2014) pontua que o constituinte da atual Lei Maior, reconheceu o exercício de participação do povo, abrindo espaço para que todos os grupos populares reivindicarem legítimos direitos, conforme fundamenta o artigo art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, *online*).

De acordo com entendimento de Lewandowski (2009), observa-se que a atual Constituição foi responsável por dar importância e eficácia ao princípio da universalidade da jurisdição. Isso significa que qualquer cidadão pode acionar o Judiciário, não existindo nenhuma limitação que condicione esse fato e consequentemente tornando o Poder Judiciário guardião da Lei Maior.

Os princípios, ora de forma explícita, ora de forma implícita, de acordo com Barroso (2014), foram essenciais nessa nova dinâmica do texto Constitucional, facilitando para que o Supremo Tribunal Federal pudesse uniformizar o entendimento, solidificando decisões análogas.

Em decorrência disso, conforme entendimento de Lewandowski (2009), desencadeou-se uma série de instrumentos de direitos, como o mandado de segurança, a ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, o fortalecimento do Ministério Público, entre outros, consolidando ao Poder Judiciário a apreciação de demandas de atribuições típicas dos outros poderes.

Nessa perspectiva e com o advento do Poder Judiciário sobre questões de cunho político, exige-se cautela no processo decisório, por meio da mediação das normas e princípios, dado que, o texto vigente da Constituição Brasileira, abre

vastas possibilidades para a sua interpretação. Dessa forma, faz-se necessário a busca de critérios ponderados no que refere-se à hermenêutica dos princípios.

Verifica-se, conforme ensinamentos de Barroso (2014), que a jurisdição constitucional abrange a interpretação e a aplicação da Constituição, sendo necessário que haja um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Portanto, constata Barroso (2014, p. 251) que o principal papel do Judiciário é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.”

Por fim, torna-se premente pontuar, que o encargo de fazer implementar políticas públicas atribuída de forma insólita ao Poder Judiciário, é considerável diante da dimensão semântica do aludido primado constitucional, desde que obedeça os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico e suas consolidações, no tocante das novas e tradicionais interpretações constitucionais.

## **2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL**

A ascensão da política constitucional, à luz de Barroso (2014), começou a ganhar forma depois da Segunda Guerra Mundial, posteriormente ao período ditatorial que atingiu grande parte dos países, assumindo uma tratativa ampla acerca dos direitos fundamentais, reduzindo a fronteira existente entre a política e justiça no mundo contemporâneo.

Constatou-se assim, um avanço da justiça sobre o espaço da política mundial, como consequência das constantes intervenções do Poder Judiciário em matérias do âmbito dos poderes Legislativo e Executivo.

Nos tempos atuais, conforme Lewandoswski (2009, p. 80)

Há um patrimônio de direitos que não cessa de evoluir e que foram conquistados ao longo dos séculos, cujo guardião é exatamente o Poder Judiciário. Por isso, afirmo que o grande protagonista do século XXI é o Poder Judiciário, e o Poder Judiciário precisa dar uma resposta célere às demandas que a sociedade lhe coloca, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, e até porque a justiça que tarda é uma justiça que falha.

A sociedade contemporânea impõe cada vez mais uma postura ativa do Judiciário, pois, quando não encontra amparo nos outros poderes, recorre aquele que, tem o dever de garantir os direitos assegurados pela ordem jurídica, eis que além de aplicar a lei, nos moldes do sistema de freios e contrapesos na sua função atípica, tem o poder de controlar e fiscalizar os outros poderes.

No Brasil, com a promulgação do Texto Constitucional de 1988 houve uma mudança na forma de concepção do exercício da jurisdição, devido a atuação que o Poder Judiciário passou a adotar para resguardar os direitos constitucionais. A partir disso, duas expressões passaram a adjetivar a atividade jurisdicional: a judicialização da política e o ativismo judicial.

Ambas expressões demonstram a relevância que o Poder Judiciário assume perante o cenário político. Porém, apesar de se assemelharem, tratam-se de fenômenos distintos. O jurista Barroso (2008, p. 6), pondera que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”

A judicialização para Maurício Jr. (2009, p. 135)

Não se resume ao crescente e importante papel que o Judiciário vem desempenhando na elaboração das políticas públicas, pois o fato de o Judiciário frequentemente intervir nesse processo também significa que outros atores políticos, assim como grupos que buscam ação política, levem em conta a possibilidade de reação judicial.

Observa-se que uma das causas deste fenômeno ser cada vez mais recorrente no cenário institucional brasileiro, conforme entendimento de Barroso (2014, p. 39) é “que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais”.

No mesmo sentido Barroso (2014, p. 241) é claro:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transparência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Na concepção de Leal (2011, p. 16), “a judicialização é a tendência do Poder Judiciário fazer as vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em segmentos e temas de sua competência constitucional originária”. Este fenômeno, portanto, trata-se da necessidade da interferência do Poder Judiciário, quando acionado, como forma de resguardar os direitos constitucionais.

Cabe ressaltar ainda, a posição acerca da judicialização da doutrinadora Tassinari (2013, p. 32-33):

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade - característica das sociedades de massas.

Nesta lógica, a judicialização da política é fruto da efetivação, via Judiciário, das finalidades políticas constitucionais, isto é, o judiciário está conferindo aos jurisdicionados aquilo que lhes é assegurado no Texto Constitucional, mesmo que de modo fortuito, eis que, estabelecendo o serviço desvanecerá a obrigação de atuação do Poder Judiciário. Acerca disso, Streck (2011, p. 65) disserta ainda:

É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes

Enquanto na judicialização da política é necessário a provocação do Poder Judiciário para poder intervir baseado na Lei, por outro lado, o ativismo judicial está ligado a uma pretensão do judiciário em tornar as decisões políticas, atuando por vezes, além da legislação.

A ideia do ativismo Judicial, aos dizeres de Barroso (2014, p. 245 e 246),

Está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Assim como na judicialização da política, o ativismo judicial ocorre em decorrência do reconhecimento de uma junção entre a política e o direito, porém, de uma forma que ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Consoante ensina Barroso (2014), a judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário, enquanto o ativismo judicial é uma atitude diante da carência dos demais poderes, que aplica princípios a situações não previstas em leis. O autor ainda elenca alguns parâmetros que ilustra uma postura ativista:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (BARROSO, 2014, p. 246)

Segundo o doutrinador Streck (2011), o ativismo judicial nasce da procura da necessidade de um olhar novo para interpretar a Constituição, que desamparada de doutrina própria fica à mercê de "*teorias alienígenas*<sup>1</sup>". O ativismo judicial é, portanto, um formato de um Poder Judiciário munido de supremacia, com atribuições inerentes aquelas resguardadas constitucionalmente.

Diante disso, cumpre enaltecer que a judicialização da política ao contrário do ativismo judicial, é um fenômeno circunstancial do modelo constitucional brasileiro, onde é chamado a intervir dentro dos limites dos pedidos formulados, não tendo opção de se esquivar da demanda, vez que, é seu dever resguardar a efetividade dos direitos previstos em lei.

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 57.

### **3. CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ORÇAMENTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

No Estado Democrático de Direito, segundo Cunha Júnior (2014), o orçamento é sem dúvidas uma das principais ferramentas para a implementação de políticas públicas. É por meio do orçamento público que a administração pública é capaz de aplicar de forma efetiva os recursos disponíveis.

O orçamento público tem assumido um papel essencial na edificação da implementação dos direitos fundamentais na seara das políticas públicas, conforme Maurício Jr. (2009), não se trata de meras articulações políticas, mas concernindo a implementação de um Estado devidamente delineado a Constituição Federal.

A realidade da dificuldade de concretização dos direitos fundamentais, por falta de planejamento, por insuficiência de recursos, ou mesmo por omissão ou arbitrariedade do poder público, ocasiona no acionamento do Poder Judiciário a fim de controlar gastos secundários para conferir o cumprimento da Lei.

#### **3.1 O ORÇAMENTO PÚBLICO: CONCEITO E PRINCÍPIOS GERAIS**

Em sentido geral, à luz de Maurício Jr. (2009), orçamento público é o mecanismo de que dispõe o Poder Público em todos seus âmbitos, para apresentar em um determinado período, seu programa de desempenho classificando a proveniência e o montante dos recursos a serem recebidos, assim como, a natureza e o montante dos gastos a serem realizados, ou seja, é uma ferramenta que os governos utilizam para organizar os seus recursos financeiros.

Na clássica visão do doutrinador Baleeiro (1996, *apud* RAMOS FILHO, 2012, p. 225) orçamentos públicos é:

O ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei



Portanto, o orçamento é lei, objeto de uma escolha realizada pela combinação das vontades dos poderes Executivos e Legislativo e resultante de um processo de atuação planejada do poder público, de maneira a conduzir a atuação do Estado para execução dos objetivos previstos na Constituição.

No Brasil é adotado várias formalidades legais para os orçamentos públicos, todos previstos constitucionalmente e materializado em lei específica. Ele é composto por três bases: o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei de Orçamento Anual (LOA), que em conjunto materializam as políticas públicas. Para a aprovação de tais gastos, o orçamento deve seguir alguns princípios. Sem esses princípios, um orçamento não pode sequer ser aprovado.

Por oportuno é válido ressaltar, a luz de Harada (2017), que o orçamento não é um plano de ação governamental a se espelhar, visto que na prática o Estado já ficou sem orçamento aprovado devido a divergências entre os poderes Legislativo e o Executivo em torno de prioridades nacionais, sem afetar o a rotina governamental. Apesar de existir regras e normas, algumas delas rígidas, ainda existe um certo desprezo ao orçamento no Brasil.

Os princípios orçamentários, ainda segundo Harada (2017), são regras fundamentais que todo orçamento público deve adotar conforme previsto na Constituição e atua como um modo de uniformizar e garantir que os recursos públicos sejam empregados de forma correta, estão contidos na Constituição Federal, de forma expressa ou implícita.

Para Furtado (2014, p. 77) tais princípios, “permeiam o sistema orçamentário dando-lhe forma, instrumentalizando-o, delimitando o seu conteúdo, e possibilitando o controle da execução orçamentária”.

São diversos os princípios que regem orçamento público. Porém, neste presente trabalho será elencado somente os mais relevantes na concepção geral dos doutrinadores.

O artigo 2º da Lei 4.320/64 determina expressamente que a lei orçamentária obedecerá o princípio da universalidade, isto é, o orçamento deverá abranger todas as receitas e despesas de todos os seus órgãos na Administração direta e indireta e nas fundações, conforme art. 165, §5º da Constituição. O princípio da anualidade, que dispõe que as previsões de receitas e despesas devem ser elaboradas na

constância de um ano, normalmente em conformidade com o ano civil. E o princípio da unidade, impõe que o orçamento deve ser uno e indivisível, devendo existir apenas um orçamento para cada exercício financeiro.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da exclusividade, fundamentado no artigo 165, §8º, discorre que o orçamento conterà apenas dispositivos da receita e à fixação da despesa, com exceção à autorização para a abertura de crédito à autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, inclusive por antecipação de receitas.

Na compreensão de Ramos Filho (2012), a Lei nº 4.320/64, em seu artigo 13 e 15, *caput*, fala que o princípio da especialização ou especificação, determina que a discriminação das receitas e das despesas se efetuem por unidade administrativa, ou por elementos, de maneira especificada e detalhada para melhor fiscalização do emprego de verbas públicas.

O princípio da não afetação ou não vinculação veda expressamente a criação de imposto cuja receita seja atribuída a um fim determinado, previamente estabelecido na lei que o instituiu, não abrangendo as outras espécies tributárias, somente os impostos, conforme disposto no artigo 167, IV da Constituição Federal. A respeito disso Harada (2017, p. 91) ressalta:

A Constituição, entretanto, abriu exceções que vêm sendo ampliadas por meio de Emendas. Assim, não se sujeitam a essa proibição a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159; a destinação de recursos para as ações e serviços de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º do art. 167.

Além dos supracitados princípios, cabe por fim destacar o princípio da transparência, conforme Harada (2017) ensina, o qual determina que as previsões orçamentárias sejam feitas em uma linguagem clara e precisa, possibilitando ao cidadão o acompanhamento da gestão pública orçamentária, a fiscalização da aplicação de seus recursos, controle de arrecadação.

### 3.2 O EQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO E A RESERVA DO POSSÍVEL

O orçamento público, além de planejar a administração pública, deve-se respaldar no planejamento de implementações dos direitos fundamentais, isso porque apesar da elaboração orçamentária ser um exercício discricionário do administrador público, a Constituição Federal limita sua autonomia.

O constituinte de 1988 fixou percentuais mínimos a serem investidos na implementação de direitos fundamentais, como ocorre com a saúde e educação, nos artigos 198, §2º, e 212, firmando a ideia da supremacia destes direitos, não podendo estas deixarem de ser complementadas no orçamento público.

Dessa forma, à luz de Cunha Júnior (2014), ao verificar que nem sempre os recursos públicos são suficientes para garantir os direitos prestacionais surge a necessidade da aplicação da reserva do possível.

Originária na corte Alemã, nos ensinamentos de Barroso (2014), a reserva do possível pressupõe que o Estado só pode oferecer a sociedade o que for razoável, seja do ponto de vista financeiro, pela legitimidade ou necessidade.

A reserva do possível, segundo Maurício Jr. (2009), reside em atender aos direitos fundamentais em consonância com a disponibilidade de orçamento, ou seja, quando existe receita para o exercício. Para essa teoria, o que impede o cumprimento de certo direito não é o esgotamento dos recursos existentes, mas a escolha alocativa política de não gastar, naquela situação específica, o recurso.

O doutrinador Cunha Júnior (2014, p. 349-395), acerca disso, faz uma ressalva que "nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações".

Desse modo, a reserva do possível, conforme leciona Maurício Jr. (2009), não exime a responsabilidade do Estado em assegurar o mínimo existencial, isso porque, a supremacia dos direitos fundamentais sobrepõe a essa previsão constitucional, não correspondendo em uma justificativa para a não implementação das políticas de tais direitos.

O mínimo existencial, à luz de Maurício Jr. (2009), é um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana e digna. É atribuída aos direitos positivos, eis que, requer que o Estado disponha de circunstâncias para a efetivação plena na aplicação destes direitos.

No Brasil, segundo Barroso (2014), a tendência dos tribunais é de avaliar a aplicação da reserva do possível a assuntos que concernem a preservação da vida, admitindo dessa forma, por omissão, que o Estado postergue suas políticas de implantação e efetivação dos demais direitos, resguardados constitucionalmente.

Reforça-se, que o mínimo existencial deve ser garantido em qualquer circunstância pelo Poder Público, devendo ser priorizado no planejamento orçamentário. Para tanto, o mesmo não deve submeter-se a reserva do possível, vez que, este define a essência dos direitos fundamentais devendo ter sua execução imediata. Mesmo que ainda haja divergências quanto o que se enquadra no mínimo existencial, deverá ser apreciado o caso concreto e a cada caso.

### **3.3 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA**

Foi visto até aqui, que o orçamento público, quando elaborado deve contemplar a implementação de todos os direitos fundamentais. Embora, essa elaboração seja uma função do administrador público, sua liberdade está reservada aos limites constitucionais.

Nessa perspectiva, Maurício Jr. (2009) afirma que a não implementação ou omissão estatal de políticas públicas, principalmente aqueles que concerne ao mínimo existencial, o Poder Judiciário deverá intervir, quando provocado, com o fim de impedir uma violação a um direito ou efetuar a reparação.

Elucidada a legitimidade *a priori* do exercício do Poder Judiciário sob o controle de atividades dos outros poderes, cumpre salientar a intervenção no controle de orçamentos públicos.

Quando o orçamento é formado em consonância aos limites estabelecidos em lei, o judiciário fica descabido legalmente de submeter meritoriamente acerca do demandado, ou seja, “os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando o cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários” (MAURÍCIO JR., 2009, p. 260).

Em outros dizeres, a aplicação de recursos será efetuada pelo processo de orçamentos públicos, incumbindo a realização do controle tão somente para averiguar se a decisão política está dentro dos preceitos constitucionais ou não, jamais substituindo a decisão política por outra conveniente ou mais eficaz, uma vez que tal mérito não cabe ao judiciário. Na concepção de Maurício Jr. (2009, p. 258):

Havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo legislativo e pelo executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido.

Observa-se que a maioria das demandas de controle judicial na execução orçamentaria é motivada pela omissão ou violação de algum direito fundamental, existindo toda via, demandas pertinentes aos demais direitos.

Cumprindo ressaltar, nos ensinamentos de Maurício Jr. (2009), que as normas constitucionais também valem para a atuação do Poder Judiciário, devendo este respeitar e não ultrapassar os limites estabelecidos em lei.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A contemporânea Constituição Federal do Brasil resguardou ao cidadão diversas prerrogativas. Aos Estado foi conferido a prestação positiva desses direitos a sociedade, bem como suas competências e fiscalização.

Foi consagrado pelo constituinte de 1988 a independência dos poderes com as devidas atribuições, impondo limites e formas de controle de uns em face dos outros, a fim de dar efetividade aos direitos.

A princípio confere ao Executivo e ao Legislativo a criação de políticas públicas e a efetivação desses direitos, mas cabe somente ao Executivo a execução das políticas, que por vezes justifica sua omissão com fundamento na escassez de recursos.

Diante da omissão dos poderes Executivo e Legislativo na prestação de políticas públicas, é direito do cidadão pleitear judicialmente a prestação pretendida, e ao Judiciário analisar e decidir tal demanda a fim de viabilizar a efetividade dos direitos constitucionais.

Destaca-se dessa forma, a imposição de exame da (in)conformidade da atuação administrativa, colecionada com as disposições da Constituição Federal, decorrentes a isso como consequência de que a análise das questões levadas ao Judiciário se dará, ainda que em sede cognição sumária, em dois desígnios: legalidade e constitucionalidade.

O presente estudo demonstrou portanto, que é possível ao Judiciário, sem que incida em ofensa à separação de poderes, determinar a adoção pelo poder público, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, fazendo prevalecer a letra constitucional e assegurar a sua eficácia, ocasionando o fenômeno da judicialização da política.

Conforme pautado no artigo, a sujeição do poder estatal às leis se esbarra na aplicação orçamentária, assim, a atuação do Poder Judiciário ocorre quando exposta violação constitucional ou quando existe o descumprimento, por ação ou omissão, dos poderes Executivo e Legislativo, deixando de implementar ou implementando em desvio de finalidade, a norma do orçamento, propiciando a negação do direito fundamental implementado.

Por fim, a partir da análise doutrinária e constitucional, o presente estudo ponderou que a não observância das limitações prevista em lei, autoriza o judiciário a intervir nas questões orçamentárias, impondo ao administrador nos parâmetros da reserva do possível, o dever de prestar a tutela fundamental, desde que seja possível fazê-lo diante das condições que cercam o ato.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07/05/2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 21. ed. rev., atual. e ampl – Belo Horizonte: Delrey, 2014.

CLÈVE, Clèmerson M. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOUCH, J. W.. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. 27ª Edição. Trad.: Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

LEAL, Rogério Gesta, HENNING, Mônica Clarissa. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas experiências Latino - Americanas e Europeias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em 29/09/2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAURICIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: A intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras** (Org.). São Paulo: Atlas S.A, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. 2ª Edição. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.



RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de direito financeiro**. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2. ed. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.