



# CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO: a política fiscal e as perspectivas para um desenvolvimento sustentável\*



### Pierre André da Rocha Andrade

Técnico de Controle Externo no TCE-RJ;

Mestre em Direito pela UNESA

**RESUMO:** O artigo trata da política fiscal e suas implicações para o desenvolvimento sustentável, estabelecendo, para tanto, a relação entre o controle do exercício do poder político e o estágio de evolução social de um Estado. Ressalta a importância da criação de um caminho seguro no que se refere ao controle de políticas públicas, livre de decisionismos e discricionariedades judiciais, ressaltando que não se trata de apenas deslocar o eixo de legitimidade de tais políticas. Demonstra a adequação da hermenêutica filosófica como meio para alcançar a única resposta constitucionalmente correta, superando o pragmatismo positivista de cunho liberal-individualista, que dá margem à possibilidade de múltiplas respostas. Indica os dogmas da discricionariedade administrativa e do princípio da separação dos poderes como obstáculos a serem superados e a necessária vinculação do administrador público aos princípios constitucionais como principal parâmetro para o controle de políticas públicas. Registra a necessidade de visualização do orçamento público como instrumento de efetivação de ações sustentáveis e do controle material de constitucionalidade, tanto no tocante ao conteúdo de suas normas quanto no que se refere à sua execução.

**ABSTRACT:** *The present article concerns the fiscal policy and its implications as regards a sustainable development by means of tracing the relationship between the control of political power practice and the phase of social evolution of a State. It also pinpoints how important it is to pave a safe way as far as the control of political power practice goes, free from a myriad of judicial decisionisms and discretionalties, and shows that the fact is not only based on diverting the axis of legitimacy of such policies. It also shows the adequacy of philosophical hermeneutics as a means to reach the only answer that is constitutionally correct, thus overcoming the positivistic and liberally individualistic pragmatism, which paves the way to countless possible answers. It equally denotes the principles of administrative discretionality and of power division as obstacles to be overcome as the main parameter for the control of public policies. It registers the need to regard the public budget as an instrument that can render as effective not only sustainable actions but also the material control of constitutionality, both as regards the contents of its rules and the way it is put into practice.*

**PALAVRAS-CHAVE:**  
Sustentabilidade;  
Controle; Política Fiscal.

**KEYWORDS:**  
*Sustainable Development;*  
*Control; Fiscal Politics.*

\* Artigo originado da monografia contemplada com o 1º lugar do Prêmio Ministro Gama Filho (2008/2009)

## INTRODUÇÃO

A época atual se caracteriza por um sem-número de paradoxos que, se por um lado, geram grande perplexidade social, por outro, demandam a adoção – cada vez mais urgente – de medidas capazes de adequar realidades e indivíduos.

A compreensão dessa nova modernidade passa necessariamente pela evolução histórica da sociedade e do Estado. Entretanto, deve ir além dessa historicidade e pressupor a identificação dos principais problemas decorrentes da multiplicidade e complexidade das relações contemporâneas.

Tais complexidades são expressas especialmente pelas inúmeras desigualdades geradas a partir dos primeiros processos de industrialização que caracterizaram o início da era moderna. A exacerbação do individualismo, a concentração de riquezas e o aumento do consumo sem qualquer preocupação com as consequências daí decorrentes geraram uma situação de insustentabilidade ecológica diante da manutenção do modelo social fundamentado no capitalismo individualista.

Decorre daí um dos principais paradoxos da modernidade, qual seja, a questão relativa ao desenvolvimento sustentável. Significa dizer que o modelo social vigente traz uma demanda crescente pela produção, pelo consumo e pelo emprego e, ao mesmo tempo, que tal movimento deve se pautar pela política de não agressão ao meio ambiente.

Tal concepção surgiu da noção de que a ação humana implica no risco da ocorrência de danos ao meio ambiente e à própria humanidade, ressaltando-se que o conceito de meio ambiente deve ser visto de forma mais ampla, incorporando a ação humana com todas suas repercussões para o meio ambiente natural e para a vida humana.



Ocorre que, conforme explicitado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o processo de produção decorrente da crescente industrialização gera uma série de riscos. Surge daí o conceito de sociedade de risco designando um "estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial" (BECK, 1997, p. 17).

Como o próprio Beck (1992) afirma, os riscos não se restringem apenas ao meio ambiente, já que as mudanças devem atingir as relações sociais, os modelos de emprego e consumo, as relações trabalhistas e a renda, pondo em risco, inclusive, o Estado como conhecido atualmente.

Ressalte-se, ainda, que além dos riscos que podem atingir a geração presente, outros mais devem ser considerados tendo em vista seus efeitos no que se refere às gerações futuras, sempre lembrando que vivemos em um mundo real onde todos os seres vivos estão conectados entre si e com os demais elementos existentes, desenvolvendo-se no mesmo padrão em rede, como procurou sistematizar Capra (2002).

Partindo do pressuposto da irreversível ligação dos seres humanos à teia da vida em nosso planeta, o físico defende a necessidade de organizarmos o mundo segundo um conjunto de crenças e valores que não tenha o acúmulo de dinheiro por único sustentáculo, e isso não só para o bem-estar das organizações humanas, mas para a sobrevivência e sustentabilidade da humanidade como um todo.

Certamente que as ações humanas têm repercussões muitas vezes imprevisíveis. Não há, portanto, como continuar a ignorar as inúmeras dimensões do mundo, bem como as possíveis implicações de nossos atos. Faz-se necessária uma mudança de paradigma de forma que sejam priorizados os valores da dignidade da pessoa humana e da sustentabilidade ecológica.

Portanto, em primeiro lugar, se impõe a correta percepção de quais são os riscos – presentes e futuros – associados às mais diversas atividades humanas. Uma vez identificados tais riscos e com o intuito de minimizar os efeitos daí decorrentes, impõe-se necessária a adoção de uma série de medidas de caráter regulatório.

É nesse contexto que se insere o Estado como agente transformador da realidade social, devendo tal papel ser exercido através dos instrumentos de que dispõe. Um destes instrumentos – considerado o poder estatal de cobrar tributos, restringir ou estimular determinadas atividades econômicas – é a correta utilização da política fiscal.

Sob esta perspectiva, o presente trabalho parte do conceito de desenvolvimento sustentável e sua disciplina constitucional para, posteriormente, identificando o papel social do Estado a partir da sua evolução histórica, demonstrar a necessidade de controle do orçamento público enquanto instrumento de implementação de políticas públicas tidas como prioritárias pela Constituição da República, especialmente no que se refere à política fiscal enquanto instrumento de viabilização e estímulo de ações ecologicamente sustentáveis.

A proposta ora defendida é que a política fiscal se constitua instrumento efetivo de estímulo às atividades socialmente responsáveis e ecologicamente adequadas. Para tanto, se faz necessário o controle material do conteúdo das normas orçamentárias, especialmente no que se refere à receita.

Não basta, portanto, que se proponha uma fórmula mágica para observância de determinadas regras na elaboração da política fiscal. A ideia central do presente trabalho é apresentar fundamentos constitucionais sólidos para que a política fiscal seja formulada em atendimento aos princípios constitucionais; e, caso contrário, como se daria a correção através do efetivo controle.



# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## UM DIREITO CONSTITUCIONAL

É certo que nem mesmo o conceito de desenvolvimento sustentável é algo que já esteja pacificado. Consideradas as variações correntes na doutrina, parece razoável o entendimento de Giddens (2001, p. 613), para quem "desenvolvimento sustentável significa que o crescimento deveria ser conduzido, pelo menos idealmente, de forma a reciclar os recursos físicos em vez de os esgotar e a manter os níveis de poluição no mínimo possível". Conforme explicita o mesmo autor, o termo 'desenvolvimento sustentável' foi introduzido, pela primeira vez em 1987 no relatório *O nosso futuro comum*, encomendado pela Organização das Nações Unidas.

Tendo em vista a contradição acerca do conceito de desenvolvimento sustentável, seus limites e possibilidades, vale citar as variações sintetizadas por Veiga (2005, p. 163):

A atual retórica sobre o desenvolvimento sustentável oscila entre essa sinistra visão de futuro, delineada por Georgescu, e a confiante crença de que surgirão, em tempo, os novos mercados e as inovações tecnológicas capazes de evitar, ou contornar, as catástrofes ambientais. Por isso, além de ter surgido a já mencionada distinção entre a sustentabilidade forte e fraca, também surgiu um sério debate sobre o caráter "objetivo" ou "subjetivo" do "conceito" de sustentabilidade (Hueting e Reijnders, 1998). E há ainda quem diga ser absolutamente necessário ir além da sustentabilidade para que seja possível abordar a atual de-

sordem existente no relacionamento humano com a natureza. (Jamieson, 1998)

Considerando o atual estágio da humanidade, os diversos desastres ambientais, a proliferação da pobreza e das doenças daí decorrentes, o aumento exacerbado do consumo, com a consequente produção de lixo, as perspectivas de esgotamento de muitos recursos naturais, especialmente no que se refere à escassez de água, não parece razoável a relativização do conceito de desenvolvimento sustentável.

Há quem chegue a afastar a ideia de desenvolvimento sustentável, reafirmando a tese da necessidade da preservação do meio ambiente natural. Tal posicionamento decorre da enorme relativização do que seria a sustentabilidade ambiental inerente ao próprio conceito.

Assim, as possibilidades de degradação ambiental – conforme defendido por aqueles que entendem que as futuras tecnologias serão suficientes para minimizar os efeitos danosos decorrentes das ações humanas – devem ser rejeitadas, sob pena de se inviabilizar o efetivo desenvolvimento sem prejuízo do meio ambiente e da própria condição humana.

É nesse sentido que se encaminha o estudo elaborado por Alier (1998), intitulado *Da economia ecológica ao ecologismo popular*, que, entre outros aspectos, discute o conceito de desenvolvimento sustentável. Certamente a crítica ao que se denomina desenvolvimento sustentável se dá pela incompatibilidade entre o modelo capitalista predatório voltado para o consumo e a sustentabilidade ambiental global.

Não restam dúvidas acerca da necessidade de se adotar uma visão mais restritiva sobre as possibilidades de desenvolvimento, tendo em vista a preservação do meio ambiente. Ressalte-se, ainda, que a própria questão do desen-

volvimento deve ser abordada de forma diversa daquela até hoje tratada sob a perspectiva liberal individualista.

Os próprios indicadores de desenvolvimento devem observar, especialmente, a qualidade de vida da população e os índices de conservação ambiental. Tal afirmação decorre da conscientização, cada vez maior, de que o simples desenvolvimento econômico não pode ser considerado como objetivo a ser alcançado pelo Estado ou por uma Sociedade que se proponha justa, solidária e ecologicamente sustentável.

Em face do que dispõe a Constituição da República, em seu art. 225, surgem alguns aspectos que jamais devem ser ignorados. O primeiro deles é que o direito ao meio ambiente equilibrado, que deve ser conceituado como o equilíbrio entre uma sadia qualidade de vida, desenvolvimento econômico e social, e sustentabilidade ambiental, foi elevado à categoria de direito constitucional do cidadão. Além disso, decorre do referido mandamento constitucional um dever imposto ao Poder Público, à Sociedade e ao Cidadão, no sentido de atuar de forma efetiva para garantir a efetivação de tal direito.

A outra questão primordial derivada do ideal constitucional é que as ações devem ser projetadas tendo sempre em vista o futuro da humanidade. Daí a necessidade de que todas as ações individuais, sociais ou estatais, sejam voltadas para a preservação do meio ambiente a longo prazo, de forma a não comprometer a qualidade de vida das gerações futuras.

Portanto, o desenvolvimento econômico não pode ser fundado na exploração predatória que produza o desequilíbrio ecológico ou comprometa a sadia qualidade de vida não só para as gerações de hoje mas também para as futuras. Ocorre que a nova modernidade ou 'segunda modernidade', nos dizeres de Beck (1992), impõe uma mudança paradigmática para o



enfrentamento dos principais problemas causados pela "primeira modernidade", conforme registrado/traduzido por Assmann (cf Beck, 2000):

No meu livro *Sociedade do Risco*, que apareceu na Alemanha em 1986, havia proposto a distinção entre uma primeira e uma segunda modernidade. Havia caracterizado a primeira modernidade nos seguintes termos: uma sociedade estatal e nacional, estruturas coletivas, pleno emprego, rápida industrialização, exploração da natureza não "visível". O modelo da primeira modernidade – que poderíamos denominar também de simples ou industrial – tem profundas raízes históricas. Afirmou-se na sociedade européia, através de várias revoluções políticas e industriais, a partir do século XVIII. Hoje, no fim do milênio, encontramos-nos diante daquilo que eu chamo "modernização da modernização" ou "segunda modernidade", ou também "modernidade reflexiva". Trata-se de um processo no qual são postas em questão, tornando-se objeto de "reflexão", as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade. E com tudo isso estão vinculados problemas cruciais da política moderna. A modernidade

iluminista deve enfrentar o desafio de cinco processos: a globalização, a individualização, o desemprego, o subemprego, a revolução dos gêneros e, *last but not least*, os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros. Penso que se estão consolidando um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida, muito diferentes daqueles das fases anteriores do desenvolvimento social. E é por este motivo que necessitamos urgentemente de novos quadros de referência, seja no plano sociológico, seja naquele político.

Certamente que a mudança paradigmática citada está diretamente relacionada à evolução estatal, já que o Estado mínimo do liberalismo deve dar lugar ao Estado Democrático e Social de Direito.

### A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O COMPROMISSO COM AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

Uma das questões mais delicadas alusivas ao tema ora tratado é o que se refere à legitimidade da Constituição da República, exigindo, necessariamente, a consolidação de uma teoria da constituição adequada à realidade brasileira, que enfatize o caráter vinculante de todas as suas normas, apesar do – ou até mesmo principalmente por – seu caráter compromissário e dirigente. Ou, como convencionou Streck (2004, p. 133 e segs.), uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT). Como lembra Bercovici (1999, p. 35), com propriedade, ao se analisar a problemática da constituição dirigente, deve ser observado o texto de determinada constituição. Não se trata de uma análise metafísica, dissociada do contex-

to histórico e das condições reais de mundo, mas de uma sociedade específica: a sociedade brasileira e sua Lei Maior:

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o "conceito de constituição constitucionalmente adequado".

Ao contrário do que poderiam concluir, apressadamente – a partir da afirmação de Canotilho (2001) de que "a constituição dirigente está morta" –, os inconformados com a transformação, introduzida pela Constituição de 1988, do Brasil em um Estado Democrático e Social de Direito, tal afirmação nem sequer tangencia a experiência brasileira. É certo que o constitucionalista lusitano fez suas considerações tendo em vista uma conjuntura muito específica, especialmente em razão das grandes mudanças ocorridas nos Estados Nacionais Europeus com a criação da Comunidade Econômica Europeia.

Além do mais, o estágio de desenvolvimento social brasileiro nem de perto se equipara ao dos países europeus, razão pela qual se mostra totalmente inadequada a adoção da teoria do direito reflexivo nos moldes defendidos por Canotilho para o sistema português em um país como o Brasil, onde vige o capitalismo predatório, e as elites, com o apoio das estruturas do Estado, se mostram deveras eficientes em seu projeto de manutenção de poder e de

concentração de riqueza (e terras).

Ao tratar da questão relativa à Constituição Dirigente, Streck (2004, p. 134) chama a atenção para a necessidade de contextualização da afirmação do mestre lusitano, além de deixar claro que uma teoria da constituição adequada deve observar o conteúdo fático e histórico de cada Estado.

O filósofo explica que a contextualização da tese da Constituição dirigente e compromissária dizia respeito, originariamente, à Constituição portuguesa, de traços nitidamente revolucionários, a ponto de prever, inclusive a "transformação do modo de produção rumo ao socialismo". Ressalta, ainda, que as revisões constitucionais eliminaram esse "caráter revolucionário". No caso brasileiro, a Constituição promulgada em 1988, "limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (*Welfare State*)."

É nesse contexto que se faz mais contundente a necessidade de assimilação das diversas dimensões da Constituição, não apenas no sentido formal, de organização político-jurídica – enquanto reprodutora do *status quo* –, mas especialmente no seu conteúdo material, axiológico, principalmente no que se refere ao

seu caráter produtor, transformador. Conforme afirmou o próprio Canotilho (*apud* GRAU, 2003, p. 432), "as Constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias".

Certamente que, na esteira dos ensinamentos de Streck (2004, p. 135), uma teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia deve comportar um "conteúdo compromissário mínimo", criando condições materiais de realização dos direitos fundamentais sociais ou, nas palavras do filósofo, "construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas".

A equivocada e limitada compreensão que a imensa maioria dos operadores do direito tem da constituição acabam por ensejar uma aplicação bem aquém das suas reais possibilidades. Ora, a Constituição brasileira – que permanece compromissária e dirigente – é clara quando determina que os objetivos fundamentais da República são: "construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos". Trata-se do próprio desenvolvimento sustentável.

Obviamente que, caso as desigualdades tivessem efetivamente diminuído (ao contrário da





crescente concentração de riqueza), caso a pobreza tivesse sido erradicada, o que não é, nem de longe, compatível com a realidade, poder-se-ia argumentar acerca da adaptação das normas constitucionais. Afinal, não precisaríamos mais de normas que determinassem a atuação do Estado sobre algo que não existe.

O que acontece, na realidade, é que Sociedade e Governo não atuam pautados pela vontade constitucional: quer dizer, a cada novo governante eleito, buscam-se mudanças constitucionais para adequar a Carta Magna aos ideais pessoais e transitórios. Trata-se de uma tentativa de processo de deslegitimação da Constituição.

É o que se verifica através do posicionamento de renomados juristas, ao defenderem a tese de que cada governante tem a possibilidade de formular as próprias políticas públicas, sem a necessidade de atender aos ditames constitucionais, como se esta fosse a real democracia. Parece ser este o caso de Moreira Neto (1997, p. 195) para quem:

O caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe.

Por um lado, é bom que fique claro que até mesmo entre os que assumem uma posição reacionária ao caráter dirigente da Constituição, na forma expressa, nota-se o reconhecimento de que a Carta Magna determina "fórmulas impositivas de políticas públicas", razão pela qual, os governantes devem pautar-se por essas diretrizes; em caso contrário, cometem inconstitucionalidades.

Por outro lado, devem ser consignados: 1) que o interesse público não se confunde com o interesse particular do governante, confusão corriqueira, e 2) é de se lamentar que, no Brasil, não haja norma que vincule a atuação dos governantes às suas propostas de campanha enquanto candidatos, o que faz com que, invariavelmente, as ações concretas do governante distanciem-se sobremaneira dos programas de governo do candidato.

Assim, mesmo que o povo escolha como será governado, uma vez "varridas da Constituição" as "fórmulas impositivas de políticas públicas", como proposto pelo administrativista, não haverá qualquer garantia de que as propostas do candidato serão convertidas em políticas públicas do governante – como é comum ocorrer. Além disso, a crise é agravada pelo fato de que, mesmo com uma Constituição extremamente avançada no que se refere às possibilidades de conquistas sociais – traduzidas especialmente pelas normas impositivas de atuação no sentido do desenvolvimento sustentável e redução das desigualdades por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais –, ainda se insiste na reprodução do direito fundado no império da lei ordinária, como se as normas constitucionais não fossem dotadas de eficácia plena e como se coubesse ao legislador ordinário dispor sobre que normas constitucionais seriam dignas de conteúdo jurídico. Essa importância secundária conferida ao direito constitucional é o que Streck (2004, p. 215) convencionou chamar de 'baixa constitucionalidade'.

A crise é agravada pela equivocada cisão entre o mundo real e o mundo jurídico, entre realidade e norma e pela consequente prevalência do procedimento sobre a substância, da liberdade formal sobre a igualdade material, do método sobre a verdade.

As normas constitucionais apenas passarão a ter eficácia à medida que as dimensões jurídica

e social sejam compreendidas conjuntamente. Em outras palavras: vinte anos após a promulgação da Constituição, ainda não assistimos ao seu acontecer.

Segundo lição de Canotilho (2002, p. 1186), "realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais" – todas as normas constitucionais, especialmente aquelas definidoras de direitos sociais, não apenas aquelas que favorecem a manutenção do *status quo*.

Ora, a Constituição determina que o Estado brasileiro adote políticas públicas que impliquem o desenvolvimento sustentável com a expressa sustentabilidade ecológica, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. No entanto, à exceção de alguns poucos paliativos, as decisões que emanam do poder central apenas fazem com que os ricos fiquem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres.

A política fiscal é um bom exemplo disso. Até hoje não foi implementada qualquer ação no sentido da tributação das grandes fortunas,

conforme previsto na Constituição. Ao contrário, cada miserável deste país, ao consumir produtos da cesta básica, está contribuindo para engordar a arrecadação de tributos, que, diga-se de passagem, bate recordes após recordes.

A proposta ora defendida é que a política fiscal se constitua instrumento efetivo de estímulo às atividades socialmente responsáveis e ecologicamente adequadas. E, para tanto, se faz necessário o controle material do conteúdo das normas orçamentárias.

### HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: UM CAMINHO SEGURO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

É certo que o desenvolvimento sustentável de uma sociedade de maneira segura deve estar fundamentado em uma base sólida. Para tanto, se faz necessária uma revolução paradigmática na forma de se entender e aplicar o direito.

A criação de uma teoria jurídica e filosófica adequada aos fins propostos se justifica à medida que a política fiscal brasileira é tradicionalmente desvinculada das prioridades constitucionais, sendo quase que pacífica a discricionariedade do administrador público ao estabelecer as diretrizes das políticas públicas de modo geral. Assim, a fundamentação teórica para a vinculação da política fiscal deve vir acompanhada, obrigatoriamente, do respectivo fundamento do controle jurisdicional para correção dos possíveis desvios.

Nesse sentido, torna-se obrigatória a desconstrução do discurso que fundamenta a discricionariedade administrativa, de forma a vincular a atuação do Poder Público a fim de adequar a política fiscal às prioridades constitucionais.

A proposta de construção de um caminho seguro para o referido controle supera a simples



substituição da discricionariedade do administrador público pela do juiz. A discricionariedade judicial e, por conseguinte, a possibilidade de diversas respostas constituem a base do positivismo jurídico exegético-normativista – ou dos neopositivismos –, fundado no esquema sujeito-objeto que pensa o direito metafisicamente, através de conceitos universais que desvinculam o direito do mundo prático, acabando por isolar o direito da sociedade.

Para que se atinja tal desiderato, a Constituição deve ser observada em toda a sua potencialidade e eficácia. No entanto, percebe-se que, praticamente vinte anos após a promulgação da Constituição do Brasil, ainda sofremos uma crise de efetividade, embora boa parte dos juristas venha trabalhando no sentido de conferir eficácia às normas constitucionais.

Essa crise deve-se, fundamentalmente, à reprodução do pragmatismo positivista de cunho liberal-individualista que ignora a realidade, criando fórmulas pretensamente universais aplicadas através do velho esquema sujeito-objeto e do método subsuntivo-dedutivo, conforme ensina Streck (2003, p. 79):

Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. Nesse contexto, o próprio ensino jurídico é encarado como uma terceira coisa, no interior do qual o professor é um *outsider* do sistema. A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. É nisto que se

baseia o casuismo didático: a partir da construção de "categorias", produzem-se raciocínios "dedutivos", como se a realidade pudesse ser aprisionada no "paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante".

Entretanto, parece que os caminhos traçados pela doutrina jurídica nacional não vêm surtindo os efeitos pretendidos. A simples importação de teorias jurídicas totalmente alheias à realidade brasileira, sem qualquer observância da realidade fática – fundadas em um paradigma metafísico que se pretende universal –, vem, comprovadamente, mostrando-se inadequada.

Tal afirmação é dirigida, em especial, às teorias procedimentais do discurso e da argumentação – Habermas e Alexy, apenas para citar os mais festejados por aqui – que cindem, metafisicamente, discursos de fundamentação (prévios) e discursos de aplicação. Significa dizer que, para ambos, interpretação e aplicação acontecem em momentos diferentes.

Mesmo em Dworkin (2001), autor cuja tese encontra pontos em comum com a hermenêutica filosófica – em especial na proposta da existência da "única resposta correta" (*the one right answer*) e na impropriedade da cisão do ato de interpretar; quer dizer, para o autor não há a separação entre interpretação e aplicação, da mesma forma que não há distinção entre discursos de aplicação e de fundamentação –, observa-se um descompasso com a realidade brasileira.

O referido pensador estabelece a indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis e defende a necessidade de se recorrer a princípios que estão situados fora do ordenamento jurídico. No entanto, tal premissa não se aplica ao caso brasileiro, já que nossa Constituição é permeada por princípios morais.

Em outras palavras, no caso brasileiro – como

de resto em diversas constituições de caráter compromissário e dirigente –, foram os princípios morais (como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da solidariedade, da justiça social, da igualdade) incorporados ao sistema jurídico, criando obrigações para o Estado; sendo, nas palavras de Bercovici (2003), "marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição", razão pela qual não subsiste a necessidade de busca de princípios morais fora do sistema positivo.

Parece claro o equívoco da posição positivista dos tribunais que, salvo raras exceções, ainda insistem na pretensão de interpretação genérica e abstrata da norma jurídica. Ora, quando o intérprete imagina determinado signo linguístico, seu pensamento imediatamente o remete – considerando a universalidade, sua vivência, seus pré-juízos, linguagem, tradição – à concretização de um objeto específico, e não a um conceito universal.

O mesmo deve acontecer com a norma: sua interpretação deve se dar quando da aplicação, observada não apenas a norma genérica e abstrata em si e a simples subsunção do caso concreto a esta norma, mas toda a universalidade de fatores que incidem sobre aquela situação, garantindo a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto.

Ocorre, entretanto, que o pensamento moderno ainda continua dominado pelas proposições cartesianas, o que é determinante para o estreitamento da compreensão da problemática do mundo. Com relação à discussão hermenêutica da ontologia cartesiana de mundo, vale citar a afirmação de Heidegger (2007, p.52), para quem:

Descartes radicalizou o estreitamento da questão do mundo, reduzindo-a à

questão sobre a coisalidade da natureza enquanto intramundano acessível numa primeira aproximação. Consolidou a opinião de que o conhecer ôntico de um ente, pretensamente o mais rigoroso, também constitui a via de acesso possível para o ser primário do ente que se descobre nesse conhecimento.[...] Com a explicitação radical da *extensio* como *praesuppositum* de toda determinação da *res corporea*, Descartes preparou a compreensão de um *a priori*, cujo conteúdo foi fixado posteriormente por Kant de maneira mais penetrante. Dentro de certos limites, a análise da *extensio* independe da falta de uma interpretação explícita do ser deste ente dotado de extensão. O ponto de partida da extensão como determinação fundamental do "mundo" possui a sua razão fenomenal, embora nem a espacialidade do mundo, nem a espacialidade primeiramente descoberta dos entes que vêm ao encontro do mundo circundante e, sobretudo, a espacialidade da própria presença possam por ela ser compreendidas ontologicamente.

Acontece, porém, que as coisas não são estanques no "mundo", não podem ser vistas ou interpretadas de forma isolada ou através de conceitos universalizantes, senão dentro de um contexto específico ou, nas palavras de Heidegger, a compreensão do "ser-no-mundo" como um "fenômeno de unidade".

Para que se compreenda bem o pensamento cartesiano, basta que se relembre a célebre metáfora do relógio, em que Descartes procura estabelecer uma comparação entre a referida máquina e tudo mais que existe na Terra, inclusive o homem.

Ocorre, entretanto, que, ao contrário do que





pregava Descartes, o mundo não é feito de peças e engrenagens que podem ser vistas, examinadas e tratadas de forma autônoma. Certamente que essa visão – em razão de seu caráter extremamente antiecológico, por ignorar as necessárias conexões entre tudo e todos no mundo – foi responsável por termos chegado a essa "grande encruzilhada":

Havendo assumido a pilotagem do processo evolutivo no planeta, em que rumo o homem irá afinal conduzi-lo: no sentido da plenitude da Vida, ou reversivelmente, em inesperada involução, na direção da Morte?

Essa indagação crucial vai aos poucos se abrindo a todos nós no presente, à medida que a humanidade, usufruindo de outra qualidade excepcional que a espécie humana introduziu no mundo – a reflexão –, começa a ter consciência de si mesma, e passa a se enxergar como o novo e supremo agente coletivo da História. Com efeito, o futuro da humanidade não comporta uma via única de solução dentro do processo evolutivo. Há mais de uma opção à nossa frente. A nossa espécie vive agora o

momento decisivo, em que já se sente perfeitamente responsável por si mesma e capaz de determinar em definitivo o seu porvir. (COMPARATO, 2006, p. 410)

A despeito de toda a evolução da humanidade, o ideal liberal de cunho individualista que tem predominado – em clara oposição ao que preconiza o Estado Social instituído pela Constituição do Brasil – é responsável pelo aumento da pobreza, das imensas desigualdades sociais e da constante exploração predatória do meio ambiente.

Obviamente que a proposta aqui defendida com vistas a garantir o controle efetivo das políticas públicas – especialmente no tocante à política fiscal – deverá se dar no caso concreto. Seria um contra-senso pretender estabelecer alguma espécie de procedimento que visasse garantir regras genéricas para o controle jurisdicional das políticas públicas.

No entanto, ao se considerarem os objetivos do Estado Democrático e Social de Direito estabelecidos na Constituição do Brasil – de caráter nitidamente compromissário e dirigente – e o atual estágio de desenvolvimento social brasileiro – caracterizado por um sistema de saúde

pública agonizante, educação pública caótica, e ausência de sistemas de saneamento básico na imensa maioria dos municípios brasileiros, aliados a uma das maiores cargas tributárias do mundo – não fica difícil a análise da constitucionalidade das políticas públicas adotadas no país; principalmente porque, via de regra, as ações administrativas não são voltadas ao atendimento dos ideais constitucionais.

É nesse contexto que a hermenêutica filosófica se mostra a solução mais adequada à construção de um caminho sólido para o controle jurisdicional de políticas públicas, de forma a garantir o cumprimento dos ideais constitucionais, livre de decisionismos e discricionariedades, característica essencial do positivismo, que já demonstrou seu esgotamento no que se refere à solução dos problemas da modernidade.

### O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A LEGALIDADE ESTRITA: O DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE

A interferência na formulação de qualquer política pública, como é o caso da proposta aqui defendida – de vinculação da política fiscal aos ideais constitucionais de desenvolvimento sustentável –, deve seguramente superar o dogma da discricionariedade administrativa. O posicionamento conservador dos nossos tribunais, no sentido de que os atos administrativos apenas podem ser fiscalizados no que se refere à sua legalidade estrita, tem sofrido severas críticas por boa parte da doutrina em razão do efeito nefasto que a imunidade ao controle tem produzido à sociedade. Certamente tal efeito decorre de vários fatores, sendo um deles – talvez o mais importante – o discurso ideológico fundamentador da discricionariedade, que impede que a realidade

de social possa ser simbolizada e considerada para fins de elaboração e controle de políticas públicas.

Esse discurso é resultado de uma "abstração jurídico-conceitual objetificante", que decorre do próprio pensamento metafísico que ignora a diferença entre o ser e o ente:

A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa o ser do ente. (STRECK, 2006, p. 131)

A discricionariedade administrativa é idealizada como conceito metafísico, resultado de fatores igualmente alienados – conveniência e oportunidade –, que é utilizada como verdadeira barreira à análise do caso concreto. Assim, a dita "discricionariedade" é visualizada como conceito em-si-mesmo, "descolado" da faticidade e historicidade que lhe são inerentes, de forma que nunca seja ultrapassada a sua superficialidade ou seu desvelamento.

A simples argumentação de que determinada escolha está circunscrita ao mérito administrativo, sendo, portanto, discricionária, é suficiente para que nossos tribunais afastem qualquer possibilidade de controle.

Ocorre que esse pensamento é reproduzido justamente em razão da equivocada visão cartesiana de mundo que ignora a diferença entre sujeito e objeto, tendo suas raízes fincadas na Idade Média, intensamente identificada no pensamento de Descartes. A compreensão do fenômeno passa, entretanto, pela compreensão de suas origens, contexto histórico e evolução dentro da sociedade no decorrer dos tempos.



A discricionariedade era considerada, no Absolutismo, a pura expressão do poder do rei, tendo sido, a partir da Revolução Burguesa, em 1789 – que trazia os novos ideais liberais, em especial no que se refere às liberdades individuais e à propriedade privada –, crescentemente limitada.

Com isso, o eixo da legitimidade foi deslocado do Poder Executivo – de quem foi extraída a competência para a elaboração de leis – para o Poder Legislativo. Portanto, ficou consolidada a ideia de que a vontade do povo substituiu a vontade do monarca, até então tida como absoluta.

Nesse novo contexto, caracterizado pelo Estado Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa passa a ser vista como algo que deve ser extirpado, por ser incompatível com o novo regime de submissão geral à lei – expressão da vontade popular e limite do poder administrativo.

É aí que também se insere a teoria dos "freios e contrapesos", idealizada na separação dos poderes de Montesquieu (1996), como instrumento de limitação do poder estatal e do mútuo controle, objetivando o impedimento do exercício de arbitrariedades.

Após anos de árduas batalhas entre defensores e críticos desse resquício do absolutismo, a discricionariedade administrativa passou a ser aceita, excepcionalmente, como margem de atuação do administrador público em face da impossibilidade prática de previsão legal de toda e qualquer hipótese de possível ocorrência. Mas essa excepcionalidade foi, aos poucos, sendo cada vez mais aceita à medida que se justificava a escolha administrativa como um meio para se atingir aquele fim traçado na norma.

Já como afirma Krell (2004, p. 23-24), ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade daí decorrente, as "normas-objetivo" ou "normas de criação" (*Gestaltungsnormen*), para o moderno Estado Intervencionista, "servem de base jurídica na implementação de políticas públicas", deixando que este eleja, com "larga margem de discricionariedade", os meios adequados a se atingirem os referidos fins.

Com base nesse raciocínio, a Administração passou a atuar com uma liberdade cada vez maior nas suas escolhas – de acordo com critérios de conveniência e oportunidade – para o alcance dos fins previstos na lei. A partir daí, o conceito de discricionariedade administrativa ganha contornos de dogma à medida que a compreensão do fenômeno, de forma crescente, se afasta da realidade – em especial no que se refere à utilização dos ditos "conceitos jurídicos indeterminados".

Levando em consideração a existência de tais conceitos no texto legal, estaria ampliada a margem de atuação do administrador público. Se as referidas "normas-objetivo" ou "normas de criação" traçam os objetivos a serem atingidos pela Administração, a esta cabe eleger os melhores e mais adequados meios para a realização das políticas públicas necessárias à realização destas finalidades.

Ora, não há como conceber a existência de

"conceitos jurídicos indeterminados", salvo sob uma ótica metafísica alienada das condições de mundo. Tais conceitos não existem senão dentro de uma realidade específica. Afinal, termos como "interesse público", "idoneidade moral", "notória especialização", "elevado saber", "boa-fé", "preço justo", "miséria", não representam nada enquanto simples signos. Não podem, portanto, ser interpretados segundo o paradigma metafísico-objetificante, quer dizer, os conceitos em-si-mesmos não podem ser tratados como objetos separados do mundo social pelo intérprete.

Conforme ensina Bandeira de Mello (1998, p. 52), essa "indeterminação só existirá em abstrato" ou, nas palavras de Garcia de Enterría:

*(...) no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación... já que al estar refiriéndose a supuestos concretos y no vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos ala calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto: o hay buena fé o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se hay faltado a la probidad o no se hay faltado. Tertium non datur. Esto es el esencial del concepto indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una 'unidad' en cada caso.*

No entanto, tais conceitos são utilizados com vistas à ampliação do alcance da discricionariedade administrativa, de forma que esta atinja não somente os atos políticos por natureza, mas também outros, que estariam fundados em normas caracterizadas por con-

terem os ditos "conceitos jurídicos indeterminados".

Ao discorrer sobre a recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil, Krell (2004, p. 21-49) contextualiza a criação das referidas teorias no período do pós-guerra, já que o controle judicial da Administração Pública aumentou consideravelmente nesse período, tendo em vista "a amarga experiência do regime nazista, que erradicou o controle judicial dos atos do Governo e da Administração do regime totalitário".

Certamente que a teoria acerca da discricionariedade administrativa desenvolveu-se em razão da situação peculiar pela qual passava a Alemanha do pós-guerra, o que demonstra a importância de se levarem em consideração as peculiaridades da sociedade na elaboração de uma teoria jurídica que se pretenda legítima e válida.

É por isso que se mostra cada vez mais necessária a criação de uma teoria do controle da Administração Pública que observe a evolução histórica e a situação a que chegou a sociedade brasileira, que convive com as mais variadas





formas de desvio de poder, além de uma crescente situação de desigualdade social e exploração predatória do meio ambiente, enquanto o Estado continua trabalhando no sentido de favorecer as mesmas elites, que, há séculos, vêm obtendo as maiores benesses estatais.

Ao abordar o controle da Administração Pública, Freitas (1995, p. 324-337) faz menção ao conceito dos "atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios", conforme proposto por Dworkin (2001), afirmando que o administrador "jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde – eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que na concretização dos atos ditos plenamente vinculados".

De acordo com esse posicionamento, qualquer ato administrativo editado em descompasso com algum dos princípios constitucionais deve ser anulado, posto que irregular.

É certo que o discurso ideológico fundamentador da discricionariedade criou, através de uma "abstração jurídico-conceitual objetificante", uma categoria jurídica completamente dissociada do mundo real: um dogma. Ocorre, entretanto, que a aplicação desse conceito deve se dar justamente nesse mundo real, o que gera um descompasso entre o mundo prático e o mundo jurídico, afastando as reais possibilidades de controle.

Assim, o que deveria ser – como tolerado no início de sua inclusão no Estado Democrático de Direito – uma ferramenta posta nas mãos do administrador para atingir, da melhor forma, as finalidades previstas na lei, passa a ser um poderoso artifício para aqueles que atuam com desvio de poder ou arbitrariedade, principalmente em razão da ausência de controle judicial neste sentido.

## A POLÍTICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

### POSSIBILIDADES DE CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Pretende-se aqui abordar a problemática do orçamento público de maneira bastante diversa daquela que vem sendo usualmente tratada pela doutrina jurídica, principalmente tendo em vista que as principais obras acerca do tema se ocupam de aspectos meramente formais. Quer dizer, se limitam a estudar a matéria isoladamente, sob pontos de vista financeiro ou orçamentário, ignorando o conteúdo material das principais leis relativas à destinação dos recursos públicos e sua adequação às diretrizes traçadas na Constituição.

Portanto, partindo da atual ordem constitucional estabelecida, serão estudadas outras dimensões do orçamento público, para, a partir daí, identificar elementos que possibilitem o seu controle material de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade material do orçamento e da execução das políticas públicas que o compõem deve prescindir, entretanto, de uma mudança de paradigma, de forma que o direito seja trazido para o mundo real, através da superação do discurso positivista metafísico de pretensões de universalidade. Nesse aspecto, será adotada a nomenclatura "orçamento" em sentido amplo, tendo em vista a total ausência de implicação prática na referida distinção (plano plurianual, lei de dire-

trizes orçamentárias e lei orçamentária anual), já que o controle de constitucionalidade ora proposto tem a pretensão de alcançar o conteúdo – material – das referidas leis e a sua adequação às prioridades constitucionais.

A principal dimensão tratada aqui se refere ao orçamento enquanto diretriz não apenas dos gastos públicos – e, como consequência, principal meio de materialização das políticas públicas de uma maneira geral –, mas especialmente da receita pública, tendo em vista que a política fiscal se mostra como poderoso instrumento de viabilização de ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Portanto, a principal questão que deve ser respondida, nesse cenário, é: a que interesses serve o Orçamento Público?

Aspecto de fundamental importância para os fins deste estudo é a demonstração da necessidade de que o orçamento, bem como das políticas públicas que o compõem, seja encarado como instrumento de estímulo às ações social e ecologicamente responsáveis, conforme preconizado na Constituição do Brasil.

Este deve ser o ponto de partida para o contro-

le orçamentário, que deverá se dar em duas etapas distintas:

A primeira delas deve observar o conteúdo material de todos os programas, projetos e atividades – no que se refere à despesa pública –, além de toda e qualquer natureza de receita previstos no orçamento público.

A outra etapa se refere à execução orçamentária propriamente dita, quer dizer, ao *modus operandi* do Poder Executivo na condução das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias, já que, muitas das vezes – para não dizer na maioria esmagadora delas –, o orçamento público executado não guarda qualquer relação com aquele aprovado pelo Poder Legislativo.

## O CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS

A primeira etapa objeto da presente proposta de controle orçamentário leva em consideração o conteúdo das normas orçamentárias e sua compatibilidade com as prioridades cons-



titucionais. Nesse aspecto, é bom que fique consignado com absoluta clareza que o orçamento público não deve ser alvo de controle apenas no que se refere à despesa pública, mas especialmente no que concerne ao aspecto da arrecadação, ou seja, a receita também deve ser alvo de controle.

Embora os poucos estudos existentes acerca do controle orçamentário indiquem, em sua maioria, a necessidade de controle dos gastos públicos, isto é, da despesa, a receita pública não pode ser ignorada, posto que a política fiscal pode significar tanto o sucesso quanto o fracasso de medidas que visem à evolução de ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Ao fixar as alíquotas relativas a tributos, o Poder Público deve levar em conta as suas consequências, de forma que estimule ações privadas no sentido do atendimento das prioridades constitucionais. Tal aspecto ganha especial relevância se observado o contexto brasileiro, com uma das maiores cargas tributárias do mundo, que chega, inclusive, a inviabilizar uma série de atividades produtivas e ecologicamente responsáveis.

Exemplificando, seria o caso de um orçamento público que contemplasse a previsão de receitas levando em consideração uma determinada carga tributária a incidir sobre as variadas etapas da construção civil. A julgar pelo peso desta carga, estar-se-iam inviabilizando ações privadas fundamentais para a construção e popularização de habitações, contrariando, por conseguinte, a norma constitucional que prevê a moradia como um direito social.

Não significa dizer, com isso, que o Poder Público esteja impedido de tributar todas as ações que impliquem no atendimento dos ideais constitucionais.

Entretanto, toda a fixação de alíquotas deve ser precedida de um estudo que justifique – tendo em vista a necessidade de

implementação de políticas públicas que viabilizem a popularização da moradia (como no caso exposto) – qual a tributação adequada, de forma que não prejudique a receita e, ao mesmo tempo, estimule a construção civil a ponto de atender à norma constitucional.

Obviamente que tais estudos acerca da previsão de receitas devem se dar em toda a amplitude orçamentária, de forma a garantir que as atividades relacionadas aos ideais constitucionais recebam tratamento tributário que favoreça a sua implementação.

No entanto, o que acontece, via de regra, em todos os níveis da Federação, é que a previsão de receitas é feita sem qualquer compromisso com a realidade, fazendo com que, invariavelmente, a execução seja algo totalmente distinto daquilo que foi traçado na Lei Orçamentária.

Portanto, além do compromisso que a previsão de receitas deve ter com aquilo que realmente se espera da arrecadação – fundamentada em estudos que justifiquem a adoção dos referidos números –, o aspecto mais importante a ser observado é se estes estudos foram direcionados no sentido de dar atendimento às prioridades constitucionais. Caso contrário, o orçamento público continuará a ser mera peça de ficção, com a simples previsão de receita e fixação de despesas públicas, inclusive no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a lei orçamentária somente poderá sofrer controle de constitucionalidade no seu aspecto formal, ou seja, quando houver dispositivos alheios à previsão de receita ou fixação de despesa, com base no chamado princípio da exclusividade. Assim, partimos do pressuposto que toda a receita prevista no orçamento público obedeceu a rígidos estudos que comprovaram ser aquela política pública de arrecadação tributária compatível com as prioridades constitucionais.

Na prática, o que tem ocorrido atualmente é a política fiscal favorecer os setores que, embora representem uma parcela ínfima da população brasileira, têm grande poder de decisão quando se trata do direcionamento das políticas públicas, já que, na maioria das vezes, foi responsável pelo financiamento das campanhas políticas que resultaram na eleição daqueles "representantes do povo".

Assim, o sistema eleitoral brasileiro possibilita que pequenos grupos de pessoas, porém de grande poder econômico, exerçam fortes pressões para o direcionamento das políticas públicas, o que determina que tais políticas sejam encaminhadas não no sentido do que determina a Constituição, mas para favorecer às mesmas classes que vêm, há longo tempo, se beneficiando dos recursos – que não são poucos – expropriados de toda a sociedade.

É nesse sentido que a Constituição deve ser vista como um remédio contra as "maiorias eventuais", devendo o Poder Judiciário atuar com vistas a garantir que os gastos públicos

sejam direcionados às prioridades constitucionais, e não às prioridades de pequenos grupos de pessoas – que há muito se deleitam em farto banquete preparado às custas da miséria da imensa maioria da população brasileira.

Portanto, o presente estudo direciona-se no caminho de indicar a possibilidade de controle do orçamento público como um todo, especialmente no que se refere à previsão de receitas. O que se pretende é que o conteúdo material do orçamento seja objeto de controle amplo, de forma a garantir que suas normas expressem a garantia da efetividade dos valores protegidos constitucionalmente.

O orçamento – enquanto diretriz, tanto da receita quanto dos gastos públicos – deve ser um instrumento de efetivação dos direitos sociais como forma de exercício da cidadania e de estímulo à implementação de ações ecologicamente responsáveis, sem as quais não se atinge o pleno Estado Democrático e Social de Direito.

É nesse sentido que caberá sempre o controle

O sistema eleitoral brasileiro possibilita que pequenos grupos de pessoas, porém de grande poder econômico, exerçam fortes pressões para o direcionamento das políticas públicas





da constitucionalidade material do conteúdo das normas constantes do orçamento, quer dizer, se os programas e as metas nele contemplados traduzem efetivamente os valores tidos como prioritários na Constituição; caso contrário, a correção do desvio poderá se dar por meio da intervenção da justiça constitucional através de mecanismos adequados.

### O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

O controle material do conteúdo das normas orçamentárias é, certamente, o ponto de partida para a garantia da eficácia de um orçamento constitucional. No entanto, tal aspecto, por si só, não é o suficiente para garantir, por meio de uma política fiscal adequada, o cumprimento das prioridades constitucionais, especialmente no que tange à efetividade das ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Caso não haja o controle da execução orçamentária – tanto no que se refere à sua despesa, ou seja, no que concerne à destinação das verbas públicas, quanto no tocante aos meios e fins relacionados à previsão da receita –, corre-se o risco de se continuar com a prática, invariavelmente adotada em todos os níveis da Federação, de um orçamento executado totalmente dissociado daquele efetivamente aprovado pela lei respectiva.

A falta de compromisso do Poder Público com o orçamento chega a ponto de, em muitos casos, ocorrer a execução de um orçamento paralelo. Quer dizer, não há sequer um ponto de tangência entre o orçamento efetivamente executado e aquele outrora aprovado.

Acontece que, muito embora a Constituição determine que os Tribunais de Contas devem operacionalizar a fiscalização (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial),

não apenas no que se refere à legalidade, mas especialmente quanto à legitimidade das escolhas administrativas, nota-se que, seja no acompanhamento da execução orçamentária, seja na apreciação e julgamento das prestações de contas, são observados principalmente os aspectos formais.

Portanto, mesmo que o orçamento tenha sido elaborado com observância das prioridades constitucionais, de nada vale se a sua execução não se der nos moldes previstos originariamente.

Nesse contexto, vale ressaltar a importância do papel que os Tribunais de Contas – que contam com corpo técnico especializado – podem desempenhar em auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade da execução orçamentária. Ora, de nada vale uma lei orçamentária aprovada em consonância com as prioridades constitucionais caso sua execução esteja em descompasso com as normas ali estabelecidas. A ideia, portanto, é de que os Tribunais de Contas – que têm a competência constitucional para fiscalizar não só a legalidade, mas também a legitimidade, não apenas do destino dado aos recursos públicos, mas especialmente da previsão e execução da receita pública, conforme já mencionado anteriormente – atuem, *mutatis mutandis*, como os *special masters* nos casos das reformas judiciais produzidas nos sistemas penitenciário e educacional norte-americanos, conforme lembra Gouvêa (2003, p. 16):

As reformas judiciais levadas a cabo no sistema educacional e penitenciário norte-americano caracterizaram-se por uma complexidade que, no mais das vezes, inviabilizava sua supervisão pelo magistrado isoladamente. A maioria dos juízes valia-se de auxiliares – os *special masters* ou *compliance*

*coordinators* – regimento financiados e especializados, cujas funções abrangiam desde o acompanhamento diuturno das obras nos presídios até a discussão de planos e a elaboração de regulamentos visando a aclarar pontos obscuros das sentenças ou dos acordos.

Em sua pioneira obra sobre o controle jurisdicional das omissões administrativas, o Promotor carioca questiona se, no Brasil, seria possível o dispêndio com os chamados *special masters*, já que "o atendimento aos direitos prestacionais mais essenciais periga por falta de verbas".

A preocupação parece bastante válida, princi-

palmente porque as verbas públicas não são destinadas, prioritariamente, ao atendimento dos direitos fundamentais sociais preconizados na Constituição.

Todavia, é bom que se esclareça a diferenciação entre "falta de verbas" e destinação equivocada, ou inconstitucional, de verbas.

Aliás, o próprio Gouvêa (2003), ao analisar a autoaplicabilidade enquanto atributo dos direitos fundamentais condicionada pela "reserva do possível", refere-se ao "predicado de prioridade".

Conforme já foi dito, não há que se falar em falta de verbas para saneamento público, saúde e educação, por exemplo, em um orçamento que contemple – e efetivamente execute –

quantias superiores a duzentos milhões de reais para gastos em publicidade, quando a soma de todos os recursos destinados à área social não alcança a mesma cifra. O que se verifica, na prática, é a inconstitucionalidade não apenas da despesa pública, mas também da receita, razão pela qual deve ser feita esta pequena ressalva ao excelente trabalho em referência.

Já em relação aos gastos públicos com a contratação de especialistas no acompanhamento da execução orçamentária, a solução mais adequada seria a atuação conjunta do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade moderna evoluiu a ponto de deparar-se com um sem-número de paradoxos que geram grande perplexidade social e demandam a adoção urgente de medidas capazes de adequar realidades e indivíduos.

A partir da observação da evolução histórica da sociedade e sua relação com o Estado é que essa nova modernidade passará a ser compreendida. Todavia, deve ser superada a simples historicidade através da identificação dos principais problemas decorrentes da multiplicidade e complexidade das relações contemporâneas.

A partir do início da primeira revolução industrial, vão sendo criadas situações de aumento das desigualdades sociais. E certamente que a concentração de riquezas e o individualismo exacerbado guardam estreita relação com a cultura do consumismo, que vem gerando uma situação de insustentabilidade ecológica. Decorre daí um dos principais paradoxos da modernidade: a questão relativa ao desenvolvimento sustentável.

Considerando que as ações humanas implicam a ocorrência cada vez maior de riscos desconhecidos, se impõe, de imediato, a correta percepção e identificação destes riscos – presentes e futuros – associados às mais diversas atividades humanas. Uma vez identificados, e no intuito de minimizar os efeitos daí decorrentes, faz-se necessária a adoção de uma série de medidas de caráter regulatório; cabendo, assim, ao novo Estado utilizar as diversas possibilidades relacionadas à política fiscal para estimular as ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Portanto, a partir do conceito de desenvolvimento sustentável e sua disciplina constitucional, pretendeu-se demonstrar não apenas a possibilidade, mas a necessidade de controle do orçamento público enquanto instrumento de implementação de políticas públicas tidas como prioritárias pela Constituição da República, especialmente no que se refere à política fiscal como instrumento de viabilização e estímulo de ações ecologicamente sustentáveis.

Nesse contexto se inserem os Tribunais de Contas – que têm a competência constitucional para fiscalizar não só a legalidade, mas também a legitimidade do destino dado aos recursos públicos –, atuando, *mutatis mutandis*, como os *special masters* nos casos das reformas judiciais produzidas nos sistemas penitenciário e educacional norte-americanos.

## REFERÊNCIAS

- ALIER, Joan Martinez. *Da economia ecológica ao ecologismo popular*. Blumenau: FURB, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Relatividade da Competência Discricionária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212., p. 49-56, abr./jun. 1998.
- BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. In: GIDDENS, A., BECK, U. e LASH, S. (Orgs.) *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 45-69.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade global de risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo*. Tradução Selvino J. Assmann, 2000. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em 27 fev. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75-107.
- \_\_\_\_\_. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, 1999, p. 35-51
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPRA, Fritjof. *Conexões Ocultas*. São Paulo: Cultrix. 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FREITAS, Juarez. Os Atos Administrativos de Discricionariade Vinculada aos Princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 324-337, jun. 1995.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas - Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Resenha de um "Prefácio" (Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, 2. edição). In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 423-436.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, Trad. Rev. Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 2. ed. Petrópolis, Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.
- KRELL, Andréas J. A Recepção das Teorias Alemãs sobre "Conceitos Jurídicos Indeterminados" e o Controle da Discricionariade no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra (org.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. uma nova crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável - o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.