

IV

CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA. ESCOLHAS PÚBLICAS NA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO: ENTRE SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – Política e direito nas escolhas públicas da atividade financeira do Estado Democrático de Direito – 2. Estado e poder na atividade financeira do Estado Democrático de Direito – 3. Democracia como legitimidade da Constituição Financeira e a proteção da dignidade da pessoa humana – 4. A relação entre Constituição Financeira e Constituição Político Federativa: entre separação de poderes e atividade financeira do Estado: 4.1 Decisão política da atividade financeira – legalidade e discricionariedade – 5. A Constituição Financeira e os limites do gasto público na decisão das escolhas públicas – 6. Decisão política e Estado Social – autonomia democrática e vedação a interferências sobre decisões coerentes com a Constituição: 6.1 A decisão política e os meios para realização do intervencionismo – 7. Controles da decisão política na Constituição Financeira – 8. A captura da decisão política pelo Judiciário e os limites da interpretação constitucional na Constituição Financeira – os atropelos do ativismo e do chamado “neoconstitucionalismo” em matéria financeira – a garantia de prevalência do legislador democrático – 9. Considerações finais – A garantia de proteção da decisão política na atividade financeira do Estado.

1. Considerações iniciais – Política e direito nas escolhas públicas da atividade financeira do Estado Democrático de Direito

A noção de *Constituição material*, até meados do século XX, limitava-se à Constituição Política. Assim, matérias da “Constituição” eram apenas as que diziam respeito à separação e organização dos poderes e órgãos do Estado. Neste estudo, a noção de “Constituição Política” vê-se renovada, agora compreendida como Constituição parcial do Estado Democrático de Direito (e não mais o único conteúdo da Constituição material), a contemplar as regras vinculadas à forma, estrutura e organização do Estado e aquelas de limitação do poder. Dentre estas, a democracia, a divisão de poderes e o federalismo, cláusulas de identidade constitucional do Estado (art. 60, § 4.º, da CF). Daí preferirmos o termo Constituição Política-Federativa para identificar essa parcela material da Constituição.

A intertextualidade funcional entre Constituição Financeira e Constituição Político-Federativa é contínua e necessária. Política e direito coincidem nas *escolhas públicas* que se operam na atividade financeira do Estado.

Por *escolhas públicas* deve-se entender aquelas atividades de decisão dos agentes políticos,¹ mediante atos legais ou administrativos, segundo critérios democráticos ou funcionais controlados pelo Direito, exercidas ao longo de toda a atividade financeira do Estado. Este esforço de racionalização da decisão política com finalidade financeira,² posta à altura das suas mais elevadas aspirações e expectativas, vê-se renovado pelos valores e fins constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Esclareça-se, desde logo, que a expressão “escolha pública” não equivale a alguma tradução da usualmente referida à escola americana da *public choice*.³

Propugnar por uma teoria da decisão política aplicada ao direito financeiro não equivale a romper com a juridicidade ou abrir espaço para subjetivismos.⁴ A raciona-

1. Neste conceito deve-se compreender inclusive o chamado “ordenador de despesas”. “La notion d’ordonnateur semble dépasser un cadre strictement administratif. Il est à l’origine de la dépense et de la recette, laissant place à la décision et, dans une certaine mesure, à l’opportunité. Décider implique de faire des choix qui, lorsqu’ils sont relatifs à la chose publique, reviennent par principe à une autorité qui relève du pouvoir politique” (THÉBAULT, Stéphane. *L’ordonnateur en droit public financier*. Paris: LGDJ, 2007. p. 91). Para uma obra que examine os critérios políticos destas escolhas, veja-se: RUBIN, Irene. *The Politics of Public Budgeting: Getting and Spending, Borrowing and Balancing*. 6. ed. Washington: CQ Press, 2010.
2. Assim explica Hans Peter Schneider: “En esta determinación funcional de la Constitución queda especialmente patente su carácter finalista y orientativo (normatividad intencional). La Constitución contiene directrices y objetivos para toda la actividad estatal, especialmente para la legislación. Por tanto, es un orden de configuración política. Y por otra parte limita la actividad estatal de cada uno de los órganos entre sí, así como su relación con el individuo, por lo que es al mismo tiempo un orden de protección jurídica” (SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 42).
3. A escola da “public choice” identifica uma teoria econômica que teve largo impulso com a obra de James Buchanan e Gordon Tullock, intitulada “*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*”, publicada em 1962, ainda que fosse doutrina já conhecida desde o final do século XIX. Surge como uma crítica à economia de bem-estar (*welfare economics*), basicamente, à obra de Pigou, para identificar critérios para decisões políticas quando presentes “falhas de mercado”, ou seja, quando verificada a incapacidade de alocação eficiente de recursos em economias de mercado, o que pode ocorrer devido à atuação do Estado na economia, externalidades, informações inadequadas etc. Diante de alguma dessas falhas, justificar-se-ia a necessidade da intervenção do Estado para corrigi-las, a autorizar o emprego dos critérios racionais de controle, objeto da “public choice”, mas sem indicar qualquer solução aos problemas enfrentados. Diferentemente do caso americano, a Constituição brasileira já contempla todas as regras autorizadoras do intervencionismo estatal, bem como os fins constitucionais do Estado e as regras de dirigismo, justamente o que a obra mencionada sugere como solução (a constitucionalização dos critérios ou instituições por uma “Constituição Econômica”). Diante disso, não se toma o termo “escolha pública” com qualquer equivalente ao que se verifica em obras dessa linha teórica da Economia, cujos méritos são conhecidos, mas não adequados para o direito financeiro. Cf. BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Michigan: University of Michigan Press, 1965.
4. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. 2, 352 p.

lização jurídica propiciada pela constitucionalidade da política vê-se legitimada pela democracia, que passa, com o Estado Democrático de Direito, a assumir prevalência axiológica em todos os procedimentos formais da atuação do Estado.

Com a passagem do *Estado de Direito*, no qual a lei detinha o privilégio de máxima força estatal, sem controle de constitucionalidade ou com controles meramente formais, para o *Estado Constitucional*, a Constituição deixa de ser um “código” do poder do Estado, que o organiza e confere competências, para abranger, progressivamente, os direitos e liberdades fundamentais, assim como sua atuação na ordem social e econômica, até alcançar a sua forma mais acabada do Estado Democrático de Direito. Daí a importância de uma “Teoria da Constituição”, a partir das competências, princípios e garantias que definem o Estado e indicam seus fins no âmbito da Constituição Total.⁵

Estado Democrático de Direito é aquele que atende, dentre outros, aos paradigmas de separação de poderes, legalidade, autoaplicabilidade das normas constitucionais, efetividade de direitos e liberdades fundamentais e controle de constitucionalidade formal e material, mas principalmente onde a democracia impera como critério de legitimidade dos atos jurídicos, em conformidade com a Constituição.

É nesse contexto institucional que a decisão política da escolha pública, na *atividade financeira do Estado*, ganha nova dimensão, não mais como atos de exercício de pura “autoridade” estatal, vontade manifesta de agentes burocráticos⁶ desprovida de controles jurídicos, mas como resultado de escolhas patrocinadas por órgãos legitimados por procedimentos democráticos,⁷ e conforme com os fins constitucionais do Estado.

Como observa José Afonso da Silva, “a configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático

5. Cf. FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. p. 84; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002; TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, l'état*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, 1991; GRAÑA, Eduardo; ÁLVAREZ, César. *Principios de teoría del Estado y de la Constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003; HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Ferro. Buenos Aires: Astrea, 2007.

6. “Il governo è il ‘principale’ dell’attuazione delle decisioni pubbliche. La burocrazia pubblica – intesa nel senso lato del termine che include anche gli insegnanti, i medici, l’esercito, la polizia, e gli stessi organi giudiziari e di controllo – costituisce l’assieme degli ‘agenti’ (o agenzie) che tali decisioni realizzano, tutelano e controllano” (FORTE, Francesco. *Principi di economia finanziaria* (trattato di economia pubblica). 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. p. 135).

7. No dizer de Lourival Vilanova: “O que a democracia acrescenta ao Estado liberal é a posição de sujeito portador de direitos subjetivos públicos, especificamente, de direitos subjetivos políticos; tais direitos importam na participação do povo-órgão no processo de poder. A relação torna-se dúplice: relação de coordenação – no povo participante – e relação de subordinação, o povo autolimitado, subordinado ao poder que é por ele mesmo instituído. Esse autogoverno é a democracia” (VILANOVA, Lourival. *A crise do Estado sob o ponto-de-vista da teoria do direito*. Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: Axis Mundi, 2003. vol. 2, p. 54).

e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera, na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁸ Definido o modelo hermenêutico, “criar” o Estado equivale ao mesmo que promover a permanente aplicação dos regimes jurídicos constitucionalizados, segundo a separação dos poderes,⁹ o federalismo, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais e todas as competências e fins atribuídos pela Constituição aos órgãos do Estado.

A conduta do Estado em relação à dignidade da pessoa humana e conteúdo dos direitos sociais e políticos, de se ver, acentua a diferença entre o novo Estado Democrático de Direito e aqueles modelos de Estado de antanho, a justificar integral revisão do modelo para a aplicação do direito financeiro, a partir do modo como a Constituição Financeira é interpretada no âmbito desse constitucionalismo.¹⁰

Política é poder, e o direito financeiro requer o poder juridicamente qualificado para decidir sobre as escolhas da atividade financeira, mormente quando a Constituição funda um Estado Social,¹¹ com compromissos desenvolvimentistas, dirigido à efeti-

8. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119. Este sentido de revolução pode ser bem compreendido na obra de Lourival Vilanova: “Dá-se à revolução conteúdos diversos. Fala-se de revolução econômica (o industrialismo capitalista), de revolução religiosa (o protestantismo), de revolução literária (o romantismo): em todos os setores da cultura há processo revolucionário. Não poderia deixar de haver revolução política: a que implanta novas formas de organização de poder e novas estruturas à sociedade na qual se exerce o poder. A revolução política é implantação de nova forma à *civitas*, à *polis*” (VILANOVA, Lourival. *Teoria jurídica da revolução* (anotações à margem de Kelsen). In: _____. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. vol. 2, p. 43). Cf. ainda: DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998; GREWE, Constance; RUIZ FABRI, Hélène. *Droits constitutionnels européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 160; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Grasset, 1986; BARCELLONA, Pietro. *Dallo stato sociale allo stato immaginario*. Torino: Bollati Boringhieri, 1994. p. 234 e ss.; DÍEZ MORENO, Fernando. *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

9. Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes*. Historias constituyentes de la trinidad constitucional. Madrid: Trotta, 2007.

10. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*: Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Giuffrè, 2006. p. 346 e ss.; MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 367 e ss.

11. “El principio del Estado social no se refiere a elementos estructurales de tipo institucional o legitimador, ni tampoco a garantías delimitadoras, como las que están incluidas en el principio del Estado de Derecho. Se plantea más bien como un fin del Estado y como un mandato de acción para los órganos del Estado, que se orienta hacia la desaparición del antagonismo y la desigualdad social en la sociedad, así como a asegurar para todos los supuestos sociales imprescindibles para la realización de la libertad” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 129). “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma

vidade de direitos fundamentais, proteção da dignidade da pessoa humana e redução de desigualdades sociais e regionais, o que somente pode ser alcançado com respeito à função social da propriedade e redistribuição de riqueza.

Sem decisão política, a atividade financeira do Estado resulta mera gestão patrimonial, reduzida a simples exercício de burocracia, sem direção política ou qualquer conformidade com os anseios do povo, segundo os rumos da democracia.

A organização da atividade financeira do Estado pressupõe a organização política e administrativa, como observa Veiga Filho.¹² É por esse motivo que a Constituição Financeira acopla direito e política, por ser esta imprescindível à ação do Estado na sociedade, por meio da Administração e da ação política.

Como um conceito material de Estado Constitucional somente pode ser obtido, como lembra Häberle, como expressão do poder juridicamente constituído e limitado por princípios constitucionais, como direitos fundamentais, divisão de poderes, independência dos tribunais, além de ser controlado de forma pluralista e legitimado democraticamente, o papel da Constituição quanto ao aspecto financeiro será ainda aquele de legitimar, pela democracia, a atuação política na atividade financeira do Estado, atendidos os critérios e procedimentos legais ou constitucionais válidos.¹³

Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigo-verno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 383). Como diz César García Novoa, “hay que recordar que el Estado social y el Estado democrático de Derecho no son fórmulas contradictorias y que el Estado social no legitima una relajación de las garantías del Estado de Derecho ni un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses del particular en aras de una voluntad de sobredimensionar los intereses generales. La fórmula Estado social y democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social – a la que no se quiere renunciar – a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real” (GARCÍA NOVOA, César. *El concepto de tributo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 103); FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de clerecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 68-106.

12. VEIGA FILHO, João Pedro da. *Manual da ciência das finanças*. 4. ed. São Paulo: Monteiro Lobato, 1923. p. 19.

13. No Estado Democrático de Direito, todos os direitos são de aplicação imediata, a exigirem decisões políticas e escolhas democráticas sobre a forma de efetivação, ou como observa Regis Fernandes de Oliveira: “Desnecessário definir, explicar ou identificar os denominados direitos humanos individuais, coletivos ou sociais. Depreendem-se do ordenamento normativo. Todos têm aplicação imediata independentemente de qualquer legislação complementar. Eventualmente, alguns exigem lei intermediária. No entanto, se o legislador não exerce sua competência, eles não podem ser negados pelos tribunais, porque, a pretexto de não legislar, não pode ser frustrado o exercício de direitos essenciais da pessoa humana. O problema é

Os controles jurídicos da ação da política, vê-se, não podem chegar à negação das escolhas públicas, ao inibir, tolher ou abstrair a decisão política da atividade financeira do Estado, que é sempre revestida de juridicidade, nos seus procedimentos e formas. Impedir ou embaraçar a decisão política que atende aos ditames jurídicos é o mesmo que invadir competência, em contrariedade à divisão de poderes e à democracia.

Esta exigência de convergência entre política e direito para a atuação da atividade financeira do Estado não pode ser recebida como novidade. É mera aplicação do direito positivo. Basta verificar que a Lei 4.320/1964, no seu art. 2.º, já prescreve que “a Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a *política econômica financeira* e o *programa de trabalho do Governo*, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade”. Portanto, se o orçamento não contemplar esta representação da política e dos programas de governo, suficientes para evidenciar as escolhas públicas sobre receitas e despesas, não cumprirá juridicamente sua função constitucional e legal.

O orçamento deve ser um meio de transparência da aplicação do direito positivo (leis e atos administrativos primários que decidiram sobre a realização das despesas e receitas públicas) e da política (*política econômica financeira* e *programa de trabalho do Governo*), que se integram na atividade financeira do Estado.

2. Estado e poder na atividade financeira do Estado Democrático de Direito

A condição do Estado como ente social e histórico, cuja soberania popular manifesta-se pelo poder constituinte que instaura a Constituição, não se limita a um *corpus* meramente jurídico, desprovido da política. Esta minimização da política na atuação estatal, em parte, representa a crise da doutrina do Estado, com prevalência da Teoria da Constituição empregada como mera técnica, como bem esclarece Gilberto Bercovici.¹⁴

Sensível a esta percepção do papel da política, para Carl Schmitt, a Constituição deveria ser compreendida como “decisão”, aquela do poder constituinte, entendida

que, para o exercício de todos os direitos, é imprescindível que haja recursos” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos públicos*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 122).

14. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 384 p.; _____. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150. “A soberania popular tem sido, entre nós, meramente retórica e ornamental. O povo brasileiro, aliás, jamais exerceu, nem mesmo simbolicamente, o principal atributo da soberania, que é a aprovação da Constituição e de suas mudanças” (COMPARATO, Fábio Konder. Em busca de um remédio para a disfunção estrutural do estado contemporâneo. In: COUTINHO, Aldacy (Colab.). *Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor Antonio Jose Avelãs Nunes*. Portugal: Coimbra, 2009. p. 173). Cf. TAVARES, Andre Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 61 e ss.

como unidade política do povo.¹⁵ Para ele, o Estado seria um *status* dessa unidade, onde viceja toda a autoridade e valor da soberania, que é expressão máxima da política. Por isso, mesmo quando se rompe a *unidade jurídica* da Constituição vigente, ainda assim remanesce aquela *unidade política* do Estado.¹⁶ Ao diferenciar Constituição de Lei Constitucional, entende que a Constituição seria uma decisão sobre o tipo e a forma da unidade política do Estado, em virtude da qual a Lei Constitucional contemplaria uma diversidade de normas jurídicas sobre distintas matérias. Quando a Constituição diz que o Estado é uma república ou que o poder emana do povo, aí se encontra a “constituição”; tudo o mais seria “lei constitucional”. As críticas de Klaus Stern a essa separação são procedentes.¹⁷

Não descuramos, como antecipado, do papel da política na atuação do Estado ao longo de toda a sua atividade financeira. A Constituição surge a partir do “poder constituinte”; mas ela não apaga ou dilui a “soberania”, que remanesce com o povo e poderá a qualquer tempo usá-la para renovar o *poder constituinte*.¹⁸ Esta mesma

-
15. O resumo de Paulo Bonavides é esclarecedor: “A Constituição na acepção positiva emana, segundo Schmitt, de um ato do poder constituinte. A vontade política unitária existente é que se decide por uma Constituição; ela é o próprio Estado, ou seja, a unidade política do povo, capaz de introduzir novas formas fundamentais de organização”. Prossegue: “A Constituição, decisão consciente, vale por força de uma vontade política que existe, ou seja, a vontade que a elaborou, e toda normatização da lei constitucional pressupõe portanto tal vontade”. E conclui: “Fazendo secundário o formalismo da norma constitucional, Schmitt declara que as leis da Constituição valem por se fundamentarem na Constituição e têm por pressuposto essa Constituição, sendo por conseguinte a decisão política prévia a base de toda a regulamentação normativa ordinária e constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 183).
 16. Paulo Bonavides, entretanto, coloca uma questão fundamental: “Em rigor, o decisionismo de Schmitt é mais formalista do que material, não se prestando pois a fundamentar uma teoria material da Constituição, apesar de haver ele partido da realidade e não da norma, ressaltando sobretudo o lado político das Constituições” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 239). Cf. DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007. p. 5. Veja-se ainda: SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003. 377 p.; assim como seu discípulo: FORSTHOFF, Ernst. *Lo stato della società industriale*. Milano: Giuffrè, 2011; e um dos mais importantes estudiosos da sua obra: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Giuffrè, 2006.
 17. Na sua descrição do modelo mencionado, diz Klaus Stern: “Este concepto decisionista de constitución pasa por alto que la decisión del poder constituyente tiene que materializarse en una norma, a fin de poder actuar de manera constituyente” (STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 204).
 18. “La sovranità rimane piuttosto ivi contenuta potenzialmente e troverà il suo detentore concreto, di cui ha sempre bisogno, nell'autorità che sia in grado di decidere effettivamente in ultimo grado, in caso di conflitto, sul contenuto e sull'applicazione della costituzione”

soberania articula-se entre órgãos e competências do Estado, para o cumprimento da Constituição, razão pela qual direito e política são indissociáveis.

O poder expresso pela decisão política, mormente na deliberação sobre o destino da atividade financeira do Estado, não é menos do que parcela do poder soberano, ainda que limitada, sob a forma de “competência”. Por conseguinte, o princípio da divisão ou separação de poderes, como distribuição de funções entre os órgãos da estrutura do poder constitucional, segundo competências, equivale, necessariamente, a parcela de poder político, como expressão parcial da soberania.

O constitucionalismo ganhou força ao longo do século passado como o único modo de dominação do poder do Estado. A função precípua da Constituição seria limitar juridicamente o Estado, controlar as ações das decisões políticas segundo rigorosos procedimentos e formas jurídicas.

Agora, o império da “lei” dá lugar ao império da “Constituição”, e a lei passa de uma posição de preeminência para uma relação de necessária *conformidade*,¹⁹ como observa Gustavo Zagrebelsky, subordinada permanentemente à “Constituição”.

Certo, porém, Klaus Stern, quando diz que essa tarefa ou atitude de resistir e enfrentar os excessos de poder do Estado não é apenas da Constituição, mas um esforço que deve ser de todos os cidadãos, inclusive pela expressão democrática.

Entenda-se aqui a Teoria da Constituição como forma de compreender a Constituição pelo seu aspecto dogmático, na sua ordenação de limitação do poder e realização dos valores democráticos.²⁰ Aparentemente, é um lugar-comum dizer que a Constituição é o instrumento normativo fundamental, ou ordenamento básico do Estado, mas a Teoria da Constituição a assume com essa qualidade e propõe-se a densificar seu conteúdo, na relação com a sociedade, mediante instituições democráticas.

Desse esforço de constitucionalização (ou de juridicização) da política e do Estado, ao longo de todo o constitucionalismo, a pretexto de controlar o Estado, firmou-se o

(BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Giuffrè, 2006. p. 595). Cf. ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francesco. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 2. ed. Bari: Laterza, 2004. p. 390.

19. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 56. Ver: CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La legge, espressione della volontà generale*. Trad. Mariana Calamo Specchia. Milano: Giuffrè, 2008. vol. 76; DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

20. Segundo Kelsen: “Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131).

sentido de que a Constituição, como texto jurídico, deveria limitar ao máximo a aplicação da política, com prevalência do direito.

Essa atitude, porém, ao confundir a necessidade de limitação jurídica do Estado com verdadeira eliminação da política na interpretação constitucional, prestou-se como forte inibidor para um desenvolvimento de teorias sobre o papel da política nas escolhas democráticas que se operam na atividade financeira do Estado.

Com as constituições de Estado Democrático de Direito, a política retoma lugar privilegiado, haja vista o intervencionismo e o dirigismo do Estado,²¹ necessariamente, dependerem da política para formulação dos programas, metas, políticas públicas, medidas de redistribuição de rendas e outros.

A Constituição elege critérios de diferenciação entre o espaço da política e aquilo que se reserva ao direito, o que faz geralmente de modo expresso para tudo quanto somente possa ser decidido ou cumprido juridicamente.²² Matérias há para as quais a Constituição reduziu qualquer escolha política à competência exclusiva do legislador, e sob angustos limites, como é o caso da tributação. Em outros, porém, o espaço da política é mais amplo, tanto sobre a criação quanto sobre o próprio conteúdo das leis. Garante-se, assim, a coerência jurídica da Constituição e todos os atos infraconstitucionais, mas também permite-se o espaço da escolha política, naquelas hipóteses deixadas à livre escolha do legislador ou do Executivo, segundo os critérios democráticos.

Logicamente, onde a Constituição reduziu a prevalência da escolha política, por exigência de legalidade ou restrições expressas ao próprio legislador ou ao Executivo, a escolha passa a ser de exclusividade do direito, ainda que à política caiba decidir sobre o conteúdo e a melhor oportunidade da alteração. Salvo nestes, a escolha política tem seu espaço assegurado e não pode ser enfraquecida ou afetada por interferências de poderes ou órgãos diversos. Seu único limite será a Constituição.

A Constituição do Estado Democrático de Direito fecha o sistema jurídico, a partir do seu texto, mas não esgota a juridicidade nem exclui a política, mesmo com a exigência de legalidade, para a qual a escolha política vê-se limitada.

No Estado “Democrático”, poder político e poder jurídico devem conviver integrados na Constituição Político-Federativa. E isso porque, ao tempo que as competências

21. Ressalta-se conhecer a crítica lançada no capítulo introdutório da obra: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brancos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p. Para um exame dos fins do Estado: DOEHRING, Karl. Estado Social, estado de derecho y orden democrático. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 107-208.

22. Como assinala Klaus Stern: “El poder del Estado sólo se legitima si puede apoyarse en la constitución. Esta es la gran conquista del Estado Constitucional frente al Estado Absoluto. Todos los pouvoirs constitués tienen que ser reconducidos a la constitución; esta es la base de todo el ordenamiento jurídico, el cual no puede estar en contradicción con ella” (STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 221).

equivalem a parcelas do poder constituinte, os órgãos de decisão agem também com poder político, segundo os procedimentos e escolhas democráticas.

É nesse particular que a democracia assume máxima força eficaz. Se a novidade do Estado Constitucional de Direito Social é ser “democrático”, então a Constituição desse Estado deve assegurar meios de proteção para as escolhas públicas perpetradas pela decisão política dos órgãos democráticos.

O Estado Democrático de Direito, sabe-se, não se legitima apenas pela soberania do poder constituinte. Exige a contínua efetividade da *democracia*, expressa pela manifestação de vontade de homens livres. Neste, o cidadão, afastada a condição de súdito ou de submissão à autoridade, ao amparo do império da Constituição do Estado Democrático de Direito, sujeita-se aos atos públicos pela legitimação da formulação democrática e pela compatibilidade com os direitos e liberdades fundamentais, com garantias processuais para imediata intervenção, no caso de eventual descumprimento.

É importante destacar o sentido no qual se emprega o termo “Estado”, que pode significar, como bem observado por Carl Schmitt, o “direito” (dever ser) ou uma dada “forma de organização coletiva” (ser).²³ Essa diferenciação sobressai, igualmente, quando se fala do conceito de Constituição Financeira, que pode ser compreendida como o conjunto de normas jurídicas que regem a atividade financeira do Estado (dever ser), ou à atuação do Estado na realidade econômica, mediante realização concreta dos planejamentos, gastos e intervenções conforme a Constituição Dirigente (Estado como situação fática, na condição de “organização coletiva”).

A atividade financeira do Estado, no âmbito de uma Teoria da Constituição, colhe a organização estatal ao menos sob três perspectivas: 1) como complexo de órgãos legislativos e executivos habilitados para tomar decisões, nos limites entabulados pela Constituição, das escolhas sobre despesas públicas, gestão do patrimônio estatal e destino das receitas públicas, que dão continuidade à atividade financeira (*decisão política ou jurídico-legislativa*); 2) como atividade administrativa dos órgãos de Estado que realizam, *in concreto*, os atos da atividade financeira (*atos administrativos*); e 3) como conjunto de competências com capacidade para promover a atuação do Estado e determinar funções a serem atendidas pela atividade financeira estatal (*atos administrativos, de intervenção ou legislativos*).²⁴

Como soma das competências em matéria financeira,²⁵ a “atividade financeira do Estado” equivale à síntese de todas as *competências financeiras* da Constituição, que pode

23. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2003.

24. Cf. STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 238.

25. “En definitiva, el poder financiero no puede concebirse en la actualidad como una categoría unitaria derivada de la soberanía, sino como una fórmula abreviada para designar las competencias en materia hacendística; esto es, como el *haz de competencias constitucionales y de potestades administrativas de que gozan los entes públicos territoriales, representativos de intereses primarios, para establecer un sistema de ingresos y gastos*” (MARTÍN QUERALT, Juan; SERRANO, Carmelo Lozano; CASADO OLLERO, Gabriel; TEJERIZO LÓPEZ, José

ser *legislativa*, para instituir as leis necessárias à criação ou autorização de receitas ou despesas, como também *administrativa*, na gestão e aplicação dos recursos públicos e realização das despesas, ou ainda *jurisdicional*, como as relativas aos controles externos, pelos tribunais de contas, ou de controle de constitucionalidade, inclusive pelo STF e demais juízes ou tribunais.

Na concretização da Constituição Financeira, pelas fontes de receitas ou forma de destino ou de realização dos gastos públicos, orientados sempre pela designação dos fins e valores constitucionais, a *decisão política* volta a ter lugar privilegiado na atuação do Estado Democrático de Direito, porquanto se faz imprescindível que a escolha pública seja reflexo de toda a Constituição a incidir, o que somente poderá se legitimar quando esta escolha-decisão for intermediada pelos representantes democráticos, segundo as preferências suscitadas pelo voto.²⁶

Correta, pois, a afirmação de Regis de Oliveira, para quem:

“A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas”.²⁷

Destarte, a decisão política na atividade financeira do Estado afirma-se como manifestação do poder financeiro, mas sob uma mudança de paradigma que não se pode olvidar: agora, não é o Poder Financeiro do Estado que legitima a atividade financeira como ato de “autoridade”, mas a democracia que o autoriza,²⁸ mediante escolhas políticas de governo ou do legislativo (lei) que não podem contrastar com a Constituição.

Manuel. *Curso de derecho financiero y tributario*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 197). Ver ainda: PEREZ ROYO, Fernando. *Derecho financiero y tributario: parte general*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 27.

26. Nesse sentido são os estudos de Finanças Públicas das escolas americanas, sobre a relação direta entre eleição, votos, escolhas públicas e redistribuição de rendas, inclusive quanto às repercussões intergeracionais, afóra aqueles da “Public Choice”, dentre outros: HILLMAN, Arye L. *Public finance and public policy: responsibilities and limitations of government*. Cambridge: Cambridge, 2008, p. 393-460; TRESCH, Richard W. *Public finance: a normative theory*. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2002; STIGLITZ, Joseph E. *Economia del Settore Pubblico – Fondamenti teorici*. Trad. Alessandro Balestrino e Giuseppe Pisauro. 2. ed. Milano: Hoepli, 2013.

27. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 331.

28. “El principio de la división de poderes no aparece como algo opuesto al principio democrático, como un criterio de legitimación propio e independiente para el ejercicio del poder del Estado, de tal modo que fuera necesario llegar a un equilibrio entre ambos. Antes bien sus efectos solo se despliegan dentro del principio democrático y en su terreno.” E prossegue: “No existe ningún título jurídico que permita que algunos ámbitos del ejercicio del poder del Estado se liberen de la exigencia de la legitimación democrática” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 122-123).

3. Democracia como legitimidade da Constituição Financeira e a proteção da dignidade da pessoa humana

O âmbito normativo do princípio da *democracia* deve ser construído a partir da Constituição. O seu conteúdo essencial assegura e protege as instituições ou procedimentos democráticos de legislação, administração (como se encontra no preâmbulo e nos arts. 1.º, art. 17, art. 34, VII, a, art. 91, art. 127, art. 194, parágrafo único, VII, art. 206, VI, art. 215, IV, art. 216-A).²⁹ É evidente, pois, a força axiológica do projeto democrático da Constituição de 1988.

O sufrágio livre, universal, secreto e direto, essência da legitimidade da representação na democracia brasileira, confere identidade à origem de todas as escolhas, de onde emanam os poderes atribuídos a representantes ou governantes majoritários para que tenham poderes de realização das escolhas públicas, em conformidade com os fins constitucionais do Estado e segundo os procedimentos democráticos.

No Estado Democrático de Direito, a democracia assume prevalência como regra de identidade constitucional, o que coloca os mecanismos de escolha dos governantes e as formas de composição ou de funcionamento dos órgãos do Estado submetidos formalmente não apenas às leis e à Constituição, mas aos procedimentos democráticos, por serem instituições que devem atuar democraticamente,³⁰ ou

29. “El fin del Estado es sólo el hombre. Y así el Estado es un mero medio para el fin que constituye el hombre” (MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 279). “A democracia determina de que forma e por meio de qual processo o povo participa no domínio sobre si mesmo” (DOEHRING, Karl. *Teoría do estado*. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 239). Ver: SCHNEIDER, Hans Peter. La constitución: función y estructura. In: _____. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 40. Para um excelente estudo comparado: LAUVAUX, Philippe. *Les grandes démocraties contemporaines*. 3. ed. Paris: PUF, 2004; ROSS, Alf. *Por que Democracia?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 3. ed. São Paulo: Edusp, 1987; DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012; _____. *Sulla democrazia*. Roma: Laterza, 2000.

30. A democracia é critério de legitimidade, mas também é medida de garantia: “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Varias veces he articulado la noción de democracia constitucional a partir de su relación con las cuatro clases de derechos en las cuales, a su vez, he dividido la categoría de derechos fundamentales: la *democracia política*, asegurada por la garantía de los *derechos políticos*; la *democracia civil*, asegurada por la garantía de los *derechos civiles*; la *democracia liberal* (o liberal-democracia) asegurada por la garantía de los *derechos de libertad* o la *democracia social* (o social-democracia): asegurada por la garantía de los *derechos sociales*. De aquí se desprende una noción cuatridimensional de la democracia como modelo normativo” (FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. p. 90-1). “Las vinculaciones y limitaciones del poder del Estado procedentes del Estado de Derecho están ya contenidas en parte en el principio democrático, en la medida en que los derechos de libertad e igualdad democráticos son condiciones constitutivas de la democracia misma. Pero, más allá de

seja, com participação da sociedade, como uma forma de governo sempre inclusiva, nunca excludente; participativa, nunca autoritária; numa síntese, submetida aos fins e valores da Constituição.³¹

A democracia pressupõe homens livres que se autodeterminam sob a égide da Constituição e das leis. Em vista disso, a “dignidade da pessoa humana” é pressuposto para a proteção da individualidade daqueles que constituem o “povo” e que são o fim maior do Estado Democrático de Direito. Na democracia, protegem-se igualmente as “minorias”,³² para que estas possam ter espaço e, se assim for o desejo manifesto do povo, amanhã possam também atingir a condição de “maioria”.

esto, estos derechos representan auténticas limitaciones para el poder político que ejerce el dominio constituido democráticamente” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 125). Ou como observa Carl Schmitt: “La democrazia è una forma di Stato che corrisponde al principio di identità (cioè del popolo concretamente esistente con se stesso in quanto unità politica). Il popolo è il titolare del potere costituente e si dà esso stesso la sua costituzione. Inoltre, la parola democrazia può indicare un metodo di esercizio di determinate attività statali. Caratterizza quindi una forma di governo o di legislazione e significa che nel sistema della distinzione dei poteri uno o più di questi poteri, per la legislazione o il governo, sono organizzati secondo principi democratici con la più ampia partecipazione possibile dei cittadini” (SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*, Milano: Giuffrè, 1984, p. 297).

31. No Dizer de Regis de Oliveira: “O importante é encontrar mecanismos que possam dar legitimidade à participação popular. No orçamento participativo, por exemplo, em que se torna obrigatória a consulta à população sobre suas necessidades, deve haver instrumentos que possam permitir a livre manifestação da vontade. Não se pode excluir a manifestação da oposição. O debate, a dialética de argumentação deve fluir para que permita a captação da necessidade efetiva e real de determinada comunidade. (...) Dir-se-á que democracia é a prevalência da vontade da maioria. Nem sempre, no entanto. Apenas há a prevalência da vontade efetiva da maioria, quando esta respeita a minoria. Na medida em que a minoria não reconhece qualificação à maioria, rompe-se o diálogo e perde-se a pureza da participação popular. Enquanto a maioria utiliza métodos persuasivos de captação da vontade da minoria, permitindo a livre fluência do debate, há a qualificação da comunicação. Quando, no entanto, se percebe que a discussão livre das ideias é mera formalidade para que se chegue rapidamente ao resultado final, há farsa. De nada adianta, pois, pretender o controle social, se não há mecanismos hábeis e adequados para se chegar à efetiva captação da vontade correta” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 389).
32. Como observa Ataliba, quanto às minorias: “Balladore Pallieri dá especial ênfase ao problema da representação das minorias e respeito a seus direitos, expressando grave cuidado doutrinário com o tema, na linha de uma louvável preocupação democrática. É que só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada, e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 98).

E a Constituição de 1988 ampliou a capacidade de participação do povo nas decisões de Estado. Com abertura para a participação popular, a democracia³³ deixa de ter uma expressão meramente simbólica para assumir papel decisivo na articulação entre política e direito, Constituição e sociedade.³⁴ Diz Häberle que o Estado Constitucional democrático da atualidade entende-se e vive-se a partir do poder constituinte do povo.³⁵ O povo, no pluralismo total do Estado, é o único titular do poder constituinte.

Ao Estado impõe-se o respeito ao princípio de dignidade da pessoa humana como condição de existir da própria democracia. Se a soberania decorre do “povo”, visto na sua totalidade, esta é a fonte de afirmação da condição necessária, liberdade, igualdade e dignidade dos indivíduos, unitária ou coletivamente considerados, o que somente pode ser alcançado pela efetividade dos direitos e liberdades sociais. Nas relações intersubjetivas de interdependência no âmbito social, a garantia da dignidade humana, como lembra Werner Maihofer, conjuga-se com a garantia de solidariedade entre os homens. Não é por menos que a dignidade humana requer o combate à miséria, à pobreza ou condições prejudiciais de trabalho ou de vida social. Eis a essência da democracia, pois se o povo é o único detentor do poder, a dignidade e a solidariedade são os esteios de sustentação de toda democracia.

Na coletividade, não são apenas relações comutativas que se operam entre as pessoas, pela isonomia. Ao contrário, elas podem ser exploradas ou discriminadas. Ciente disso, a Constituição, no art. 3.º, veda qualquer forma de discriminação, como objetivo fundamental. Da liberdade e do coletivismo, porém, sobressaem sempre as diferenças entre as pessoas, por classe social, renda ou condições geossocioeconômicas. Por isso, cabe ao Estado o dever de realizar políticas de intervencionismo para reduzir essas diferenças, o que deve fazer em nome da dignidade da pessoa humana ou da solidariedade, para assegurar o aprimoramento das melhorias de vida do povo, o que se verifica como um dever de concretização da democracia, nos atos de escolhas públicas. O princípio da dignidade da pessoa humana concorre para a justiça financeira, como fonte de legitimidade das redistribuições de rendas.³⁶

33. Nesta linha: “A legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar a validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo da ordem. O princípio democrático serve como legitimador da constituição no sentido da congruência entre a soberania popular e o Estado democrático estabelecido na constituição, como serve de princípio de validade do constituinte, ou seja, como modo de expressão da vontade soberana” (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 18).

34. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. 112 p.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1181.

35. Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Ferro. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 239. Cf. DEBBASCH, Charles et al. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4. ed. Paris: Economica, 2001. p. 92. Cf. CHEROT, Jean-Yves. *Droit public économique*. Paris: Economica, 2002. 712 p.

36. Nesse sentido, veja-se: APOSTOLI, Adriana. *La svalutazione del principio di solidarietà*. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia. Milano: Giuffrè, 2012; CASADO OLLERO,

Em vista disso, a Constituição não apenas prescreve a dignidade como também garante sua proteção, com controle de constitucionalidade e outras garantias formais e materiais. O Estado Democrático de Direito, como ordem axiológica, está obrigado à busca do bem-estar e dignidade de todos.

Enão faltam exemplos na Constituição, como prescreve o art. 194, parágrafo único, VII, cabe ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: “VII – *caráter democrático e descentralizado da administração*, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. Ou conforme o art. 198, III, da CF: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III – *participação da comunidade*”. Também é o caso do art. 204, II da CF:

“As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II – *participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis*”.

Ou ainda do art. 206, VI, da CF: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “(...) VI – *gestão democrática do ensino público, na forma da lei*”.

Por conseguinte, a noção de justiça social aprimora-se axiológica e metodologicamente pela dimensão do valor solidariedade, haurida do princípio da dignidade da pessoa humana, para orientar a atividade financeira do Estado. O caráter prestacional dos direitos positivos, o garantismo ou mesmo a assunção de ônus ou obrigações são seus principais efeitos. Basta pensar nas cobranças de contribuições sociais, nas isenções ou subvenções sociais, nos programas de redução de desigualdades ou mesmo em direitos sociais prestacionais.³⁷

Neste modelo participativo, consolida-se o princípio de Estado Democrático de Direito, nas suas máximas possibilidades, justamente no que concerne à aplicação dos

Gabriel. Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero. *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, vol. 39, n. 203, p. 1158, 1989. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teoria de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008. 174 p.; VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. 169 p.; GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie générale des valeurs et le droit: Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: LGDJ, 1982. 282 p.

37. Como assinala Griziotti: “Pertanto l'interesse pubblico rimane condizionato dal criterio della solidarietà sia dal lato delle spese sia da quello delle entrate pubbliche” (GRIZIOTTI, Benvenuto. *Sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 248 e ss.); “Na república todo cidadão é responsável pelo bem comum” (DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 240).

recursos públicos nas atividades financeiras do Estado. Uma democracia que deve ser formal e material, com integração efetiva da participação popular e do controle social.³⁸

4. A relação entre Constituição Financeira e Constituição Político-Federativa: entre separação de poderes e atividade financeira do Estado

A Constituição Financeira depende intrinsecamente da Constituição Político-Federativa, que se ocupa da organização de Estado, na medida em que toda a atividade financeira desenvolve-se pelas pessoas de direito público interno, com observância da separação das autonomias e competências e das múltiplas relações existentes.³⁹

A Constituição Financeira, pelos valores em suas normas, comunica-se com a realidade e com a política, para definir as decisões financeiras da atuação do Estado. Esta vertente não se confunde, logicamente, com o texto da Constituição Política, que rege a forma de organização e atuação da política em toda a extensão do Estado, numa relação interdependente. E, tanto, que não existiria atividade financeira do Estado ou Constituição Financeira se não fosse a Constituição Político-Federativa.

Como dito acima, a política tem sua Constituição material, que é a Constituição Político-Federativa, a qual responde pela organização da estrutura de poder e pelo regime jurídico do seu exercício.⁴⁰ A separação de poderes continua como princípio

38. “Não se pode falar em democracia formal, em que se democratizam as instituições, mas não se democratiza a sociedade. Enquanto esta se vir alijada dos procedimentos decisórios, não há democracia. Há arremedo. Há burlesca encenação de episódios. (...) Esta é luta entre iguais” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 39).

39. Catarino, corretamente, diz: “a Constituição política financeira contém, por isso, normas especificamente financeiras e, para além destas, normas mais gerais, que corporizam uma dada ideia de Estado de Direito democrático, reportadas ao modelo de organização, às tarefas fundamentais do Estado e aos deveres e direitos fundamentais dos cidadãos”. Contudo, não se pode aceitar a proposta segundo a qual a “Constituição financeira integra a Constituição política, pelo que não encontramos nesta um sector normativo autónomo que àquela diga respeito, do mesmo modo que não existe, separadamente, uma Constituição social, económica ou laboral. Antes porém, as normas que as integram encontram-se espalhadas por todo o texto constitucional” (CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 129).

40. Como assinala Hauriou: “*El orden constitucional es, finalmente, sistemático y total*. No interesa solamente la forma política del Estado (aristocracia o democracia, monarquía o república), o la forma de gobierno (representativo o parlamentario), o la organización de los diversos mecanismos gubernamentales; interesa también, y antes que nada, las bases de la organización social, y, por consiguiente, las de la vida civil, lo cual no sorprende cuando se considera que la empresa política del Estado ha tenido siempre por fin el protectorado de la vida civil” (HAURIOU, Andre. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 6. ed. Trad. Jean Gicquel; Patrice Gelard. Barcelona: Ariel, 1980. p. 12). “O objetivo da ideia da divisão de poderes é – somente em um primeiro plano, como será demonstrado – de caráter negatório; trata-se de impedir a concentração de poder em somente um órgão estatal e que esse poder possa ser objeto de abuso, caso não sofra qualquer controle. Uma limitação de poder,

fundamental da ordenação dessa nova Política. Suas regras organizam a estrutura do Estado (normas de organização, no sentido de Canotilho, ou princípio de organização, no dizer de Carl Schmitt), limitam o poder e asseguram o exercício das liberdades individuais, sob a égide dos princípios democrático e republicano. O controle jurisdicional da constitucionalidade da lei complementa esta separação de poderes.

Nenhum órgão do Estado ou maioria decide sem limites, sob uma competência absoluta. Ela estará sempre subordinada a formas jurídicas, à separação ou divisão dos poderes e à preservação dos direitos e liberdades.⁴¹ E, para conferir legitimidade a qualquer atuação dos poderes, a democracia posiciona-se como princípio fundamental de toda a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Político-Federativa tem como objeto a unidade política do Estado Democrático de Direito, assim compreendido o conjunto indissociável das normas de organização do poder estatal e dos limites desse poder, pelos princípios, garantias e regras de direitos e liberdades individuais. Para tanto, incorpora como condições fundamentais a tutela da dignidade da pessoa humana, a república, a democracia, bem como a divisão dos poderes e o federalismo (separação vertical de poder).⁴² Desse modo, todas as competências dos órgãos e seus procedimentos dirigem-se aos fins da ação estatal como unidade política, que é o controle do poder, a proteção dos direitos fundamentais e a concretização dos fins constitucionais do Estado.

Observa Konrad Hesse que, dentre outras, as funções constitucionais estão situadas em duas grandes vertentes: a formação e manutenção da unidade política; e a criação e manutenção do ordenamento jurídico.⁴³ A Constituição Político-Federativa, ao mesmo tempo que reconhece a separação de poderes e a desintegração da unidade do poder estatal em múltiplas unidades periféricas do federalismo, como Estados e Municípios, tem como função instituir e assegurar a permanência da “unidade política”, pela integração. Por isso, em paralelo à *integração*, tem-se a função de *organização* do ordenamento jurídico sobre a atuação dos órgãos estatais, o que depende da forma

no sentido mencionado, pode ser institucionalizada de diversas formas. Pensa-se certamente em primeira linha na distribuição clássica do poder do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, e essa divisão será também o objeto primordial da seguinte análise. Todavia, evita-se também a concentração de poder por meio do federalismo, trata-se da distribuição de poder entre a União e os Estados individuais, assim também, a garantia constitucional da existência de uma oposição no parlamento a garantia de direitos fundamentais, como delimitação intransponível para o Legislativo e o Executivo, a jurisdição constitucional, como controle do exercício de poder de outros órgãos estatais.” “Na república todo cidadão é responsável pelo bem comum” (DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 281).

41. Cf: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 219-220.

42. Cf: STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 236.

43. HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 2-7.

como a Constituição define os critérios estruturantes do Estado, segundo as competências para que os órgãos exerçam o poder estatal. E, como diz Hesse, os órgãos estatais encontram-se obrigados à cooperação, responsabilidade, controle e limitação do poder, inclusive evitar qualquer abuso de poder no exercício das competências, para interferências indevidas sobre os demais.

Separação de poderes e divisão de poderes têm diferenças, ou como observa Canotilho.⁴⁴ O *princípio da separação* de poderes seria uma *dimensão positiva*, como “constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”, para cumprir as funções constitucionais; enquanto a *divisão* seria uma *dimensão negativa* do princípio, como controle ou limite do poder, com o objetivo de reduzir a ação do Estado sobre os particulares, pela desconcentração do poder. A separação funcional dos poderes constitui um princípio organizacional do Estado, segundo a criação de órgãos e atribuição de funções e competências. Com isso, tem-se o “controle recíproco do poder (*checks and balances*)”, “limites dos órgãos do poder” ou “*ordenação controlante-cooperante de funções*”.

Essas clássicas funções – legislação, execução, judiciária –, como diz Peter Häberle, permitem confirmar que “*la división de poderes se muestra como pieza central de todo Estado constitucional*”,⁴⁵ pelo que concorrem para a organização do Estado. Para Hauriou, a organização dos poderes integra a ordem constitucional, e o procedimento tem como finalidade conter o poder pelo poder. Desta colaboração obrigada e a necessidade de se chegar a um fim prático prevalecem complementaridades e controles recíprocos, para alcançar a moderação pretendida.⁴⁶

O princípio da separação de poderes, entre Legislativo, Executivo e Judiciário, deve ser entendido pela distinção de funções preponderantes, ao ser possível que um poder possa exercer, de modo subsidiário, as funções que não lhe são diretamente caracteriza-

44. “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).” E prossegue: “O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 249).

45. HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 337.

46. HAURIU, Andre. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Trad. Jean Gicquel; Patrice Gelard. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1980. p. 14.

doras, nos limites da autorização constitucional. Assim o é quando o Executivo legisla ou decide conflitos de interesses, o Legislativo julga ou realiza inquéritos, quando o Judiciário cria regras jurídicas ou administra.⁴⁷ Em matéria financeira, a Constituição contempla diversas situações que permitem hipóteses de atuações em funções diversas, como os controles externos do Legislativo, que podem ter natureza judicante ou até mesmo executiva.

A Constituição Financeira depende da separação de poderes para que o *Poder Executivo* organize as propostas de leis orçamentárias e execute as cobranças de tributos, administre os bens e serviços do Estado e cumpra com os controles financeiros; bem assim que o *Poder Legislativo*, com a representação eleita, opere democraticamente na aprovação de receitas e despesas, bem como do orçamento, sempre mediante lei; e que o *Poder Judiciário* controle e decida juridicamente sobre a constitucionalidade ou legalidade dos atos praticados. Por isso, o êxito do processo de integração condiciona a própria existência e continuidade do Estado.

O Estado é a unidade de poder distribuído pelo poder constituinte e pela Constituição aos poderes constituídos, entes federativos e respectivos órgãos. E a atividade financeira do Estado deve refletir essa unidade. Por isso, as escolhas públicas do Executivo não podem ser obstadas pelos poderes quando conformes com o texto constitucional. De outra parte, a legislação expressa a vontade política, legitimada segundo o procedimento democrático, o que deve vincular a todos nas decisões vertidas em leis, no cumprimento legítimo das escolhas financeiras, e especialmente das leis orçamentárias.

A Constituição Político-Federativa é responsável, em muito, pelo controle da atividade financeira do Estado, especialmente por *controles políticos* que buscam o equilíbrio entre os poderes, mediante “freios e contrapesos” (*checks and balances*) típicos da separação de poderes. São controles para os atos jurídicos, como o controle de constitucionalidade ou a revisão das contas públicas pelos tribunais de contas, mas também controles há sobre as decisões políticas, tanto institucionalizados quanto operados pela própria sociedade civil. Neste caso, funciona a democracia participativa ou mesmo a influência sobre a moralidade administrativa.⁴⁸ A interdependência, ou intertextualidade, entre a Constituição Financeira e a Constituição Político-Federativa é evidente.

Toda a aplicação da Constituição Financeira realiza-se, por fim, pelo subsistema constitucional que regula o funcionamento da Administração Pública. Até poderíamos

47. Ver: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1982. vol. 1; BERCOVICI, Gilberto. Breves considerações sobre o poder de iniciativa legislativa do Executivo. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, vol. 12, p. 45, 2004; GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. vol. 2, 859 p.; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athenas: LGDJ, 1973. 315 p.

48. Cf. BIDART CAMPOS, German J. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 107.

falar de uma Constituição Administrativa,⁴⁹ pelo corte material concernente à gestão do Estado, mas preferimos compreender seu espaço vinculado ao conteúdo da Constituição Política. Veja-se o caso da exploração direta de atividade econômica pelo Estado na ordem econômica (arts. 173 e 175). Essa seara, ao mesmo tempo, é matéria da Constituição Econômica, quanto à regulação do intervencionismo estatal; da Constituição Financeira, no que concerne ao modo de exercício da atividade financeira, pelo financiamento ou riqueza obtida; da Constituição Tributária, no que tange ao tratamento fiscal das empresas de capital público ou da cobrança de taxas para remunerar os serviços públicos; e matéria da Constituição Político-Federativa, no que concerne à forma de gestão e organização dos serviços públicos ou da atuação econômica do Estado. Como se vê, as zonas secantes concorrem para a máxima efetividade da Constituição total.

4.1 *Decisão política da atividade financeira – legalidade e discricionariedade*

Direito e política interagem para promover a aplicação da Constituição.⁵⁰ Esta visa a dominar o poder político, assim como o poder econômico, nas suas ilimitadas possibilidades de atuação. E o faz por meio de regras e princípios que ordenam os critérios normativos de cada um dos subsistemas constitucionais. Por isso, para bem compreender o domínio da decisão política, é importante avaliar o espaço de liberdade do legislador na Constituição Financeira.

A separação dos poderes financeiros, de legislar, administrar e julgar, reveste-se de importância crucial para o controle, mas também para o próprio exercício da atividade financeira do Estado. Todo o direito financeiro está submetido ao princípio da legalidade. Cada poder encontra-se obrigado ao cumprimento do seu conjunto de deveres na gestão do gasto público. Desse axioma normativo, é certo, pode-se supor que o espaço de discricionariedade resta bastante limitado em matéria de criação de políticas públicas, realização de contratos administrativos, autorização de despesas públicas e outros.

As decisões políticas de direito financeiro legitimam-se pela concretização de escolhas públicas coerentes com preferências democráticas, mas também por realizar o dirigismo constitucional decorrente da efetivação de princípios fundamentais, ao perseguir os fins e valores constitucionais do Estado, como é o caso da redução de desigualdades regionais e sociais, do desenvolvimento equilibrado, da sociedade livre, justa e igualitária, do interesse público, do bem-estar e de tantos outros.

49. Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 265; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 239; LADU, Giampaolo. Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza Delle Finanze*. Milano: Giuffrè, vol. 59, n. 3, p. 462-508, set.

50. “Da Constituição decorrem as instituições políticas, nela firma-se normativamente a estrutura de poder” (VILANOVA, Lourival. *Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen*. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. vol. 2, p. 63 e ss.).

É por meio da política que a justiça das escolhas públicas integra-se às normas de finanças públicas pela eficiência e alocação de prioridades, segundo as necessidades coletivas. Assim, afastada a competência legislativa em matéria de orçamento, e observados os limites constitucionais, como aqueles da Constituição Tributária, tanto o poder executivo quanto o legislador têm ampla liberdade para definir o melhor direcionamento das despesas públicas, programas de redistribuição de rendas, procedimentos a serem seguidos, instrumentos de controle e outros.

Entre as competências da Constituição Financeira, portanto, estão, primordialmente, as seguintes: (i) competências para exigir tributos e outros meios de financiamento do Estado; (ii) competências para atingir objetivos, fins e valores constitucionais; (iii) competências para efetivar direitos e liberdades fundamentais; e (iv) competências para promover o dirigismo constitucional do Estado Social, mediante redução de desigualdades, eliminação de pobreza, promoção do desenvolvimento, medidas de inclusão de minorias ou de cidadania, que visam a concretizar direitos sociais, culturais ou assistenciais. Em todas estas modalidades, excetuados os limites constitucionais expressos, persiste o espaço da decisão política.

O Poder Financeiro do Estado é poder constituído,⁵¹ e para efetivar as atribuições constitucionais de competência, na sua totalidade, é que se deve identificar a observância dos princípios, fins e valores constitucionais a serem atingidos pelo Estado na concretização da Constituição.⁵² Ora, somente mediante a política, a guiar seu rumo, o Estado Democrático de Direito cumprirá esta missão, segundo as preferências declaradas válidas legitimamente nas urnas.

Assim, a política não converte o Poder Financeiro do Estado em *poder político*,⁵³ entendido como “poder discricionário”, “poder ilimitado”, “poder de império”. O

51. Como alude Geraldo Ataliba: “No desempenho desta competência, União, Estados e Municípios são obrigados a obedecer a todas as normas constitucionais, das quais se colocam como essencialmente importantes – principais, fundamentais, primaciais – o princípio da legalidade e o princípio da igualdade” (ATALIBA, Geraldo. *Hermenêutica e sistema constitucional tributário: interpretação no direito tributário*. São Paulo: Forense/Educ, 1975. p. 16).

52. “El significado de una Constitución no se agota por ello en la regulación de procedimientos de decisión y acción estatales (estatuto organizativo), ni, por otra parte, tampoco tiene por finalidad crear una integración armónica ajena a cualquier conflicto, ni superar las necesidades e intereses antagónicos para lograr un sistema social homogéneo (estatuto de integración), sino que se caracteriza sustancialmente por hacer posible una *consolidación democrática*, asegurando una convivencia social pacífica mediante la exclusión de la violencia para el logro de objetivos políticos, estableciendo el marco institucional para una actividad estatal unificadora, y realizando una libertad, igualdad y solidaridad concretas. Desde este punto de vista, la libre consociación en la comunidad democrática descarta cualquier régimen arbitrario” (SCHNEIDER, Hans Peter. *La constitución: función y estructura*. In: _____. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 40). Ver ainda: MCCORMICK, John P. Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution. *European Constitutional Law Review*, Cambridge: T.M.C. ASSER PRESS, vol. 2, p. 398-423, 2006.

53. “No hay lugar, en el Estado de Derecho, para un poder soberano, es decir, para un poder sustraído a toda regla; de forma que en un Estado de Derecho el poder financiero, al igual

“poder financeiro democrático” que exsurge da Constituição Financeira do Estado Democrático de Direito encontra-se integralmente submetido à Constituição.⁵⁴ Essa diferença modifica por completo o sentido de “poder político” de antanho. Reformulado, cumpre os objetivos de efetivar os fins e valores constitucionais ao longo dos tempos e segundo as preferências dos verdadeiros detentores do poder, que é o povo, mediante a escolha dos seus governantes, no transitório exercício da *potestas*.

Como dito acima, salvo aqueles casos em que a Constituição ou as leis obrigam expressamente a realização das despesas públicas, estas efetivam-se dentro do espaço de liberdade de escolha. As escolhas definem, então, três modalidades de discricionariedade:⁵⁵ a *discricionariedade de planejamento*, que corresponde à definição dos objetivos a serem alcançados e meios que servirão a esse propósito; a *discricionariedade normativa*, quanto à decisão democrática de eleição dos conteúdos das leis que implicam gastos públicos ou da sua inclusão no orçamento; e a *discricionariedade executiva*, pela realização concreta da despesa pública autorizada, quanto às despesas não obrigatórias.

A legitimidade da ordem política, ao amparo dos princípios democráticos, opera para confirmar as preferências do Estado a cada evento ou período, por lei. Daí a legalidade servir ao contínuo das aprovações dos gastos e receitas. A atividade financeira estatal lida com a patrimonialidade e recursos do Estado. Por conseguinte, em nenhum domínio do Estado ou da Administração Pública o recurso à legalidade se faz tão presente.

No modelo democrático de Estado (Constitucional) de Direito, as normas de direito financeiro complementam-se com a participação cada vez mais frequente da “esfera pública pluralista” (Marcelo Neves), ao facilitar e compor interesses, no todo ou parte conflituantes quanto à forma de aplicação dos recursos, escolhas dos gastos públicos ou controle da atividade financeira. Nesse modelo de Estado Constitucional, a prevalência da democracia é a fonte de legitimação permanente das condicionantes da aplicação do direito financeiro.

Somente poderá efetuar a decisão das escolhas públicas da atividade financeira do Estado o governante que respeite as “regras do jogo” da Constituição democrática,

que cualquier otra manifestación del poder político, debe ejercitarse en el marco del Derecho, esto es, del Ordenamiento jurídico en su conjunto (y no sólo en el de las concretas normas jurídicas, conforme a los postulados del hoy definitivamente superado positivismo legalista). Es, pues, el Ordenamiento jurídico en su totalidad el que al tiempo que legitima, delimita el ejercicio del poder financiero en sus diferentes manifestaciones” (MARTIN QUERALT, Juan; SERRANO, Carmelo Lozano; CASADO OLLERO, Gabriel; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel. *Curso de derecho financiero y tributario*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 178).

54. ESTELLER-MORÉ, Alejandro. Is there a connection between the tax administration and the political power? *International Tax and Public Finance*, Netherlands: Springer, n. 12. p. 639-663, 2005.

55. Conforme a distinção adotada por Eberhard Schmidt-Assmann, aplicada ao Direito Administrativo. Cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Trad. Mariano Bacigalupo. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 255.

alheado de outros interesses afora aqueles representativos dos valores que guardem conformidade com a Constituição e com a legalidade. Ou como diz Habermas: “A ideia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”.⁵⁶ Eis como se realiza a Constituição Político-Federativa e, a partir desta, a Constituição Financeira, na sucessão de escolhas públicas da atividade financeira do Estado.

5. A Constituição Financeira e os limites do gasto público na decisão das escolhas públicas

Os recursos fiscais e patrimoniais do Estado são escassos, ao passo que as demandas são ilimitadas e sempre crescentes, ao tempo que se ampliam as complexidades da sociedade e da própria Fazenda Pública. Entretanto, como diz Michel Bouvier, a despesa pública tem uma dupla função, social e política: “Elle permet d’assurer une certaine forme de solidarité sociale, et elle joue le rôle de stabilisateur économique”.⁵⁷ Daí a imprescindibilidade da política na escolha pública, para garantir o atendimento das demandas do Estado Social, mas com permanente controle sobre as repercussões econômicas decorrentes da atividade financeira do Estado.

O aumento do gasto público é tema sempre recorrente. Desde a famosa “lei de Wagner”, segundo a qual as despesas públicas tendem a crescer de forma contínua e mais rapidamente que a renda nacional, o limite da despesa é sempre questão de interesse entre economistas.⁵⁸ Logicamente, o assunto preocupa, pelo quanto pode gerar de danos à economia, a depender da forma como os gastos são praticados.

Após Wagner, o problema dos limites da despesa volta a ser explorado por Schumpeter, no seu *Crises do estado fiscal* (1918). Para ele, a capacidade fiscal do Estado encontrava-se limitada pela economia e, em especial, pela capacidade de absorção do pagamento dos tributos pelos particulares, quando a despesa pública torna-se elevada ou excessiva. Era o caso da guerra que vivenciava. Como o excesso de despesas públicas poderia desencorajar os contribuintes a realizarem atividades econômicas, surgia, assim, a crise do Estado Fiscal.

E vieram ainda distintas teorias críticas e superadoras dos seus fundamentos, como foi aquela da *Public Choice*, pensada pelo economista suíço Wicksell (1896), mas am-

56. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. 1, p. 156.

57. BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre. *Finances publiques*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2002, p. 55. Cf. POGGIOLI, Marcello. *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*. Padova: Cedam, 2012; FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 1996. vol. 2, p.; FORTE, Francesco. *Principi di economia finanziaria*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. 1058 p. RUBIN, Irene. *The Politics of Public Budgeting: Getting and Spending, Borrowing and Balancing*. 6. ed. Washington: CQ Press, 2010.

58. Cf. WAGNER, Adolfo. *La scienza delle finanze*. Trad. de Maggiorino Ferraris e Giovanni Bistolfi. Torino: Unione Tipografica, 1891. p. 835.

pliada pelos americanos James Buchanan e Gordon Tullock (1962), ao afirmarem que certo consenso eleitoral sobre determinada proposta pode comportar custos e encargos elevados para os interessados ou apoiadores, em qualquer forma de processo eleitoral.

Nenhuma destas, porém, assenta-se na força normativa da Constituição, ao definir o modelo de intervencionismo que se há de aplicar. O limite das despesas públicas depende de fatores econômicos, quanto à capacidade de absorção das funções do Estado, mas é especialmente uma questão de ordem política, a ser debatida segundo os procedimentos democráticos, na consecução dos fins constitucionais do Estado, e para a qual a preocupação com o limite é sempre legítima.⁵⁹

A cada momento, o Estado deve decidir como gerir seu patrimônio e alocar os recursos obtidos. Essa decisão é influenciada pela Economia e pela Política. Por meio das normas constitucionais habilitam-se as condições para exercer o poder e limitar o Estado no seu agir. Assim, as constituições financeiras alinham regras para determinar os critérios das “escolhas” que se realizam por intermédio das decisões políticas. Dentre outras, a principal limitação é a legalidade.

A Teoria da Constituição Financeira assume o papel de delimitar os melhores parâmetros jurídicos para preparar a decisão política dos governos, ao estabelecer as prioridades e o destino dos gastos públicos, a partir das receitas obtidas, com tributos ou recursos hauridos do próprio patrimônio.

Dentre tantos outros, discute-se sobre limite do gasto público na realização dos princípios do Estado Social da Constituição de 1988, bem como limites da arrecadação. O certo é que estes são limitados pela Constituição segundo critérios de forma (anualidade, orçamento etc.) ou por regras materiais expressas, inclusive quando admite que a legalidade prescreva os campos objetivos das restrições.⁶⁰ Contudo, quando a

59. Como alude Juan Jorge Papier: “En el debate constitucional más reciente comienza a plantearse la posibilidad de una vinculación jurídico-fundamental del legislador *en materia de gasto público*, es decir, se pretende en cierta medida adelantar la línea de defensa de los Derechos fundamentales frente a una exorbitante imposición de tributos por el Estado. Se ha construido así, sobre la base del art. 14.1 GG, un Derecho fundamental del ciudadano a una política estatal de gasto público conforme con el mandato de economicidad” (PAPIER, Juan Jorge. *Ley Fundamental y orden económico*. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 576).

60. BUCHANAN, James M. Limites constitucionales al poder fiscal del estado. In: _____; McCORMICK, R. E.; TOLLISON, R. D. *El análisis económico de lo político*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. p. 74. “Há de se instaurar uma justa distribuição de recursos, para que possa haver a democratização da sociedade. Isto se faz com a democratização dos gastos. O objetivo, pois, do direito financeiro, é dar efetividade aos direitos constitucionais. Não se está mencionando o direito à prestação negativa do Estado. O que se tem em mira é a eficácia das políticas públicas, obrigando-se o Estado a ações positivas” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 319). Sobre escolhas públicas no Brasil: MONTEIRO Jorge Vianna. *Governo e crise: escolhas públicas no Brasil e no mundo, 2007-2011*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011; _____. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

Constituição não o faz diretamente, esta será sempre uma decisão livre do governante ou dos representantes legislativos, na contínua ponderação entre demandas sociais e situação conjuntural da economia.

Assim, a decisão política dos órgãos de governo e dos ordenadores de despesas integra a atividade financeira do Estado, que pode coincidir com as competências constitucionais.⁶¹

Em certas hipóteses, a Constituição prescreve limites máximos aos gastos públicos. Veja-se, por exemplo, a situação das despesas municipais. O art. 29-A estabelece limites para o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, segundo proporções da receita tributária e das transferências designadas no artigo. Outro limite vê-se no art. 63:

“Não será admitido *aumento da despesa* prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3.º e 4.º; e II – nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público”.

Questão fundamental encontra-se no limite com despesas de pessoal: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. A Lei de Responsabilidade Fiscal, nos arts. 18 a 20, prescreve os critérios exigidos pelo art. 169 da CF. Há ainda as vedações do art. 167, como as seguintes:

“II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; e VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados”.

De outra banda, afora as regras de limitação de gastos, as escolhas públicas podem implicar o aumento do gasto público.

O projeto de dirigismo constitucional, por si só, demanda contínuos e intensos investimentos, quer pelo desenvolvimento equilibrado e sustentável, quer pelas reduções de desigualdades ou políticas sociais de erradicação de pobreza, aliado à efetividade dos direitos e liberdades fundamentais, além dos valores das ordens econômica e social. As necessidades agravadas com aumento de demanda sobre os serviços de saúde e a premência da melhoria da educação, tudo somado, pressionam o aumento dos gastos e, por implicação lógica, as fontes de receitas. As escolhas políticas, nesse contexto, decidem sobre as preferências estratégicas da oportunidade dos gastos, mediante pla-

61. Na atualidade, e tanto mais após a crise econômica internacional, foi retomado o debate sobre a conciliação crescente entre atividade administrativa e rentabilidade aplicável aos serviços públicos, de interesse geral ou específico. Com isso, opera-se uma maior interação entre Direito Financeiro e Direito Administrativo, como forma de financiamento do Estado. Por tudo, veja-se: BERNARD, Sébastien. *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001.

nejamento obrigatório, por programas, planos ou mesmo o orçamento, mas sempre nos limites da Constituição e das leis.

As políticas redistributivas de rendas afirmaram-se nos mais distintos países e os princípios de equilíbrio orçamentário e de Estado mínimo foram severamente abalados.⁶² Por conseguinte, ainda que não se tenha como limitar o teto máximo do gasto público, é possível impor controles, por leis ou atos administrativos, de sorte a promover garantias de estabilidade e condições de equilíbrio para a economia nacional.

A autorização e o limite das despesas públicas não se encontram subordinados ao montante arrecadado de receitas públicas. Isso, porém, é um desafio permanente para os governos, na execução dos orçamentos e projetos de investimentos e de redistribuição de rendas na sociedade. Ao jurista não cabe formular preferências por métodos econômicos. A Constituição Financeira define meios para atingimento dos fins constitucionais. Quanto à opção contábil ou econômica, somente a decisão democrática pela escolha dos programas de Governo pode definir o melhor modelo desejado pela sociedade, nas escolhas públicas e cumprimento dos fins do Estado.

A Constituição Financeira, é certo, tem a função de assegurar a efetividade de todos os direitos e liberdades fundamentais, o que deve fazer mediante adequado equilíbrio entre arrecadação e despesas públicas. Entretanto, como visto, a preferência entre equilíbrio orçamentário e atendimento a necessidades coletivas, ainda que com aumento do gasto ou do débito público, é uma decisão política que só pode ser tomada com ponderação e avaliada conforme a Constituição e as escolhas manifestadas pelo voto, quando do escrutínio democrático e republicano.⁶³

62. Esta também parece ser a compreensão de Regis de Oliveira: “Não há falar em Estado equilibrado, que atende parcialmente às necessidades públicas e coletivas. Há um Estado que vê seu contorno traçado em normas jurídicas ou costumeiras. Estas ditarão seu tamanho, suas competências e os limites de sua intervenção” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos públicos*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 159 e ss.). “Es importante reconocer que en las sociedades democráticas occidentales existen de hecho restricciones constitucionales sobre los poderes fiscales de los Gobiernos, aun cuando estas restricciones hayan sido casi completamente ignoradas por los economistas” (BUCHANAN, J. M. *Limites Constitucionales al Poder Fiscal del Estado*. In: _____; MCCORMICK, R. E.; TOLLISON R. D. *El análisis económico de lo político*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1984. p. 145).

63. “Otro problema que se plantea en la ampliación de la actividad social del Estado es el de la consiguiente dependencia del Estado respecto de una economía expansiva, cuya aportación (creciente) se hace imprescindible con el fin de obtener los recursos necesarios para la realización de las tareas de garantía del Estado social, sin tener que intervenir en la asignación de bienes vigente. Y esto conduce a una identificación parcial entre Estado y economía, y a que el poder y las posiciones de influencia económico-sociales se transformen en un poder (indirecto) de decisión política” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 130). Cf. PINELLI, Cesare. *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*. In: RUGGERI, Antonio. *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1994. p. 548 ss.; RIVISECCHI, Guido. *L'indirizzo Politico Finanziario tra Costituzione Italiana e Vincoli Europei*. Padova: Cedam, 2007.

Os direitos prestacionais que partilham da atividade de distribuição de rendas são de diversas modalidades (direito ao trabalho, assistência social etc.), segundo os fins constitucionais. Logicamente, não estão informados pelo princípio da isonomia, pois os recursos são escassos. É nesse cenário que se colocam as disputas acadêmicas e jurisdicionais entre aqueles que acreditam na capacidade ilimitada de atendimento das necessidades individuais e os que proclamam os limites dessas prestações, ora segundo a teoria da “reserva do possível”, ora conforme argumentações sobre decisões entre “escolhas trágicas” e outros.⁶⁴

Recentemente, porém, tornou-se *locus communis* falar de “custos dos direitos”, a partir de obra sobremodo difundida, quicá pela sua obviedade, dos professores americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein: *The Cost of Rights*,⁶⁵ como se nisso houvesse alguma novidade. A questão, no Brasil, foi temperada com estudos das decisões judiciais sobre “reserva do possível”, dos tribunais alemães e americanos, além da obra “Escolhas trágicas”⁶⁶ de Bobbitt e Calabresi, a demonstrar que o orçamento não poderia suportar toda e qualquer necessidade individual.

A Constituição rege o porvir, ela mesma deve ser propiciadora de meios para que a política, por intermédio do direito e da democracia, instaure novos valores e direitos. Para tanto, deve-se conceber a Constituição como instrumento de transformação social e econômica, pelo dirigismo dos valores daquele sistema axiológico que é a Constituição

64. Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999; CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton, 1978. 252 p.

65. A contribuição de Holmes e Sunstein está na percepção de que direitos demandam receitas públicas, sejam estes direitos ditos “positivos” ou “negativos”, diferenciação que, segundo eles, não poderia mais prevalecer para a análise da efetividade de direitos fundamentais pela atividade financeira do Estado. Nas suas palavras: “‘Where there is a right, there is a remedy’ is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every rights implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999).

66. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton, 1978. 252 p.; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Econômica.⁶⁷ Todo o programa de alocação de recursos dependerá do modo como a Constituição seja interpretada, quanto aos valores a serem efetivamente concretizados.

A Constituição Econômica convive com a Constituição Social como partes indissociáveis. É revelador dessa implicação jurídica o texto do nosso art. 1.º, ao prescrever como valores fundamentais a *dignidade da pessoa humana* (inciso III) e os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa* (IV). E o próprio art. 170 declara a *ordem econômica* “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e que tem por fim assegurar a todos “existência digna”, conforme os ditames da “justiça social”. Em vista disso, os direitos sociais encontram-se integrados à ordem econômica até mesmo como forma de conferir convivência e atuação equilibrada entre ambos. Daí por que, como são cláusulas pétreas todos os princípios consagrados como direitos e liberdades fundamentais (art. 60, § 4.º), jamais poderiam ser afastados.

A dignidade da pessoa humana, que justifica a proteção ao mínimo existencial, enquanto direito objetivo, confere efeitos de *direito subjetivo fundamental* a todos, para que possam recorrer aos meios institucionais e processuais⁶⁸ necessários para o atendimento à sua condição. Como direito objetivo, garantido constitucionalmente, na forma de direito fundamental, amparam-lhe o *princípio de proibição do retrocesso*,⁶⁹ assim como os valores inerentes à igualdade material (*personalidade, não discriminação, proibição de privilégios e generalidade*).

No sentido material de redistribuição de rendas, está a dignidade da pessoa humana como fonte de máxima legitimidade. E a Constituição obriga a essa redistribuição, segundo diversos meios e critérios. Entretanto, como tudo, essas expectativas são ilimitadas e, por isso mesmo, a política, mediante escolha pública, deve eleger prioridades e a forma de realização dos objetivos e fins constitucionais. O limite da capacidade do Estado em realizar os anseios individuais existe, mesmo no Estado Social. Daí falar-se em “reserva do possível”,⁷⁰ como critério racional para delimitação das prestações do

67. Como observa Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A Constituição passa, pois, a ser considerada e praticada como instrumento de transformação socioeconômica por meio de políticas públicas levadas a efeito, segundo um sistema de direito positivado, e não mais como mera retratação de uma realidade encontrada e que nem sempre, ou na maioria das vezes, entende com o quanto se faz necessário para o bem-estar de todos os homens” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demiano; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debate sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 27).

68. MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 127-141.

69. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 170 e ss. Cf. ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul.-dez. 2004.

70. Diz Werner Maihofer sobre este critério: “Ello hay que interpretar no sólo en sentido fiscal; más bien refuerza la idea de que la Ley Fundamental no está a favor de planteamientos

Estado, mas também da própria economia, quanto à capacidade de atender a todas essas demandas, mediante políticas públicas interventivas.

Os controles da atividade financeira do Estado contribuem para o aperfeiçoamento da democracia. Por isso, é preciso evitar o gasto desnecessário, reduzir o peso da máquina burocrática e erradicar a corrupção, pelo quanto é danoso ao patrimônio público, fere de morte as instituições democráticas e republicanas, impede os avanços do Estado e afeta o patrimônio coletivo, ao inibir o evoluir da sociedade e prestações dos direitos sociais a serem atendidos. Quanto maior for a responsabilidade do gasto, mais aprimorado o sentimento republicano.

E tão fundamental quanto o controle é encontrar meios para que o governante possa cumprir, legitimamente, os comandos constitucionais. A luta permanente, necessária e contínua, contra a corrupção e outras práticas iníquas ao patrimônio público não pode ter como consequência a letargia e inépcia do Estado, pelo amedrontamento e ameaças permanentes a quem exerce as funções de representação democrática. Antes, deve ser motivo para avanços e aprimoramentos institucionais, de modo a permitir maior qualidade e eficiência da Administração Pública no cumprimento dos fins constitucionais do Estado.

6. Decisão política e Estado Social – autonomia democrática e vedação a interferências sobre decisões coerentes com a Constituição

Ao longo dos tempos, verificou-se que não bastaria a lei para submeter o Poder Executivo à necessária higidez do sistema de finanças públicas. Daí o esforço de constitucionalização da matéria financeira para aprimorar controles que se possam aplicar inclusive a governos com maioria legislativa, como se verifica com maior frequência em Municípios, que poderiam facilmente alterar as leis como forma de flexibilizar as medidas de fiscalização ou de controles.

Persistem críticas à Constituição quanto à especificidade analítica das disposições sobre despesas públicas, a pretexto de que isso significa restrição à autodeterminação democrática do povo, pelo direcionamento que opera mediante voto popular às preferências e propostas do grupo eleito. Contudo, a constitucionalização da matéria econômica e financeira é protetiva de minorias, de direitos e liberdades fundamentais, ademais do intervencionismo do Estado, que não fica à mercê de qualquer “falha de mercado” ou outro critério econômico.

Todos esses rigores, à evidência, devem ser sopesados e não podem levar a democracia a qualquer submissão ao Judiciário.⁷¹ A autodeterminação legislativa deve ser

reivindicativos y apela sobre todo la responsabilidad del individuo. El legislador es directamente responsable de una configuración objetiva de los presupuestos de la que resultan las prioridades financieras” (MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 285).

71. “La burocracia tende soprattutto ad accrescere il proprio prodotto, perché il suo potere, il prestigio, la carriera, le retribuzioni sono legati ad esso. Quindi la burocracia pubblica, nei

assegurada como a capacidade de agir conforme a vontade política, i.e., pelas preferências indicadas no voto popular.⁷² Contudo, ao mesmo tempo que a democratização do gasto público reclama uma valorização da decisão política, deve ser assegurada a necessária interferência do Poder Judiciário quando presentes relevantes indícios de vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, mas sempre sob a “autocontenção judicial” (*judicial self-restraint*), ou seja, respeitada a *deferência ao legislador*,⁷³ por presunção de constitucionalidade dos seus atos.

Na Corte Constitucional dos Estados Unidos, a decisão “*United States v. Carolene Products Co.*” trouxe uma nota de rodapé (4.^a nota, quiçá a nota mais importante de todo o constitucionalismo mundial) que marcou a posição da Corte sobre suas próprias funções, ao reclamar a presunção de constitucionalidade e de legitimidade da legislação, observadas bases racionais de revisão (*rational-basis test*), em relação às decisões políticas dos legisladores democráticos, o que somente poderia vir superado quando quebrado o procedimento democrático ou em favor da proteção de minorias incapazes de defesa por intermédio do processo político. John Ely, então, defende que o Judiciário não pode invadir espaço político que se encontra vedado pela Constituição, numa defesa das decisões políticas e legislativas, para afastar qualquer interferência judicial dos tribunais, sob pena de se constituir em árbitro do processo político.⁷⁴

É sempre bom lembrar que os autores que propugnam uma república dos princípios e de juízes concretizadores não são o consenso universal. Em oposição a Dworkin,

vari servizi, tenderà all’espansione del volume di spese pubbliche (...) È più logico supporre che poichè la burocrazia ha bisogno del consenso del governo e questo di quello dei cittadini, essa debba fornire, come la grande impresa ai suoi azionisti, ‘un profitto minimo’, quindi una ‘soddisfazione’, anche se non ‘massimizzazione’” (FORTE, Francesco. *Principi di economia finanziaria* [trattato di economia pubblica]. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. p. 138).

72. Nesse sentido, seguimos na trilha do entendimento de Regis de Oliveira, a saber: “Ocorre que, no mundo atual, que exige tomada imediata de decisões, de vinculações internacionais, de rapidez na adoção de políticas públicas, de solução de conflitos, etc., o ideal seria o movimento inverso, isto é, o esvaziamento dos comandos constitucionais, transferindo-se para a legislação e regulamentos o atendimento das necessidades públicas” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 325). Sem dúvidas, este é o grande teor do debate sobre o conteúdo de uma Teoria da Constituição Financeira, quanto ao limite da sua própria extensão. De fato, o ideal seria que da Constituição fossem expurgadas regras tão mezinhas, como aquelas que chegam até mesmo às raíais da especificidade da classificação de gastos com pessoal ou com a ordenação de fundos específicos. “A análise demonstra que o elemento político do fenômeno financeiro exerce não apenas uma influência pré-normativa na formação da lei, mas integra, também, a atividade financeira, porque são políticos os fins e as diretivas, o sujeito, que é o Estado, e os processos coercitivos adotados pelas finanças públicas” (BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 83).
73. Cf. THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, vol. 7, p. 129-156, 1893; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, Issue 6, p. 1346-1406, vol. 115, 2006.
74. Passim: ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

John Ely defende que a democracia deve limitar-se aos procedimentos constitucionais e legais, os quais devem demarcar não bem o conteúdo da democracia, mas os “procedimentos da discussão democrática”, dentro dos quais o Estado deve atuar. Os juízes não podem chegar ao ponto de interferirem no processo democrático. Devem, sim, garantir o funcionamento daqueles procedimentos, além de proteção das minorias, quando for o caso. Em qualquer decisão política na atividade financeira do Estado, o agente deve levar em conta que o Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se comprometido com a realização da justiça social mediante a redistribuição de rendas e a concretização de um verdadeiro Estado de “bem-estar social” (*welfare state*).⁷⁵

O Estado Social, imerso no Estado Democrático de Direito, é um projeto a ser concretizado, uma construção permanente, sob a égide da democracia, a influir em todos os procedimentos, e como principal medida de legitimidade das decisões. Não deve centrar-se apenas na isonomia, pois a solidariedade é cláusula pétrea; não deve servir apenas a um grupo da maioria eleitora que vence democraticamente, mas atender a todos e especialmente às minorias. Não pode abandonar as liberdades de mercado, pois são elas meios de ação interventiva para a realização da justiça social, pelo trabalho, pelos tributos arrecadados e pelo aumento da riqueza nacional.

A Constituição consagra, sim, um Estado de “bem-estar” social, como melhor evidência da proteção da dignidade da pessoa humana em diversos dispositivos. No Preâmbulo, prescreve que o Estado Democrático de Direito encontra-se destinado a assegurar o *bem-estar*, como um dos valores supremos. No art. 193, prescreve que a ordem social tem como objetivo o *bem-estar* e a *justiça sociais*. No parágrafo único do art. 23, prevê que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o *equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”. No art. 219, vincula o mercado interno a ser incentivado de modo a viabilizar, além do desenvolvimento cultural e socioeconômico, o *bem-estar* da população. No art. 230, a garantia de que o Estado tem o dever de defender a dignidade e *bem-estar* dos idosos, bem como de toda a família. No art. 186, a função social da propriedade rural deve evitar a exploração e favorecer o *bem-estar* dos proprietários e dos trabalhadores. Por fim, expressamente garante o *bem-estar* aos indígenas (art. 231, § 1.º).⁷⁶ Ademais, dá proteção à dignidade da pes-

75. Mesmo que escolas econômicas sinalizem a *eficiência* (na alocação dos recursos) e a *igualdade* (em face da distribuição de rendas) como parâmetros que dependem de “regras do jogo” institucionalizadas, sob a presença de uma economia de mercado pautada por um “ótimo de Pareto” ou demandas de equilíbrio orçamentário, em países cuja Constituição assegura o Estado Social essas medidas reclamam evidente acomodação. Veja-se: BISES, Bruno. *Lezioni di scienza delle finanze*. L'intervento pubblico nel sistema economico. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2005. vol. 1, p. 29 e ss.

76. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; CENCERRADO MILLÁN, Emilio. *El mínimo exento: en el sistema tributario español*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 63; ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009; FLEISCHACKER,

soa humana (art. 1.º, III; art. 3.º, III; art. 5.º, XXXIV, LXXIII, LXXIV; art. 6.º; e art. 7.º, IV).⁷⁷

6.1 A decisão política e os meios para realização do intervencionismo

A Constituição Financeira, ao definir os meios e os procedimentos necessários à obtenção de receitas ou realização de despesas,⁷⁸ afasta-se de mera “retórica constitucional”, como adverte Gabriel Casado Ollero, quando não se conferem as condições técnicas necessárias para que a atividade financeira estatal possa atingir suas finalidades e realizar os fins constitucionais do Estado.

Dentre outros modos de intervencionismo, a redistribuição de rendas é das mais importantes, cuja extensão depende integralmente da decisão política. Por muito tempo, foi considerada como parte da *extrafiscalidade*,⁷⁹ e não como função fiscal. Uma estratégia da doutrina da Ciência das Finanças para excluir da *atividade financeira do Estado* a função *redistributiva*. Como diz Juan Jorge Papier, “hay que tener en cuenta que sólo desde una perspectiva ideal cabe distinguir y clasificar como *tipos contrapuestos* a los tributos con fin fiscal y los reguladores”.⁸⁰ Para os autores clássicos, a função extrafiscal

Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Trad. Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43 e ss.; CUNHA, Paulo Ferreira da. *Tratado da (in)justiça*. Lisboa: Quid Juris, 2008; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Ed. RT, 2004; MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: _____; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 167-176; MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. *La protección del mínimo existencial en el ámbito del I.R.P.F.* Madrid: Colex, 1996; GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-114.

77. Lei 8.742, de 07.12.1993, Lei Orgânica da Assistência Social.

78. “Sin embargo, la constitucionalización de la justicia en el gasto público corre el riesgo de quedar reducida a pura *retórica constitucional* si no se alcanza a concretar los *criterios técnico-jurídicos* que permitan la efectiva ‘asignación equitativa de los recursos’ y los mecanismos e instrumentos técnicos que allanen el *control* (interno y externo) de las decisiones de gasto y el establecimiento de un *sistema legal de responsabilidades*” (CASADO OLLERO, Gabriel. Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, vol. 39, n. 203, p. 1148, 1989). Cf. CAUDAL, Sylvie. L’apport des textes constitutionnels révolutionnaires au droit financier et fiscal. In: FAVOREU, Louis; HERTZOG, Robert; ROUX, André (Org.). *Constitution et finances publiques*. Études en l’honneur de Loïc Philip. Paris: Economica, 2011. p. 349-364.

79. “A atividade financeira do Estado, para os adeptos da extrafiscalidade, é um método pelo qual se exerce a influência da ação estatal sobre a economia (*regulatory effects*); visa atingir escopos extrafiscais de intervencionismo estatal sobre as estruturas sociais” (BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 52).

80. PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 566-580; PAPIER, Juan Jorge.

sequer poderia integrar o orçamento do Estado, haja vista a *neutralidade* a ser atendida. Ocorre que a redistribuição de rendas pode ocorrer, a título de exemplo, pela *redução da renda* de algumas categorias, por tributação destas, de modo *direto*, sobre a renda ou o consumo dos contribuintes, ou *indireto*, quando se tem os efeitos sobre os preços dos bens (possuidores de renda), ou pelo *aumento da renda real* de algumas categorias, como ocorre com subsídios, subvenções ou isenções tributárias.

Sempre vigorou nos estudos da *economia de mercado* a noção de *neutralidade* da atividade financeira do Estado, de tal modo que a tributação e a realização de despesas públicas ou medidas orçamentárias de qualquer natureza não interfeririam nas posições ou decisões econômicas dos particulares. Numa equivalência com “ótimo de Pareto”, o regime de perfeita concorrência deveria assumir a máxima eficiência na combinação dos fatores de produção e consumo e o Estado só pode interferir para remover a causa da ineficiência do funcionamento de mercado.⁸¹ Esse modelo, porém, não mantém conformidade com a Constituição brasileira de 1988, que exige o intervencionismo e o dirigismo constitucional para concretização dos fins constitucionais do Estado.

A análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) é o método por excelência das decisões políticas ou escolhas públicas, ao lado de tantos outros sugeridos pela Ciência das Finanças. Parte do pressuposto basilar da escassez dos recursos disponíveis para determinar a máxima eficiência na eleição dos critérios de aprovação das despesas.⁸² E a Ciência das Finanças, por sua vez, coloca à disposição dos agentes públicos diversos parâmetros que, se conjugados, podem ser úteis para racionalizar o procedimento, como *custo de oportunidade* etc.

No Brasil, a Constituição Financeira predispõe os fins e objetivos constitucionais do Estado e deixa para o Executivo o espaço de escolhas políticas sob rígidos limites de forma e de dirigismo estatal, segundo os princípios da Constituição Econômica. Mas não só. Prescreve os limites da atuação do Poder Legislativo e as pautas de princípios

Ley fundamental y orden económico. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 578.

81. Não se pode dividir o bem público segundo beneficiários individualizados, logo, a redistribuição não se pode determinar, salvo o direcionamento conforme critérios previamente definidos. Por isso, corretamente, diz Cosciani: “Ciascun individuo che fa parte della collettività è suscettibile di beneficiare degli effetti della redistribuzione e non può esser escluso dal godimento dei suoi benefici” (COSCIANI, Cesare. *Scienza delle finanze*. Torino: Utet, 1991. p. 71).

82. “El problema se suscita en el momento de determinar la *operatividad de los principios de justicia en el gasto público*. En este punto hay una circunstancia que dificulta sensiblemente la penetración de principios materiales de justicia en el ámbito del ordenamiento de los gastos públicos: el carácter esencialmente político de la decisión presupuestaria. *Naturaleza política de la decisión presupuestaria y límites de carácter estrictamente jurídico* son conceptos difícilmente armonizables” (MARTIN QUERALT, Juan; SERRANO, Carmelo Lozano. *Curso de derecho financiero y tributario*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. 32). Sobre distintos meios, veja-se: BOCCACCIO, Marco. *Introduzione alla valutazione delle decisioni pubbliche*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 51 e ss.

e valores que devem nortear o Poder Judiciário no eventual controle (de legalidade ou de constitucionalidade) sobre a atuação dos órgãos daqueles poderes na atividade financeira do Estado. Para estas funções as normas gerais de direito financeiro e a reserva de lei complementar nestas matérias foram de fundamental relevo, como vimos com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

7. Controles da decisão política na Constituição Financeira

A origem da permissão ou da obrigação para a tomada de decisão política, como norma jurídica ou ato administrativo, encontra-se na Constituição, que a limita segundo procedimentos, controles e finalidades a serem alcançadas.⁸³

Toda competência financeira reclama uma estrutura complementar de controles. Não se esgota no ato da autoridade que cumpre a decisão política de escolha, por meio de ato normativo ou administrativo. Mesmo no caso de poderes ou órgãos distintos, assim como entre unidades do federalismo, a depender da atividade ou das receitas envolvidas, prestações de contas, controles e critérios de responsabilidade justificam essa complementaridade. Isso revela a unidade da atividade financeira do Estado, ainda que passível de *desintegração relativa* entre poderes, órgãos autônomos (ministério público e outros) e entes do federalismo.

A função de integração da atividade financeira do Estado transporta para toda a sociedade o poder-dever de participar não apenas como beneficiários da realização das despesas públicas, mas também como agentes do controle e credores de toda responsabilidade com os atos jurídicos de manejo de recursos e realização de despesas, com direito e legitimidade a utilizar-se de garantias constitucionais (ação civil pública, mandado de segurança ou ação popular) ou apresentar denúncias aos órgãos competentes, e até mesmo aos tribunais de contas. No direito financeiro do Estado Democrático de Direito, todos devem contribuir com a organização e integração, mediante o exercício de responsabilidades compartilhadas.

As funções de integração e organização da Constituição prestam-se a promover todos os meios necessários para a realização das funções dos poderes constituídos, mas especialmente para a concretização dos direitos e liberdades fundamentais em

83. “El Estado Constitucional nació de la lucha con el Estado Absoluto. El objetivo de la Constitución era limitar el poder del Estado jurídicamente, hacerlo controlable, darle al Estado la forma de Estado de Derecho. Si no lo consigue, la Constitución corre realmente el peligro de convertirse en aquel ‘trozo de papel’ (*F. Lassalle*), por encima del cual se puede pasar siguiendo las órdenes de la fuerza política eventualmente más fuerte. La limitación del poder y el control del proceso del poder no son solamente función de la Constitución del Estado de Derecho, sino también al mismo tiempo un objetivo por la propia libertad del individuo. ‘Únicamente en su limitación jurídica y en conexión con la responsabilidad jurídica de sus portadores se legitima el poder en el Estado de Derecho’. Se trata menos del propio Estado de cuyo control se habla, que de la organización y de los órganos a través de los cuales se ejerce el poder” (STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 234).

todos os segmentos, dos direitos da ordem econômica e da ordem social, do acesso ao judiciário, das proteções da seguridade social, da segurança pública e nacional, do meio ambiente, do desenvolvimento da ciência, do acesso à educação, à cultura, ao lazer ou esportes, dentre tantos outros, assim como do intervencionismo estatal para preservação de todos esses direitos.

Para atingir esse propósito, a organização dos órgãos, poderes e do federalismo deve exercer o poder de modo cooperativo, com divisão de tarefas e de responsabilidades, sob controles e limitações inerentes ao modelo republicano.

No caso da Constituição Financeira, esta combinação de funções, entre integração e organização, assume tanto ou mais importância, na medida em que a atividade financeira do Estado visa a financiar a integralidade do Estado, de modo a garantir a concretização dos valores e princípios constitucionais no interesse de toda a sociedade.

Não se pode esperar da Constituição um sistema perfeito e acabado, com todas as regras necessárias para reger todas e quaisquer relações da sociedade e da economia. Como obra humana e destinada à permanência e continuidade temporal, prescreve princípios e valores a serem observados.⁸⁴

A afirmação da Constituição Financeira dependerá da permanente construção democrática pelo legislador,⁸⁵ com observância plena dos valores proclamados.⁸⁶ A crença na democracia e nas suas instituições, mormente as republicanas, pela aceitação das “regras do jogo” e ação responsável na atuação do Estado, é fundamental para assegurar a expectativa de bom governo financeiro.

84. “A Constituição não é perfeita. Obra dos homens, padece ela da imperfeição que lhe marca o modo humano que se dá a ser. De resto, há de se relevar, lei alguma é perfeita. Todavia, não se discute ser a Constituição necessária, imprescindível mesmo na busca e possibilidade de realização dos princípios democráticos. É certo, contudo, não ser ela suficiente para a garantia do bom governo, aquele que se ponha em atenção às necessidades e aspirações do povo. Mas é um sistema que permite que os bons governantes atuem com segurança no sentido previamente delimitado pelo povo” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e ordem econômica*. In: FIOCCA, Demiano; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debate sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 9).

85. São precisas as palavras de Gilberto Bercovici: “A constituição não só deve ter origem democrática, como deve organizar um Estado que assegure a soberania popular. A legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar a validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo da ordem, o princípio democrático serve como legitimador da constituição no sentido da congruência entre a soberania popular e o Estado democrático estabelecido na constituição, como serve de princípio de validade do constituinte, ou seja, como modo de expressão da vontade soberana” (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 203).

86. COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma constituição. In: FIOCCA, Demiano; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debate sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 77.

A aprovação do orçamento pelo Legislativo é, dentre todos, o mais importante ato de controle político sobre as escolhas técnicas da burocracia e políticas dos órgãos do Governo, na formulação da proposta de gastos assumidos como preferenciais e prioritários. O enquadramento lógico e axiológico entre forma de governo e de Estado, além dos princípios estruturantes da organização do Estado e os direitos e liberdades fundamentais, desvela-se no orçamento público. A programação financeira do orçamento, uma vez autorizada pelo Legislativo, converte-se em ato vinculante de permissão para seguir com a forma dos gastos nos limites daquilo que fora autorizado, segundo as tomadas de decisões políticas, nos órgãos de governo.

O orçamento é uma fotografia da realidade democrática de um País, da forma como o sistema eleitoral define as escolhas de governantes e dos fins constitucionais do Estado. Essa fotografia evidencia os valores que o governo de um dado momento histórico pretende atender, pelas receitas estimadas e despesas a realizar, distribuídos entre os créditos orçamentários.

As opções, dentre as possíveis despesas públicas, não variam segundo as necessidades coletivas, apenas. Estas são infinitas e inesgotáveis. Cabe aos governantes e representantes eleitos pelo voto popular efetuar as escolhas prioritárias e preferenciais, segundo a orientação de acordo com o *programa de trabalho do Governo* e a *política econômico-financeira* (Lei 4.320/1964, art. 2.º). Neste processo, evidentemente, interagem múltiplos fatores, como a resistência da burocracia,⁸⁷ as tentativas de intervenções de grupos de interesses, o ânimo da população sobre suas prioridades, dentre outras. Daí a importância da democracia como fonte legitimadora, a conferir as condições institucionais para decidir preferências, o que só pode vir por decisão política.

8. A captura da decisão política pelo Judiciário e os limites da interpretação constitucional na Constituição Financeira – os atropelos do ativismo e do chamado “neoconstitucionalismo” em matéria financeira – a garantia de prevalência do legislador democrático

A Constituição material, como visto, projeta a Teoria da Constituição sobre a Teoria do Estado, ao converter as instituições fundamentais destas em princípios ou conteúdo das normas de fins constitucionais. Numa hermenêutica das constituições materiais integradas à Constituição de 1988, a Teoria da Constituição logra sua maior vitória ao ser reconhecida como *Constituição Dirigente*.⁸⁸

87. Cf. DREYFUS, Françoise. *La invención de la burocracia: servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos: siglos XVIII a XX*. Buenos Aires: Biblos, 2012. 254 p.

88. BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira *et al.* *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 116. Ver ainda: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política*. Revista *Controle*. Fortaleza: TCE-CE, v. IX, n. 1, p. 11-35, jan.-jun. 2011.

Como pondera Gilberto Bercovici, com a prevalência da hermenêutica constitucional sobre a Teoria do Estado, vê-se reduzir a importância do legislador na concretização dos fins do Estado, ante o risco de se transferir ao Judiciário a última palavra em matéria constitucional. E essa questão, em matéria financeira, no que concerne às escolhas públicas, além de grave, tem se tornado frequente no Brasil.

Nesse cenário, a política e a força da democracia são, passo a passo, substituídas pela expectativa da decisão judicial. Passa-se, assim, a um direito responsivo, cuja segurança jurídica já não depende da lei ou da Constituição, mas da interpretação que poderá ser conferida pelo Judiciário anos mais tarde.⁸⁹ Nesta praxe, o direito asfixia a política, mediante o fenômeno da “despolitização da Constituição”, numa absorção de todos os seus modos de decisão (político e jurídico), e, pela “judicialização da política”, promove o fenecimento da autoridade de escolhas legítimas na atividade financeira do Estado, segundo as preferências democráticas.⁹⁰ A Constituição, porém, não tem um único poder como detentor do direito de exclusiva interpretação do texto constitucional, como sempre pondera Peter Häberle.

Na Constituição Dirigente, pela sua abrangência material, o Judiciário, ao assumir titularidade de poderes sobre o destino da Constituição e do próprio Estado, nas suas máximas dimensões, inibe a capacidade transformadora da Constituição, o que é o mesmo que descumprir os seus mandamentos. Contudo, e mormente nas questões típicas da Constituição Financeira, o Tribunal pode muito, mas não pode tudo. Não pode criar políticas públicas, não pode estabelecer programas de governo, mas só pode impedir, alterar regimes jurídicos atribuir direitos a quem alega ser eventualmente prejudicado.

Este é o maior desafio atual do Estado Social, como controlar a captura da política pelo Judiciário. A relação entre sociedade e Estado, ao amparo das “regras do jogo” da democracia, reclama a política como meio concretizador da Constituição, segundo as escolhas definidas pela maioria, por eleições majoritárias e periódicas.⁹¹ São tarefas

89. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 67.

90. “Em rápida síntese, ao Poder Legislativo cabe o estabelecimento das linhas gerais de ação do Estado e dos particulares por meio da legislação-ocasião adequada e regular para o debate acerca da formação de políticas públicas; ao Poder Executivo incumbe colocar em prática, dar efetividade e concretude às linhas gerais das políticas públicas delineadas pelo Poder Legislativo; e, por fim, ao Poder Judiciário cabe assegurar a igualdade de tratamento entre os cidadãos e a não intervenção de um poder sobre o outro. O que está a ocorrer nos casos de ativismo judicial tratados neste ensaio é a substituição do debate público e democrático pelo mero subjetivismo do juiz, travado no âmbito dos poderes legislativo e executivo” (SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira*. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Ed. LTr, 2012. p. 208).

91. “El principio democrático abre políticamente la puerta a la realización del principio del Estado social, y en el fondo la hace necesaria, pero no contiene en sí mismo ninguna disposición legitimadora ni institucional que apunte a su posible limitación. Una limitación

distintas, complementares, porque a democracia cria o direito e este rege a ação das instituições democráticas. Diante disso, o dever de autocontenção do Judiciário impõe-se em todos os casos em que a presunção de constitucionalidade tenha preferência sobre qualquer outro sentido que se queira dar à norma jurídica.

Ausentes motivos justificados que autorizem o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando um juiz, agente da burocracia não eleita, assume o propósito de substituir-se ao agente político, democraticamente eleito, o Estado reduz-se a simples meio de exercício do poder, despido de legitimidade.⁹² E, com isso, do positivismo legalista, como bem observa Gilberto Bercovici, passa-se ao “positivismo jurisprudencial”, sob as vestes do “neoconstitucionalismo”, com a prevalência de uma Constituição jurisprudencial, em tudo flexível e reduzida na sua eficácia. A tentativa (que é sempre política) de substituir-se ao legislador nas questões de natureza constitucional ou à autoridade administrativa, nas de atividade financeira do Estado, é sempre atentatória à Constituição, quando não forem provados os motivos que possam justificar a interferência por ato judicial.

Como explica Hans Peter Schneider, o método “democrático” da interpretação constitucional não significa privilegiar a atuação do legislador ou distinguir a proteção dos direitos fundamentais com preferências entre legislador e Judiciário.⁹³ Corretíssimo. O método democrático significa assumir responsabilidade de cumprir a Constituição com menor afetação aos fundamentos democráticos.

semejante solo puede producirse desde el punto de vista democrático a partir del consenso político necesario, al que están sometidas las decisiones que han de legitimar se democráticamente. Ahora bien, el consenso político democrático tiene sin embargo una tendencia no solo a ampliar los fines de la acción orientada hacia el Estado social, sino también a procurarse los medios necesarios para ello mediante un recurso progresivamente agotador al producto social o mediante intervenciones redistribuidoras en la asignación existente de los bienes. Para resolver la cuestión de los límites y el equilibrio de las actividades y fines del Estado social solo se puede contar con la eficacia de las garantías del Estado de Derecho, y ello porque, y en la medida en que, estas delimitan el poder político de decisión legitimado democráticamente. En este terreno, junto al criterio de la proporcionalidad en relación con las limitaciones de las libertades jurídico-fundamentales, es decisiva sobre todo la garantía de la propiedad tal y como se recoge en el Estado de Derecho. (...) Si ocurre así, el Estado social puede realizarse bajo la forma del Estado fiscal y puede asumir el incremento de su presupuesto como instrumento para la redistribución social” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 131).

92. Como aduz Gilberto Bercovici: “A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais” (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 126).
93. SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 58.

Afora isso, com uma posição política muito bem evidenciada, que é a de negar espaço à própria política, temos visto nos últimos tempos o insinuar-se, sem cerimônias, de moralismo radical no Judiciário brasileiro, o principiologismo, ao argumento da prevalência dos “princípios” sobre todas as leis ou regras objetivas, e, para qualquer dificuldade de adaptação, o emprego da “ponderação”, na opção hermenêutica da “argumentação jurídica”, a prevalecer sobre qualquer outro método. Nessa manobra, do juiz legalista passa-se, assim, ao juiz *argumentador*, ao *Estado ponderador*, como se usa dizer. A insegurança jurídica daí decorrente atinge graus máximos.⁹⁴ Canotilho bem o diz, ao examinar o que se passa hoje no Brasil: “A *estruturação dogmática* das sentenças permite descortinar que os tribunais não decidem apenas casos segundo as *regras de competência*, assumem tarefas de *concretização política da Constituição*”. Ou seja, assumem função legislativa pura, de cunho normatizador. Mas não só. Pois, como indaga ele: “A questão fulcral é a de saber se o *dirigismo jurisprudencial* não assenta numa ‘auto-autorização’ ou ‘autolegitimação’ normativizadora sem fundamento constitucional”.⁹⁵ E, assim, chegamos ao “ativismo” judicial como regra, não como exceção.

O ativismo visa a implantar uma opção política de substituição do direito legislado pelo direito de precedentes, quando sequer os próprios tribunais respeitam esses precedentes e não se tem regime jurídico, ou tradição, que autorize esse conúbio sistêmico, em tudo e por tudo, inconstitucional.⁹⁶ Tampouco se pode pretender transformar o

94. Vale lembrar a dura crítica de Canotilho: “Temos sérias dúvidas quanto à bondade metodológica de uma metódica que, não obstante responder aos apelos da *praxis* e ter plena consciência dos desafios lançados pela ‘realidade’ à hermenêutica aplicativa, insiste em reduzir os problemas constitucionais a problemas de aplicação (sobretudo judicial) das normas da Constituição” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Da Constituição dirigente à jurisprudência dirigente. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Ed. LTr, 2012. p. 549). Ver ainda: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

95. “La asignación del poder jurídico-estatal exige, con vistas a la creación y la cooperación de los poderes, que la Constitución tenga un carácter abierto y flexible en la misma medida que ha de tenerlo para el establecimiento de una unidad de acción política o para la debida configuración de la vida social. De este modo, las funciones y las estructuras de la Constitución se mantienen en una relación de permanente referencia mutua, según el criterio de unas funciones lo más adecuadas que sea posible a las estructuras, y de una estructura normativa adaptable a las funciones, como condición necesaria para la eficacia óptima del Derecho constitucional en la democracia social” (SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 52).

96. “No campo metodológico, as medidas normativas produzidas por este ‘novo reino’ tendem a cimentar um novo positivismo – o *positivismo jurisprudencial*, em que a interpretação da Constituição é substituída pela interpretação da jurisprudência constitucional. Mais do que isso: a vinculação pela Constituição é substituída pela vinculação da medida jurisprudencial normativa. O ‘defensor’ Kelsiano da Constituição terá ganho o ceptro de ‘dono da constituição’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Da constituição dirigente à jurisprudência dirigente. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza

sistema jurídico nacional em sistema misto, entre *civil law* e *common law*. Isso porque a previsibilidade das condutas tornar-se-á impossível.

O Poder Judiciário limita-se pelo princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos, garantia inerente ao princípio da divisão de poderes, e instaura uma necessária relação de confiança sobre a decisão política, pela legitimidade democrática das escolhas dos agentes públicos.⁹⁷

A autocontenção judicial impõe-se sempre que a presunção de constitucionalidade não for contrastada por provas evidenciadoras de algum prejuízo efetivo à Constituição e a motivação adotada estiver em plena coerência com interpretação conforme a Constituição. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao longo da jurisprudência constitucional, não pode ser qualificada por mera “presunção”, mas deve ser manifesta e concretamente apurada. O princípio da interpretação conforme a Constituição é também garantia de preservação da presunção de constitucionalidade de normas, ao assegurar a aplicação das leis ou dos atos de escolhas políticas em coerência com os fins constitucionais do Estado.

A vedação da atuação do juiz como legislador positivo não é uma “barreira” à realização de direitos fundamentais, como sugerem alguns, mas permanente cumprimento da Constituição na preferência dos instrumentos e instituições democráticas para eleição das preferências na sociedade. A separação dos poderes e a legitimidade da legalidade não autorizam atitude diversa. Como consequência, sobre as escolhas políticas, é defeso a tribunais interferirem no mérito reservado à decisão democrática dos eleitos pelo voto popular, ressalvado o caso de ato inconstitucional. A autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) deve ser, pois, a regra permanente.

Casos há em que decisões políticas conforme à Constituição foram adotadas, mas a Administração realiza cumprimento equivocado ou restritivo dos direitos prestacionais. Nestes, justifica-se a imediata atuação judicial. É algo muito comum no setor de saúde, quanto a direito a medicamentos ou práticas cirúrgicas. Contudo, persistem aqueles nos quais a pretensão gira em torno de direitos a prestações que sequer foram objeto de deliberação legislativa ou política. Nestes, à evidência, qualquer invasão judicial revela-se como verdadeira afronta à Constituição.

Na segregação de receita orçamentária para o atendimento de despesas públicas específicas, o juiz tolera substituir a exigência constitucional do legislador para a apreciação política e autorização legislativa do orçamento público. E quando determina separação de recursos no orçamento ou mesmo de arrecadação de impostos, ao

Baeta. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Ed. LTr, 2012. p. 551).

97. Para um exame da relação entre democracia e presunção de constitucionalidade das leis, ver: ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

final, igualmente descumpre a regra do art. 167, IV, que veda a vinculação de receita de impostos a despesas. E mesmo nas exceções desta vedação às receitas vinculadas, para as despesas com saúde ou educação, o critério é dado pela própria Constituição, mediante exigência de lei complementar para dispor sobre os limites e percentuais vinculados à *saúde*: art. 198, §§ 2.º e 3.º; e *educação*: art. 212 da CF. Portanto, nenhuma sentença judicial pode afrontar a Constituição, ao pretender substituir-se ao legislador complementar.

A tarefa de modificar a destinação de recursos públicos não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade, salvo no caso de algum controle sobre os percentuais, o efetivo cumprimento da Lei Complementar ou algum caso de descumprimento de leis vigentes pela Administração Pública.⁹⁸

As correntes doutrinárias americanas e alemãs que privilegiam a “reserva financeiramente possível”, no sentido que autoriza ao Judiciário ingressar no mérito de cada despesa, isolam a Constituição da sua compreensão sistêmica e do seu princípio de efetividade material, além de mitigarem o espaço da decisão política segundo os procedimentos democráticos.

Os direitos assegurados e tutelados pela Constituição, ao mesmo tempo, impõem para todos o dever de assunção de obrigações de contribuir, continuamente, para a formação das receitas públicas. Gustavo Zagrebelsky percebeu muito bem a relação entre justiça e deveres, ao afirmar que “no puede pretenderse la justicia y pensar en construída sobre los derechos, rechazando los deberes”.⁹⁹ Em alguns países, essas obrigações são qualificadas como “dever de pagar impostos”.¹⁰⁰ Neste caso, a justiça distributiva proclama não apenas a destinação dos recursos ou a política intervencionista, mas também a assunção das obrigações de custear o Estado, segundo os valores e limites entabulados pela Constituição Tributária.

98. Em sentido diverso, ver o importante estudo: CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 150 e ss. Ver ainda: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

99. “Quienes sólo han pensado en la constitución como ordenamiento de la justicia y no como ordenamiento de la libertad, no han invocado una Declaración de derechos, sino una Declaración de deberes constitucionales” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 95).

100. São muitas as constituições que contemplam a competência estatal de criação de receitas públicas como contrapartida dos gastos públicos: *Itália*: “Todos são chamados a concorrer com as despesas públicas no limite da capacidade contributiva”; *Espanha*: “Todos contribuirão para o suporte dos gastos públicos de acordo com sua capacidade econômica mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios de igualdade e progressividade, que, em nenhuma hipótese, terá finalidade confiscatória”; *Turquia*: “Art. 73. Todos têm a obrigação de pagar imposto de acordo com os seus recursos financeiros a fim de cobrir a despesa pública. Uma distribuição justa e equilibrada da carga tributária é o objetivo da política fiscal”. Cf. *Sistemas Tributários e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Comparado*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Sistema tributário, legalidade e direito comparado: entre forma e substância*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-76.

A delimitação do papel do Judiciário em matéria de direitos sociais prestacionais positivos não equivale a qualquer recusa de concretização desses direitos fundamentais. Essa crítica simplista não se sustenta, quando se afirma que a atividade financeira do Estado Democrático de Direito deve ter por finalidade cumprir todos os fins constitucionais e mormente aqueles dos direitos e liberdades fundamentais, dos quais os prestacionais avultam em importância. O que se coloca em diferente perspectiva é que seja o legislador, e não o Judiciário, o responsável por essa tarefa, segundo os procedimentos democráticos.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que permeia toda a Constituição, cabendo ao legislador a tarefa de sua máxima concretização no Estado de bem-estar social brasileiro. O Judiciário pode, e deve, intervir em casos concretos, para assegurar a efetividade dos direitos sociais, mas reservando-se à autocontenção como agente de escolhas públicas ou legislador positivo. A decisão política sobre a escassez de recursos é reservada ao legislador democrático. E mesmo a Administração Pública, desde que esta atue em conformidade com os procedimentos democraticamente estabelecidos, suas opções políticas ganham efetividade a partir da aprovação legislativa e orçamentária, tanto da criação da despesa quanto da sua autorização. Com isso, resta defeso ao Estado-juiz tomar para si a função de eleger beneficiários, em detrimento dos demais. Essa, definitivamente, não é a forma de proteger os cidadãos.

As quebras de isonomia que estes acessos individuais propiciam na oferta de benefícios ou prestações em favor de uns poucos privilegiados vêm acompanhadas do prejuízo à maioria que sequer consegue ter acesso ao Judiciário, com seu alto custo, morosidade e dificuldades de acesso, inclusive geográficas. Estas, quiçá, sejam as mais gritantes das injustiças, ocultas e nunca conhecidas.

Alarmantes são os argumentos segundo os quais a designação dos créditos orçamentários vincula apenas a Administração, e não o Judiciário, ao admitir que este tenha poderes para reformular o orçamento e ordenar os créditos orçamentários segundo os interesses ou necessidades dos pretensos beneficiários de prestações sob a forma de direitos sociais. Nada mais incongruente com a Constituição. Basta pensar na extensão das hipóteses que exigem leis complementares e leis ordinárias para vincular os poderes em torno do estrito cumprimento dos requisitos orçamentários, ou ainda os critérios de controle de legalidade ou de legitimidade das despesas.

A cobrança política dos partidos de oposição, da imprensa livre, das organizações sociais e dos cidadãos são os meios legítimos de pressão da democracia, quando as preferências não atendem a interesses episódicos. Nenhum destes interage com a decisão judicial. Por isso, em vez de priorizar a decisão da burocracia judicial (não eleita), é preferível afastar os descréditos sobre o sistema político, recuperar a credibilidade da democracia e assegurar a efetividade do princípio do Estado Democrático de Direito conforme os fins constitucionais.

Como se vê, vão longe as observações de Alexander Hamilton, no capítulo LXXVIII do *Federalist*, adotadas por John Marshall, presidente da Corte Suprema, no caso *Marbury*

v. *Madison*, de 1803.¹⁰¹ Dizia Hamilton que a Constituição deveria acolher os poderes públicos rigorosamente separados uns dos outros, cômicos todos de que o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição seria aquele do Judiciário, pela natureza das funções que desenvolve, já que terá a menor possibilidade de gerar obstáculos ou afetar direitos humanos.

No constitucionalismo do Estado Constitucional de Direito, o controle de constitucionalidade, a pretexto de ser exercido com exclusividade pelo guardião permanente da Constituição, com poderes para controle concentrado com eficácia *erga omnes* em relação às repercussões decorrentes das leis ou atos normativos declarados inconstitucionais, sem cerimônias, vê-se utilizado como instrumento de poder ou de submissão do poder eleito por opções episódicas ou fruto de interpretações moralistas.

Ser “guardião da Constituição” não faz do Supremo Tribunal Federal ou qualquer juiz ou tribunal um substituto dos demais poderes na interpretação constitucional. Não será com interrupções abruptas de obras ou programas sociais, sem apurações conclusivas, que se punirá o governante. Em muitos casos, com isso, pune-se toda uma população, assim como a própria maioria eleitora, que fez suas escolhas nas urnas, democraticamente.¹⁰² Os desvios de virtudes políticas ou administrativas não podem encontrar menos do que o devido e imediato controle, mas isso reclama provas e devido processo legal. E naquilo que for de mérito, somente o destino das urnas poderá reservar a melhor decisão sobre as escolhas praticadas.

O efeito mais grave desse *positivismo jurisprudencial* é aprofundar a crise política do poder, pela desconfiança sobre o legislador, sobre os partidos e enfraquecimento da crença na soberania popular e na democracia.¹⁰³ Uma república de juizes confere poderes à burocracia em detrimento do próprio povo e seus poderes soberanamente conquistados pelos ritos democráticos.

A crítica que se deve fazer aos excessos do Poder Judiciário, na pretensão de assumir o posto de único intérprete do texto constitucional, não tem o condão de retirar qualquer eficácia ao seu credenciamento natural de controle permanente de inconstitucionalidades. O que se afigura inconstitucional, por invasão de competências, é a

101. PIZZORUSSO, Alessandro. *La costituzione ferita*. Bari: Laterza, 1999. p. 20; HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Oxford: Blackwell, 1948. p. 395 ss.

102. Isso vale também para o controle do próprio eleitorado, como aduz Geraldo Ataliba: “Essa responsabilidade política resolve-se, em regra, diante dos mandatários, nas urnas. Essencialmente, na verdade, é pela não reeleição, pela perda do prestígio, pelo comprometimento do partido – com todas as suas consequências políticas, daí advindas, que se punem os desvios políticos, as omissões e os gestos contrários às grandes diretrizes consagradas pelo partido ou pela própria Constituição” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 98).

103. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira (org.). *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 131.

intervenção do juiz no exercício da política e das posições democráticas. Numa teoria do Estado, a Constituição deve mediar a relação entre política e direito.

9. Considerações finais – A garantia de proteção da decisão política na atividade financeira do Estado

A Constituição Financeira de um Estado Democrático de Direito não se pode afirmar como “democrática” e “republicana” se não funda toda sua atividade financeira nos princípios de legalidade, moralidade, transparência, responsabilidade e isonomia. A decisão política da destinação dos recursos públicos somente será legítima quando dirigida aos fins constitucionais de Estado, sob controle de constitucionalidade e de legalidade.¹⁰⁴

Ao direito financeiro impõe-se a máxima expressão de transparência, por ser direito de todos saber não só quais são os gastos e destinação dos recursos públicos, mas quais são as motivações das políticas que determinam a medida adotada.

O Estado constitucional é um contínuo que tende ao futuro sem limite temporal para cumprir suas atividades organizatórias da coletividade.¹⁰⁵ A Constituição Financeira atua para permitir o cumprimento de todos os seus fins e valores, ao longo da sua existência, segundo as demandas da coletividade a que serve. Por isso, são necessários recursos que permitam essa permanência, na realização das formas de despesas públi-

104. “Na república todo cidadão é responsável pelo bem comum” (DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 281).

105. Nesse particular, são oportunas as palavras de Schneider: “La dimensión histórica del Derecho constitucional queda complementada por su estructura programática: la proyectividad de la Constitución”. E continua: “La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro (‘proyecto de comportamiento estabilizador’, Baumlin) y, por ello, siempre tiene algo de ‘utopía concreta’. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humanas, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política. Se observa aquí al mismo tiempo la particularidad evocadora del Derecho constitucional: su fuerza normativa consiste, esencialmente, en un llamamiento vinculante para la realización constitucional en el proceso político. De este modo, la Constitución no sólo es vivida pasivamente como un instrumento de poder, sino que sobre todo se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales” (SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 49).

cas que lhe são orgânicas ou daquelas que cumprem funções interventivas, em matéria econômica, política ou social.

Estamos, pois, convencidos da impossibilidade de aplicar a Constituição ou promover as ações, programas e políticas públicas que ela determina, mormente para a ordem econômica e social, sem municiar-se dos meios e conteúdos do direito financeiro.¹⁰⁶ Por isso, a Constituição Financeira e as Constituições Econômica, Político-Federativa e Social integram-se mutuamente para cumprir a pauta jurídica e política de construção do Estado, por meio das despesas públicas, mas também pelas medidas interventivas e redistributivas de recursos públicos.

Pretender afastar a política do direito constitucional é um erro rotundo na aplicação da Constituição Financeira e das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social. Logicamente, deve-se preservar o estudo do direito segundo um método eminentemente jurídico, mas não se pode deixar de assinalar o papel a ser exercido pela política, inclusive como limite do próprio direito. A movimentação das ordens econômica e social segundo o direcionamento dos fins e valores constitucionais somente é possível com os meios financeiros empregados segundo diretrizes políticas previamente definidas, por escolhas públicas, políticas de redistribuição de rendas, ações, programas ou políticas públicas, nacionais, setoriais, regionais ou locais.

Diz-se com frequência que se alguém quiser conhecer o modelo político e a ação do Governo nos campos econômico, social e cultural de uma nação, peça que se lhe apresente as leis de orçamento público em vigor. A maior ou menor atuação do Estado na ordem econômica dependerá, permanentemente, da autorização parlamentar na aprovação da lei orçamentária. Nessa função constitucional, o parlamento não pode ter uma atitude passiva, de mera homologação, mas deve interagir politicamente com o Governo para que se possa aprimorar e conduzir o Estado segundo a direção dos fins constitucionais e preservada a opção governamental das suas escolhas fundamentais, na medida em que o princípio democrático elege o governante para a realização do seu programa, segundo os valores de preferência majoritária do povo.

De igual modo, em cumprimento ao princípio de harmonia entre os poderes, não é aceitável em um Estado Democrático de Direito que o Judiciário se julgue no direito de afirmar-se único destinatário e intérprete privilegiado do texto Constitucional.

106. E, no direito financeiro, a decisão política assume sempre maior importância, com a complexidade da sociedade, pois “il governo della finanza pubblica e senz’ombra di dubbio l’elemento della politica economica che, nel breve periodo, riesce a sviluppare gli effetti più significativi. La complessità delle relazioni intrattenute dalla finanza pubblica con il generale governo dell’economia consiglia di procedere con ordine, a partire da quella funzione basilare del processo di decisione finanziaria dello Stato che è il riparto delle risorse pubbliche tra i molteplici settori di intervento e degli oneri a ciò associati, sia tra diversi tipi di entrate pubbliche correnti, sia tra i differenti gruppi di contribuenti” (MOSTACCI, Edmondo. *Finanza pubblica e politica economica: tra Stato nazionale e ordinamento europeo*. FERRARI, Giuseppe Franco (org.). *Il diritto pubblico dell’economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*. Milano: Egea, 2010. p. 54).

Como diz Gilberto Bercovici, “a constituição não pode viver apenas da interpretação jurisdicional, pelo contrário, ela só pode ser realizada pela política democrática”.¹⁰⁷ Impedir ou criar embaraço ao Governo no cumprimento das suas metas e planos traçados em conformidade com aquilo que foi apresentado aos eleitores é uma forma de cercear o próprio desempenho das escolhas democráticas. Por conseguinte, todos os poderes devem concorrer para assegurar a governabilidade, quanto às escolhas e direcionamentos dados pelas decisões políticas. Dentre outras, essas decisões assumem capital importância na deliberação sobre as despesas públicas, suas modalidades, oportunidade e adequação entre meios e fins.

107. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 325.