

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Até aqui se cuidou de apresentar as razões que fundamentam, teoricamente, a possibilidade – e, a rigor, a necessidade – de controle jurídico da definição das políticas públicas em geral e do destino a ser dado aos gastos públicos em particular. Essa, entretanto, não é a questão realmente importante. O ponto vital que se coloca é como transformar essa possibilidade em dogmática jurídica aplicável no dia-a-dia da interpretação jurídica, preservando-se ainda a harmonia com outros elementos constitucionais pertinentes, como a separação de poderes, as regras orçamentárias, a legalidade das despesas públicas etc.. O próximo tópico ocupa-se de lançar algumas idéias preliminares sobre esse tema, com o objetivo e a pretensão de desencadear a discussão necessária à construção dessa dogmática.

III Construindo Dogmaticamente o Controle das Políticas Públicas

Para um estudante de direito dos primeiros períodos será curioso comparar a quantidade de títulos jurídicos dedicados ao tema da tributação com aqueles que se ocupam de estudar a questão do gasto dos recursos públicos, recursos esses obtidos pelo Estado, em sua maior parte, pela arrecadação tributária. Ao passo que há grande e contínua produção doutrinária sobre o primeiro tema, sempre da maior relevância, o material específico existente sobre os gastos públicos e suas condicionantes jurídicas é bastante limitado. Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.

É certo que muitos debates que se desenvolvem no âmbito do direito tributário têm origem e são alimentados por um dado da realidade: o ímpeto arrecadador do Estado. A realidade das despesas públicas, entretanto, deveria despertar interesse semelhante: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira.

A construção de uma dogmática jurídica consistente que viabilize o controle jurídico das políticas públicas no Brasil depende do desenvolvimento teórico de ao menos três temas: (i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle. Cada um deles merece uma nota específica.

III.1 Identificação dos parâmetros de controle

A construção de qualquer dogmática que pretenda viabilizar, do ponto de vista técnico-jurídico, o controle das políticas públicas depende, antes de qualquer

outra coisa, da identificação dos parâmetros de controle aplicáveis. Com efeito, controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, e.g., concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas. Significará, também, afirmar que determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas. A questão, portanto, é a seguinte: com que fundamento se poderá chegar a tais conclusões? Por que determinada política pública pode ser considerada prioritária em relação a outra?

A dificuldade nesse particular consiste justamente em definir quais são esses parâmetros com fundamento nos quais se pretende fazer o controle, uma vez que eles apenas se justificam se puderem ser extraídos de forma consistente do texto constitucional. Registrou-se acima que as decisões do Poder Público acerca da definição de políticas públicas podem – e devem – ser controladas juridicamente, pois toda ação estatal está vinculada à Constituição em geral e a seus fins em particular. Mas quais são esses fins e em que tipo de atuação específica eles se desdobram? O que decorre da Constituição como atividade juridicamente vinculada e o que está na esfera da decisão política?

É certo que os fins constitucionais podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais. Nada obstante, essa assertiva é excessivamente genérica e produzirá pouca repercussão prática. A questão que realmente importa é a seguinte: a partir das metas gerais de promoção e proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário, autorizando assim o controle judicial?

Lembre-se que muitos direitos fundamentais, assim como a própria dignidade humana, são veiculados sob a forma de princípios, que, por sua própria estrutura, admitem uma realização progressiva e a rigor amplíssima.²⁶ É preciso então esclarecer em que medida, de fato, a Constituição vincula juridicamente a definição das políticas públicas e, assim, estabelecer os parâmetros de controle que poderão ser utilizados. Pois bem: nesse contexto, é possível imaginar ao menos três tipos diferentes de parâmetros.

²⁶ Daí visualizar-se nos princípios uma área nuclear e uma área não nuclear, como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá a um núcleo de efeitos mínimos que se tornam *determinados* na medida em que decorrem de forma consensual do sentido elementar do princípio. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002.

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em primeiro lugar, pode-se imaginar uma categoria de parâmetros puramente objetivos, relacionados com a quantidade de recursos, em termos absolutos ou relativos, que deverá ser aplicada em políticas públicas destinadas a realizar determinadas finalidades constitucionais. A Constituição de 1988, como se sabe, já emprega esse tipo de critério sob variadas formas. Vale destacar três dessas hipóteses:

1. o art. 212 dispõe que: "A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino";
2. o art. 198, § 2º dispõe que "§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º " e
3. a receita obtida pelas contribuições sociais previstas no art. 195²⁷ deve ser investida no custeio da seguridade social, cujo objetivo é assegurar, nos termos dos arts. 194 e 195, direitos relativos à saúde, à educação e à assistência social.

²⁷ CF/88: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)". MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e contribuições federais*, 2004, lista as seguintes contribuições sociais, atualmente existentes: (i) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (ii) contribuição ao seguro de acidentes de trabalho (SAT); (iii) contribuição do empregador doméstico; (iv) contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre receita ou faturamento: Contribuição sobre o faturamento (CONFINS); (v) contribuição ao programa de integração social (PIS); (vi) contribuição de retenção – Tomadores de mão-de-obra; (vii) contribuição de retenção – Cooperativas de trabalho; (viii) contribuição dos clubes de futebol profissional; (ix) contribuição da "agroindústria"; (x) contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre o lucro (CSSL); (xi) contribuição do trabalhador e dos demais e dos demais segurados da previdência social; (xii) contribuição do empregado, do empregado doméstico e do trabalhador avulso; (xiii) contribuição do segurado contribuinte individual e do facultativo; (xiv) contribuição do empregador rural pessoa física e a do segurado especial; (xv) contribuição dos concursos prognósticos; e (xvi) contribuições instituídas dentro da competência residual da União Federal para legislar: Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). No site do Ministério da Previdência e Assistência Social (www.mpas.gov.br) é possível ter acesso a uma lista completa das contribuições com as alíquotas e as bases de cálculo aplicáveis.

Essa primeira modalidade de parâmetro é, sem dúvida, a mais simples e objetiva e de emprego mais fácil. Do ponto de vista da sua utilização, bastam duas operações: (i) apurar a quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em matéria de saúde e educação, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições; e (ii) verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais referidos acima. É certo que duas outras ordens de dificuldades precisarão ser enfrentadas, mesmo para a aplicação de parâmetros tão simples como os que se acaba de descrever.

Em primeiro lugar, será preciso ter acesso a informações tanto no que diz respeito aos valores arrecadados pelo Estado, quanto no que toca à aplicação real desses recursos. Em segundo lugar, e este é um ponto juridicamente sensível, uma vez que se verifique o descumprimento do parâmetro constitucional, é preciso definir que conseqüências podem ser atribuídas a esse fato, seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato por ele praticado produza efeitos, ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição. Essas duas questões – a necessidade de informação e os instrumentos de controle – serão examinadas adiante, em tópicos próprios.

Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal. Trata-se de identificar que bens mínimos devem ser afinal ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. A construção desses parâmetros envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público.

Assim, e.g., é possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante (CF, art. 208, I).²⁸ Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Enquanto essa meta concreta não houver sido alcançada, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional terão de aguardar.²⁹

²⁸ "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria."

²⁹ O exemplo, é claro, simplifica a realidade para ilustrar o ponto, pois, na verdade, algumas metas são igualmente prioritárias do ponto de vista constitucional e deverão ser perseguidas concomitantemente.

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Note-se que o parâmetro objetivo descrito acima convive com este segundo, que se ocupa do resultado final da atuação estatal. Prosseguindo no exemplo da educação, é certo que todos os recursos previstos nos arts. 195, 198, § 2º e 212 da Constituição terão de ser investidos em serviços de educação pelos diferentes entes federativos. Se esse investimento, porém, não for suficiente para produzir o resultado esperado – a oferta de educação fundamental gratuita para toda a população –, outros recursos além desse mínimo terão de ser aplicados em políticas públicas até que a meta seja alcançada. Por outro lado, se o resultado em questão for atingido com um investimento menor do que o mínimo previsto constitucionalmente, o restante dos recursos continuará a ser aplicado em educação, agora na realização de outras metas previstas pelo texto constitucional, como, *e.g.*, a progressiva universalização do ensino médio³⁰ etc.

O exemplo da educação foi utilizado propositalmente por sua relativa simplicidade. Em outras áreas, como saúde e assistência social, por exemplo, a definição de metas concretas que decorrem da Constituição e são exigíveis do Poder Público envolvem complexidades maiores e, por isso mesmo, tais temas devem ser enfrentados de forma específica. Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder.

Uma vez definidas essas metas concretas, que devem ser prioritariamente perseguidas pelo Poder Público, a aplicação do parâmetro de controle também não envolve, em si mesmo, maiores dificuldades lógicas. Trata-se de verificar se o resultado final da atividade do Estado em cada uma das áreas está efetivamente se produzindo. Se a resposta a essa indagação for negativa, os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que outros gastos, não prioritários, devem esperar. As mesmas questões relacionadas com a informação sobre receitas e despesas públicas e com as conseqüências a atribuir na hipótese de descumprimento do parâmetro constitucional se colocam aqui e serão examinadas adiante.

Um terceiro parâmetro de que se pode cogitar, mais complexo, envolve o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas. Isto é: dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais. Essa modalidade de parâmetro poderá ser utilizada em conjunto com as anteriores, que envolvem, como se viu, não o *processo* para alcançar as metas constitucionais, mas a definição das próprias metas.

³⁰ "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: II - progressiva universalização do ensino médio gratuito."

A escolha das políticas públicas a serem implementadas ou, em outros termos, dos meios através dos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas é atividade tipicamente reservada pela Constituição à definição político-majoritária. A Constituição fixa, de forma vinculante, fins ou metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público – sobre isso se tratou nos parâmetros anteriores –, mas *como* atingir esses fins cabe ao Poder Público definir.³¹ De que parâmetro de controle se poderia falar aqui então? Se na construção de qualquer parâmetro de controle é preciso especial cuidado para não invadir, com o Direito, o espaço próprio da política, mais ainda quando esse parâmetro envolva a limitação do espectro de escolha dos poderes constituídos em matéria de políticas públicas.

Nada obstante o que se acaba de afirmar, e ainda assim, é possível conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais. O objetivo do parâmetro é assegurar uma eficiência mínima³² às ações estatais e seu fundamento decorre de tudo o que já se expôs sobre a vinculação do Estado às metas constitucionais e sobre as escolhas públicas em um Estado democrático e republicano.

Na realidade, a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto retórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas *têm* de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes.

É bem de ver que, salvo diante de situações extremas, o intérprete jurídico dificilmente terá condições de avaliar, sozinho, se a política pública adotada pela autoridade é minimamente eficiente. Neste ponto, será indispensável a comunicação do Direito com outros ramos do conhecimento, que poderão fornecer essa espécie de

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002, p. 118.

³² CF/88: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)." V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 2002, p. 83; ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*, Revista Brasileira de Direito Público nº 1, 2003, pp. 105-133; e MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. "A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência", *In Revista dos Tribunais* nº 789, 2001, pp. 87 e 88: "O princípio da eficiência foi introduzido para reordenação das atividades administrativas e, também, para servir como parâmetro (ou baliza) da juridicidade do exercício da competência administrativa (discricionária ou vinculada). (...) O atendimento das bases da moderna Administração Pública exige – além da conformidade da atuação administrativa com a legalidade – conveniência, oportunidade e eficiência (...)"

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

informação ao jurista com consistência científica. Não se trata, repita-se, de julgar entre eficiências maiores ou menores, nem de substituir a avaliação política da autoridade democraticamente eleita pela do juiz, mas apenas de eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada. Assim, se houver consenso técnico-científico de que o meio escolhido pelo Poder Público é ineficiente, ele será também juridicamente inválido, pois não se poderá considerá-lo um meio legitimamente destinado a realizar o fim constitucional.

III.2 Garantia de acesso à informação

Uma vez que os parâmetros tenham sido construídos, sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária. Esse poderia ser um tema de importância menor se a realidade brasileira não provasse o oposto em muitos aspectos.³³

No campo das receitas públicas, diversos orçamentos não distinguem a arrecadação prevista por tributos. Na mesma linha, os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. Ora, se os parâmetros de controle objetivos já previstos no texto constitucional, *e.g.*, para investimentos mínimos em saúde e educação devem ser calculados com base em um combinado de receitas oriundas de tributos específicos, a ignorância acerca de tais informações dificulta a aplicação do parâmetro.

No campo das despesas a dificuldade é ainda maior, tanto no que diz respeito às previsões orçamentárias, quanto no que toca à execução do orçamento, isto é, às despesas de fato realizadas. Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar.

Os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos. As despesas estão associadas a rubricas bastante amplas, como, *e.g.*, "Encargos Especiais", ou aos órgãos públicos (*e.g.*, Ministérios e Secretarias), sem que se possa saber ao certo o que foi investido na atividade fim do órgão, como saúde e educação, e o que foi gasto com outras despesas, como publicidade do órgão, remuneração de servidores, verbas de representação etc.. No caso da União, como se sabe, existem bancos de dados que registram todas as despesas do Executivo de forma individualizada (dos quais o SIAFI é o principal),

³³ As informações contidas nos parágrafos seguintes foram obtidas por meio de levantamento e pesquisa na legislação orçamentária e nos dados disponíveis ao público relativamente à previsão orçamentária, à arrecadação e à execução orçamentária da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro nos últimos quatro anos (2000 a 2004). Trata-se, é certo, de uma pequena amostra da realidade brasileira, mas ainda assim bastante significativa.

mas seu acesso é restrito a deputados e senadores.³⁴ Não se tem de notícia de que os demais entes federativos contem com estrutura semelhante.

A dificuldade geral de obter informação sobre o tema aqui em estudo não é um problema apenas de caráter pragmático que, em tese, poderia ser superado mediante um amplo esforço de pesquisa junto aos Legislativos dos três níveis federativos, aos órgãos competentes da Administração Pública e aos Tribunais de Contas. Trata-se também de um problema jurídico, já que o dever de prestar contas é um dever de natureza jurídica que, como tal, pode ser coativamente exigido.³⁵ Salvo situações excepcionais, *e.g.*, de despesas relacionadas com a segurança nacional, cujo sigilo seja constitucionalmente justificado, os cidadãos têm o direito subjetivo de dispor de informação sobre a receita pública existente e as despesas planejadas e realizadas pelos órgãos governamentais. De forma muito simples, o cidadão tem o direito de saber de quanto dinheiro o Estado dispõe e em que ele está sendo gasto.

E vale aqui notar um ponto importante. O direito à informação de que se acaba de tratar sumariamente não está ligado apenas – e a rigor sequer primariamente – à possibilidade de controle *jurídico* das escolhas do Estado em matéria de políticas públicas. Seu vínculo direto é com a prerrogativa assegurada ao povo, em um Estado democrático, de exercer controle *político* sobre a atuação do Estado, seja na via periódica das eleições, seja na via contínua de protestos e pressões sobre os representantes eleitos. Em suma: a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente se necessário, o acesso à informação.

³⁴ Em 2004, o Presidente da República vetou da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.934, de 11.08.2004) a previsão, tradicional, que confere aos parlamentares o acesso a tais sistemas de informações (tratava-se do art. 100 da lei). Após grande reação dos parlamentares, o dispositivo foi reintroduzido pela Lei nº 11.086, de 31.12.2004. Este é o texto do artigo: “Para fins de apreciação da proposta orçamentária, do acompanhamento e da fiscalização orçamentária a que se refere o art. 166, § 1º, inciso II, da Constituição, será assegurado ao órgão responsável o acesso irrestrito, para fins de consulta, aos seguintes sistemas, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital: I - Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Siafi; II - Sistema Integrado de Dados Orçamentários – Sidor; III - Sistema de Análise Gerencial de Arrecadação – Angela, bem como as estatísticas de dados agregados relativos às informações constantes das declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, respeitado o sigilo fiscal do contribuinte; IV - Sistemas de Gerenciamento da Receita e Despesa da Previdência Social; V - Sistema de Informações Gerenciais e de Planejamento do Plano Plurianual – Sigplan; VI - Sistema de Informação das Estatais – Siest; e VII - Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg.”

³⁵ CF/88: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”

III.3 Elaboração de instrumentos de controle

O controle jurídico-constitucional das políticas públicas depende da construção dos parâmetros que serão utilizados, de informação acerca das receitas e despesas e, por fim, de instrumentos de controle. Com efeito, uma vez que os parâmetros sejam fixados e se verifique, em determinado momento e circunstância, que eles *não* foram observados, que conseqüências a ordem jurídica atribuirá a esse fato?

Se os parâmetros em questão são, na realidade, regras construídas a partir do texto constitucional, isto é, regras jurídicas dotadas de superioridade hierárquica e centralidade no sistema jurídico, sua violação deverá acarretar conseqüências jurídicas, seja para punir o infrator, para impedir que o ato praticado em descumprimento da regra produza efeitos, ou ainda para impor a observância da regra. Ou seja: em primeiro lugar, é possível imaginar algum tipo de penalidade aplicável ao responsável uma vez que se verifique o não oferecimento, *e.g.*, de educação fundamental ou de atendimento médico básico a toda a população. Na segunda linha, é possível conceber que o Estado seja proibido de gastar com, *e.g.*, publicidade governamental, até que as metas prioritárias estabelecidas pela Constituição sejam alcançadas. Em terceiro lugar, pode-se cogitar de o próprio Judiciário ser autorizado a impor aos demais Poderes Públicos o investimento nas metas constitucionais.

É fácil perceber que há uma gradação nesses três grupos de conseqüências possíveis: punição, ineficácia do ato que viola a regra e possibilidade de, substitutivamente ao agente competente, produzir coativamente o que foi determinado pela Constituição. A última possibilidade é, sem dúvida, a que de forma mais efetiva realiza os efeitos pretendidos pela regra constitucional construída (os parâmetros), mas é também, por outro lado, a que mais interfere com as atribuições próprias do espaço político. As duas outras possibilidades impõem apenas indiretamente a realização das pretensões constitucionais, preservando o espaço de escolha da instância política. O equilíbrio possível entre esses dois elementos deve ser levado em conta na construção desses instrumentos de controle.

Dentro de cada uma dessas três categorias sugeridas acima é possível visualizar uma série de possibilidades diversas, algumas delas já indicadas pelo texto constitucional. Assim, nos termos do artigo 208, § 2^o, o não oferecimento de educação fundamental nos termos previstos na Constituição desencadeia a responsabilidade pessoal da autoridade competente. Ainda no campo da incidência de penalidades, é possível cogitar a responsabilidade política, na figura do crime de responsabilidade, da autoridade que atenta contra a Constituição e, especialmente, contra o "exercício dos direitos políticos, individuais e sociais" (CF, art. 85).²⁷

²⁶ CF/88: "Art. 208. § 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente."

²⁷ CF/88: "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;" Lei 1.079/50: "Art. 7º. São crimes de responsabilidade contra o livre exercício

O não investimento dos mínimos exigidos em educação e saúde autoriza, como se sabe, a intervenção federal nos Estados e dos Estados nos Municípios (CF, arts. 34, VII, e, e 35, III),³⁶ cabendo ao interventor levar o ente federativo a obedecer à Constituição. A legislação infraconstitucional já prevê alguns instrumentos de controle, aplicáveis em determinadas circunstâncias, que podem servir como ponto de partida para reflexão nesse particular – em especial a Lei Complementar nº 101/00 (responsabilidade fiscal) e a Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa). Talvez esse seja também o momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e de seus efeitos.

A construção fundamentada de instrumentos de controle será provavelmente o ponto mais complexo e sensível dos três que se acaba de expor. Por isso mesmo, a reflexão sobre ele é urgente e exige especial atenção da doutrina, sem a soberba de pretensos reis filósofos, mas com a missão de transformar o discurso da juridicidade, superioridade e centralidade das normas constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em particular, em técnica aplicável no cotidiano da interpretação e aplicação do direito. E uma vez que o discurso se transforme em técnica, a técnica poderá ser transformada em diferença real para as pessoas que vivem em um Estado de direito constitucional.

IV Conclusões

É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas no texto por meio das seguintes proposições objetivas:

1. A expressão “neoconstitucionalismo” designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta características metodológico-formais e materiais. O constitucionalismo atual opera sobre três premissas metodológico-formais fundamentais (a normatividade, a superioridade e a centralidade da Constituição) e pretende concretizá-las elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da

dos direitos políticos, individuais e sociais: (...) 9 - violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição; 10 - tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.”

³⁶ CF/88: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.” CF/88: “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...) III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;”

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

aplicação do direito. Quanto às características materiais, ao menos dois elementos merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

2. A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. Como se sabe, os recursos públicos são limitados e é preciso fazer opções. As escolhas em matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

3. A construção do controle das políticas públicas depende do desenvolvimento teórico de três temas: (i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle. Assim, em primeiro lugar, é preciso definir, a partir das disposições constitucionais que tratam da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário; isto é, trata-se de construir parâmetros constitucionais que viabilizem o controle. O segundo tema diz respeito à obtenção de informação acerca dos recursos públicos disponíveis, da previsão orçamentária e da execução orçamentária. O terceiro tema, por sua vez, envolve o desenvolvimento de conseqüências jurídicas a serem aplicadas na hipótese de violação dos parâmetros construídos, seja para impor sua observância, para punir o infrator ou para impedir que atos praticados em violação dos parâmetros produzam efeitos.