

Ano VII Nº 1
2015

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



REPUBLICANISMO, O ABUSO DO LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PRÁTICA DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

Iuri Rufino Campelo *

Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato **

RESUMO

O presente artigo tem como escopo apresentar a temática do republicanismo aliada aos possíveis abusos do limite da reserva do possível, bem como se estes ensejariam a prática do crime de responsabilidade. O republicanismo, apesar dos avanços que seus ideais trouxeram, vem sofrendo críticas atualmente, em detrimento de males como o patrimonialismo e a corrupção, presentes na maioria das repúblicas, fatos que encontram relação com a problemática das normas de eficácia limitada de princípio programático, resvalando na precária efetividade dos direitos sociais, por utilização, por vezes excessiva do limite da reserva do possível como justificativa dos gestores públicos, uma vez que há escassez de recursos orçamentários para a efetivação dos mesmos, caso em que a má qualidade da gestão pública possui importância manifesta, notadamente na qualidade de má-despesa pública. Contudo, há um limite na utilização dessa teoria, pelo que se faz necessário alcançar por parte do Estado a concretização do mínimo existencial, da dignidade mínima às pessoas. Logo, pergunta-se se o abuso do limite da reserva do possível ensejaria a prática do crime de responsabilidade, concluindo-se que pode, sim, em respeito aos ideais republicanos, do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos objetivos da república brasileira. Cita-se ainda que existem mecanismos normativos que auxiliam aos gestores públicos na qualidade de sua administração.

Palavras-chave: Republicanismo. Limite da Reserva do Possível. Má Despesa Pública. Crime de Responsabilidade.

*Advogado, Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e Pós-Graduando em Direito e Processo Constitucionais da mesma Universidade. E-mail: iuri_rufino@hotmail.com.

** Advogado, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Coordenador da Especialização em Direito e Processo Constitucionais da mesma Universidade e Professor de Direito Constitucional I, II e Direito Civil III nesta instituição. E-mail: gustavoliberato@unifor.br.

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Constituição Federal de 1988, são direitos básicos do indivíduo a moradia, educação, saúde, lazer, trabalho, entre tantos outros. Contudo, apesar de teoricamente esses direitos serem garantidos a todos, o Estado brasileiro não conseguiu ainda hoje atingir esses objetivos de forma eficiente.

Dentro dos ideais republicanos e democráticos, a necessidade da participação dos cidadãos com a política é tão necessária quanto a eficiência dos gestores de todas as esferas federativas na busca pela concretização do elemento “finalidade” do Estado como efetiva entidade assecuratória de direitos e garantias fundamentais, de modo a se alcançar o bem comum.

O Estado defende-se informando que não é possível assegurar a todas as pessoas esses direitos, uma vez que precisa, em seu sistema financeiro, respeitar os orçamentos de cada ente federativo, sendo o contingente humano e financeiro estatal insuficiente. Essa teoria é conhecida como “Limite da Reserva do Possível”.

Contudo, apesar de inicialmente se acatar tal tese diante da sua racionalidade concreta, verifica-se nos últimos anos a má gestão pública de forma constante, em que muitos gestores são ineficientes em suas funções, acumulando dívidas para os cofres públicos, além de diminuir índices básicos, como os de educação, saúde e emprego. Logo, é preciso obter uma análise sobre alguma possibilidade de um gestor ser responsabilizado por esse tipo de conduta, tal como a aplicação de inelegibilidade, perda do mandato ou *impeachment*.

2 O REPUBLICANISMO

A compreensão da expressão em destaque é melhor firmada ao se analisar o significado de República (do grego, *res publica*, coisa pública), assim como o seu desenvolvimento ao longo da história, em detrimento de cada época ter manifestado o ideal republicano de forma diferente. Assim, percebe-se que a ideia de república também não é estática e única, mas sim variável conforme a época e cultura dos povos que existiam.

A República exprime a coisa pública, com o escopo de defender o bem comum em relação aos interesses privados, almejando-se a busca de uma vantagem coletiva (RIBEIRO, 2008, p. 18), observando-se também a não subordinação dos cidadãos sob a figura de um monarca ou tirano, segundo Agra (2005, p. 17).

Relaciona-se à República também a ideia de liberdade, bem como à necessidade da existência de leis para regular as relações dos indivíduos e do Estado, as quais já eram defendidas por Cícero na Roma Antiga (CATROGA, 2011, p. 36-37), sendo marcante a presença da *virtude*, a virtude cívica, em que, inicialmente, possuía uma forte relação com a ideia de pátria, entendida como a fidelidade a uma terra e a um grupo humano identificado por uma herança comum, real ou fictícia.

Ataliba (1998, p. 13) traz uma definição mais atual, bem como a que existe no ordenamento jurídico brasileiro, em que “*República* é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente” (grifo original).

2.1 Contribuições marcantes ao Republicanismo contemporâneo (Inglaterra, EUA e França)

Os ideais republicanos que possuem hoje evidência, passaram por experiências práticas em alguns países ao longo do tempo, tendo eles papéis relevantes para a afirmação e reconhecimento do republicanismo na maioria das Nações atuais. Esses países são a Inglaterra, os Estados Unidos da América e a França.

Quanto ao republicanismo inglês, a Inglaterra possuiu um período sob a forma de República a partir de 1649, após a Revolução Puritana de Cromwell, em que ficou conhecida como a *commonwealth*, em que se limitava o poder do rei. Apesar do curto período (1649-1660), ela trouxe inúmeros benefícios, como a responsabilização do governo perante seus súditos, preocupou-se com a concentração de poder, acarretando na criação de um sistema de equilíbrio político

que viria a ser chamado posteriormente de *checks and balances*, bem como se criou também a ideia de mandato (AGRA, 2005, p. 54).

Quanto à experiência norte-americana, com a sua emancipação, houve uma reformulação na forma de governo, em que fundamentaram suas atitudes nas virtudes civis republicanas, tendo uma conotação patriótica, em que colocavam o cidadão americano no centro das atenções políticas, havendo uma grande participação deles no processo de formação política (AGRA, 2005, p. 39).

Os norte-americanos trouxeram também como contribuição, de acordo com Agra (2005, p. 40-41), a criação do sistema presidencialista de governo, modernização da teoria de Montesquieu sobre a separação dos poderes antes concentrados no monarca em três funções (executiva, legislativa e judiciária), assim como a realização de eleições periódicas, numa base normativa de cunho nacional, numa constituição, conforme se caracterizam as repúblicas democráticas atuais.

O republicanismo francês teve seu ápice com a Revolução Francesa de 1789. Além das características já citadas, teve a importância do surgimento do sufrágio universal, bem como houve a preponderância do Poder Legislativo frente aos outros poderes, um caráter universalista, em razão de representar os interesses da nação, característica da soberania nacional.

Catroga (2005, p. 80-83) assevera ainda que a França adotou como sua Religião Civil, citada por Rousseau, as próprias virtudes republicanas, em que alimentavam sua virtude com a ideia de que foram os pioneiros na emancipação das amarras do absolutismo, aqueles que tornaram universais os direitos da liberdade, igualdade e fraternidade, assemelhando-se, nesse aspecto, ao povo norte-americano.

Portanto, percebe-se o quanto cada um dos três republicanismos fora importante para a evolução da ideia de república. Foi por meio desses movimentos político-sociais que hoje é possível se falar, de modo um tanto universalizado, em mandato eletivo periódico em que os cidadãos possuem representantes frente às decisões políticas do Estado, tripartição dos poderes estatais, direito à liberdade, igualdade, propriedade, dentre tantas outras.

2.2 Caracteres do Republicanismo

Dentre os caracteres que fazem parte do republicanismo, citam-se cinco que possuem maior importância para os interesses da república, pelo que não pode ser concebida esta sem constar a existência daquelas, quais sejam a eletividade, periodicidade e responsabilidade; as virtudes cívicas; e o autogoverno dos cidadãos.

Como não é possível, fisicamente, a participação direta de cada cidadão, criou-se o instrumento do mandato político em que um indivíduo representaria os interesses de determinada população, sendo o instrumento hábil para que uma pessoa possa valer-se da função pública.

A maneira como esses candidatos serão eleitos é o que caracteriza a eletividade, em que o Chefe de governo é eleito pelo povo, não havendo mais a sucessão hereditária antes marcante na monarquia (DALLARI, 2013, p. 227). É preciso haver também a periodicidade (ou temporariedade) do mandato eletivo. Logo, o chefe de governo eleito democraticamente somente poderia exercer suas funções públicas durante um período limitado (DALLARI, 2013, p. 227).

Essa periodicidade acarreta uma possível substituição das diferentes representações de uma nação ao longo do tempo, possibilitando também a alternância do poder, pelo menos como possibilidade, quanto a necessidade de se conter o respeito ao direito das minorias (ATALIBA, 1998, p. 91).

Existe ainda a responsabilidade do chefe de governo perante seu Estado, seu povo, o qual necessita prestar contas de suas funções e atividades, sendo tais atos públicos e do interesse coletivo (DALLARI, 2013, p. 228). Tal ideia parte do pressuposto de que é preciso haver uma fiscalização do exercício daquele que ficou encarregado de representar os indivíduos.

Quanto às virtudes cívicas, é por meio delas que a função e o escopo da república são mais bem delineados, sendo o seu núcleo valorativo. Elas são os ideais que tornam ativa a cidadania dentro de uma comunidade. Esses indivíduos movidos por condutas morais possuem um sentimento de coparticipação com as decisões políticas do Estado, em que almejam os interesses do bem comum frente aos interesses privados, não descuidando do respeito à república (AGRA, 2005, p. 60).

A ideia de república mais atual alia-se ao princípio democrático, do autogoverno, no qual o cidadão tem o direito (e dever, dependendo do Estado) de votar naquele que deseja ver como agente político, atuando na esfera pública. Essa participação se caracteriza pela isonomia, tanto diante da lei (formal), como na

prática diária (material), não podendo um indivíduo ser menosprezado politicamente sob o pálio de diferença social (AGRA, 2005, p.75).

2.3 Republicanismo e sua relação com a liberdade e igualdade

A república, conforme analisada, possui uma íntima ligação com a liberdade, pois foi por meio dela que melhor se obteve, ao longo da história, a liberdade dos cidadãos, sendo considerado um princípio e valor republicano, assim como a igualdade.

A liberdade seria a proteção contra qualquer tipo de coerção que não esteja respaldada pelo princípio da legalidade. A utilização da lei seria a força regulamentadora dessa liberdade, em que teria como função o seu resguardo, delimitando quais direitos seriam irrenunciáveis e inatingíveis frente a coerções públicas ou privadas, conforme Agra (2005, p. 86).

Verifica-se, então o papel de interligação do princípio democrático com o da liberdade. A presença da isonomia dentro de uma república é fundamental para assegurar essa autonomia dos indivíduos por meio da legislação regulamentadora do Estado. Faz-se necessário que a legislação discipline as atividades estatais e dos indivíduos, tendo o objetivo de por em prática a isonomia entre os cidadãos, tanto formal como material, assim como resguardar a sua liberdade, conforme preceitua Ataliba (1998, p. 158-159).

2.4 Os Riscos ao Republicanismo

Mais recentemente, o ideal republicano vem sofrendo algumas crises, em que pese ter ocasionado discussões sobre suas finalidades, em razão de se ter monarquias constitucionais atuais que conseguem atingir tais objetivos de uma melhor maneira do que as próprias repúblicas, além de haver o conflito existente entre o individualismo com o bem comum, sendo necessária a apuração dessas respectivas questões.

2.4.1 Monarquias e Repúblicas: ainda adversários?

Ribeiro (2008, p. 26) afirma que a monarquia existe desde os princípios das relações sociais entre os homens, em detrimento de cada comunidade escolher aquele indivíduo mais forte que pudesse protegê-los (Chefe Guerreiro), que delegava funções para seus companheiros mais próximos, tais como a sua segurança, as suas despesas etc.

Com a evolução e difusão dos ideais republicanos, a monarquia, então, se tornava uma forma de governo ultrapassada. As que continuaram passaram a sofrer limitações jurídicas, transformando-se em monarquias constitucionalistas, as quais, segundo Ribeiro (2008, p. 31), o rei estaria numa posição política neutra, não estando envolvido no governo e nem podendo votar, mas que ele seria o representante do Estado, encarnando-o. Como exemplo, cita-se a Inglaterra, durante a Era Vitoriana, em que a família real passaria a imagem de um modelo de família por excelência, com um relacionamento estável, demonstrando o caráter firme e honesto do cavalheirismo inglês.

Sob esse prisma, verifica-se que a monarquia atual talvez seja mais eficiente quanto aos ideais republicanos do que a própria república, pois existe uma identidade moral dos cidadãos com a coroa que os representam (similar à virtude cívica), como se pode ver da Inglaterra, Holanda, Suécia, Noruega, Dinamarca, Japão, etc.

2.4.2 Patrimonialismo e Corrupção

Os grandes males que assolam os fundamentos da república hoje são o patrimonialismo, característica marcante da cultura brasileira, e a corrupção em que os responsáveis pela administração pública desviam recursos dos cofres públicos. O núcleo em comum entre ambas se encontra na utilização da coisa pública como propriedade privada.

O sentido do termo “patrimonialismo” pode ser entendido pela história cultural portuguesa durante a idade média, em que, com a era das navegações, a

economia do Estado se intensificava, caracterizando suas relações pelo comércio, marcante também na seara política, em que o rei utilizava-se de seu reinado como uma própria empresa. Aquele que detivesse o poder se acharia no dever de lucrar com o ente estatal, pouco lhe preocupando o bem público e as virtudes cívicas.

Quanto à corrupção, apesar de possuir a caracterização mais próxima de desvio ou furto do tesouro público, tem-se uma acepção mais abrangente. Antigamente, remetendo-se à república romana, a corrupção era atribuída à degradação dos costumes em geral. A partir do século XVIII a corrupção passou a possuir um significado diferente, em que havia uma maior preocupação pelos interesses privados que pelos coletivos (RIBEIRO, 2008, p. 48). A coletividade passou a ser vista como um peso, um fardo.

Essa troca do interesse coletivo pelo interesse privado transformou-se a ideia de corrupção, que seria agora a usurpação do bem comum, pelo qual o administrador público se utiliza da função para conseguir lesar, em benefício próprio ou alheio, o patrimônio coletivo.

2.5 Críticas ao Republicanismo

O modelo republicano vem recebendo muitas críticas em detrimento de não conseguir concretizar por completo seus ideais.

Com a comunicação cada vez mais rápida e fácil, assim como a predominância do capital no interesse pessoal, as distâncias de cada país tornaram-se mais estreitas, acarretando numa mistura de culturas entre os países, formando sociedades pluralistas, que possuem interesses heterogêneos. Logo, difícil se faz a presença da virtude cívica nas Nações atuais, segundo Agra (2005, p. 105-106).

Existe também uma crise de representação. Os cidadãos se sentem cada vez menos representados politicamente, em razão de não possuírem entendimento político-educacional por parte deles, ou pelo tamanho do país ser tão grande de forma que a relação representante-representado se tornou muito distante, além da não efetividade dos programas públicos e da existência das características patrimoniais presentes nas relações públicas.

O modelo capitalista de produção propicia esse tipo de conduta, em que há uma maior importância aos aspectos materiais, consumíveis, do que com o bem

comum, o coletivo (RIBEIRO, 2008, p. 49-55). Essas condutas propiciam ainda a uma maior desigualdade nas relações sociais, fato que dificulta a realização dos ideais republicanos (AGRA, 2005, p. 107).

Segundo Agra (2005, p. 107-108) o princípio da legalidade também vem recebendo críticas. Seu conteúdo é, em tese, realizado pelo povo, sendo ele abstrato, justo e genérico. Porém, numa sociedade pluralista essa normatividade não gera efeitos homogêneos nos indivíduos devido às múltiplas clivagens sociais que demandam um tratamento altamente específico dos interesses ali representados.

3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Além da problemática de cunho social a qual o Estado Social e Democrático de Direito enfrenta atualmente, há uma questão a mais, que seria a eficácia das normas constitucionais. Abstratamente elas existem e são válidas, porém a sua eficácia nem sempre é respeitada.

Segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva, parte-se da premissa de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, sendo que algumas delas não se manifestam inteiramente enquanto não se emitir uma norma jurídica que a auxilie (SILVA, 2003, p. 81-82).

Dessa maneira, a norma poderia se classificar em três tipos. A que tiver uma aplicabilidade direta, imediata e integral, será de eficácia plena. Caso produza seus efeitos de maneira direta e imediata, mas que tenha uma eficácia mais restringível será uma norma de eficácia contida. Por último, aquelas que tiverem uma aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, logo, que não produzem todos os seus efeitos em razão de ausência de normatização suficientemente compatível com seu conteúdo, será uma norma de eficácia limitada, sendo esta subdividida em princípio institutivo ou organizativo (referente à parte organizacional do Estado) e o princípio programático (constituindo como um verdadeiro programa de ação social), conforme Jose Afonso da Silva (2003, p. 84-85).

3.1 As Normas de Eficácia Limitada de Princípio Programático e o Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais: O surgimento da Garantia do Mínimo Existencial

Verifica-se a existência de uma problemática quanto à efetividade dos direitos sociais, notadamente nas relações econômico-sociais, e o real papel que as normas de eficácia limitada de princípio programático trazem para os indivíduos.

Para melhor compreensão, os direitos podem ser divididos da seguinte forma: os relacionados à liberdade política e civil do cidadão foram denominados como direitos negativos, por não disporem de intervenção estatal em sua esfera de atuação, ao passo em que os direitos sociais foram denominados como direitos positivos, em razão de necessitarem da atuação positiva do Estado para a sua efetivação (AMARAL, 2001, p. 55-58).

Essa distinção, de acordo com Amaral (2001, p. 69-70), serve para explicar a aplicabilidade das normas referentes a cada um desses direitos, em que os que possuem *status* negativo teriam sua eficácia imediata, enquanto que os que possuem *status* positivo teriam sua eficácia mediata, em que esta limitação de efeitos concretos era devida por causa do conteúdo dos direitos sociais dependerem de mediação legislativa e de políticas públicas, por demandarem de recursos, sendo eles custosos (SGARBOSSA, 2010, p. 241).

Essa ideia de que há uma relação de dependência econômica por parte do Estado, em que os direitos teriam um custo para serem concretizados, é oriunda da doutrina norte-americana, proposta pelos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein. Eles defendem que não há distinção entre direitos positivos e negativos, sendo ambos custeados por meio dos recursos públicos, principalmente decorrentes de tributos (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 14-16).

Todavia, em razão dessas pretensões fundadas nos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, necessitarem de uma satisfação por meios materiais, surge a questão da escassez. Segundo Amaral (2001, p. 133-136), a escassez pode ser encarada como um bem que não possui conteúdo o suficiente para atender a todos.

Grossman (2008, p. 27), a partir da realidade argentina e comparada, defende que a escassez de recursos pode ser uma justificação válida nos casos em

questão, verificando que a quantidade dos recursos estatais é relevante para a realização efetiva dos direitos, tendo aduzido que a situação econômica de um país delimita o alcance do direito lesado na prática.

Contudo, o surgimento da Carta Magna de 1988 proporcionou o reconhecimento de todas as disposições constitucionais como normas, revestindo elas de alto grau de eficácia, devendo ser esgotadas todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo do possível.

Segundo Barroso (1996, p. 224-225), ao mencionar a classificação ontológica das Constituições propostas por Karl Loewenstein, a Carta Magna de 1988 figura como constituição normativa, ou seja, aquela não apenas juridicamente válida, mas que está também integrada na sociedade. As normas constitucionais conservam os atributos características das normas jurídicas, dentre os quais a imperatividade.

Entretanto, as normas de eficácia limitada programáticas não se tornam efetivas em detrimento da mora do Poder Legislativo. O Poder Judiciário então, por meio de ações como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, decidiu utilizar-se de uma teoria mais concretizadora dessas normas (BARROSO, 1996, p. 229-244), através do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Logo, os problemas orçamentários não podem ser entendidos como obstáculos às suas efetivações, uma vez que isso afronta à vontade constituinte de ver os direitos fundamentais se realizando no plano real, sendo necessária a existência de um padrão mínimo a ser respeitado, que assegure as condições materiais indispensáveis a uma existência digna (TORRES, 2009, p. 36).

O direito ao mínimo existencial, assim, surgiu através desse entendimento, tendo, segundo Torres (2009, p. 35-36), uma faceta objetiva, entendido por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos humanos, garantido a todos, independentemente da sua condição social, e uma faceta subjetiva, em que alcança parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza, estando além de uma positivação constitucional.

A tese brasileira mais bem aceita acerca do mínimo existencial é a de Sarlet (2009a, p. 52-67) que afirma sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o fundamento dos direitos de defesa (civis e políticos) e dos

direitos sociais prestacionais, possuindo uma função ponderativa com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes e antagônicos, conforme já destacado anteriormente.

3.2 O caso *Numerus Clausus* e o surgimento do Limite da Reserva do Possível

O surgimento da teoria da reserva do possível aconteceu na Alemanha, através de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o caso *numerus clausus*, em que o objeto ora em litígio, o critério de admissão ao ensino superior em cursos de medicina, fundamentava-se no direito à livre escolha da profissão e no direito ao local de formação do indivíduo, pois não havia vagas o suficiente para tal curso, contrastando com tais direitos individuais.

Contudo, o então Tribunal optou por rejeitar a pretensão dos demandantes. Em sua fundamentação entendeu que não podia obrigar às universidades a criarem novas vagas para os pretendentes ao curso de medicina apenas por respeito ao direito individual de cada um. Como registra Schwabe (2009, p. 354-355), entendeu-se que se faz necessária a utilização de racionalidade nas expectativas individuais movidas pelos direitos fundamentais, na medida em que os direitos de tomar parte são limitados e não existentes *a priori*, encontrando-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racional e razoavelmente esperar da sociedade, somando-se a ideia do que se esperaria de um Estado Social (SCHWABE, 2009, p. 355).

A doutrina brasileira incorporou a teoria da reserva do possível sob outra perspectiva, dando ênfase na escassez de recursos e na questão dos custos dos direitos. Logo, segundo Sgarbossa (2010, p. 216) houve uma mutação em seu entendimento, pois ao invés da exigência central por razoabilidade e proporcionalidade nas prestações postuladas pelo Estado Social, passou-se a entender a reserva do possível como limitação fática e jurídica dos direitos fundamentais.

A limitação fática fundamenta-se na escassez real ou econômica, caracterizando-se como a máxima produção potencial de um bem que não se encontra em um grau suficiente para satisfazer todas as necessidades, enquanto que a limitação jurídica se fundamenta na escassez ficta ou legal, consistindo na

indisponibilidade jurídica, em que os recursos não são escassos por natureza, mas sim artificiais, especificamente acerca de alocações de recursos de forma desigual (SGARBOSSA, 2010, p. 216-220).

Entretanto, é difícil justificar a existência de uma escassez ficta, já que é possível a reversão de decisões alocativas, em virtude das existências reais de recursos (SGARBOSSA, 2010, p. 219), verificando-se que a utilização da reserva do possível possui limites.

Grossman (2008, p. 95), afirma ainda que é necessário um respeito à igualdade de condições no momento em que se alocam os recursos orçamentários. Além disso, segundo Sgarbossa (2010, p. 178-181), a admissão de teses estrangeiras como interpretação comparativa deve ser criteriosa, pois há de se ter em consideração a existência de realidades sociais e jurídicas diferentes. Portanto, verifica-se que a aplicação dessa tese possui limitações.

4 O ABUSO DO LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Os gestores da máquina pública, notadamente chefes do Poder Executivo, comprometem-se em assegurar, através de sua administração, tais direitos, mas quando não honram com seu papel – o que acontece bastante – procuram escapar de responsabilidades por meio da alegação de limitação orçamentária, havendo, logo, um abuso do limite da reserva do possível, sendo necessária tal análise.

4.1 Teoria do Abuso de Direito e sua aplicabilidade no setor público

Surgida na França entre o final do século XIX e o início do século XX, a teoria do abuso do direito apareceu como uma das primeiras respostas de juízes ao papel passivo de meros aplicadores do direito legislado, intervindo e estando mais próximos de tutelar os direitos subjetivos que se encontravam em situações de violação.

O exercício desse direito subjetivo precisaria ser respeitado, pois ele consiste na utilização da liberdade do indivíduo para realização de seus desejos conforme a ordem jurídica. Contudo, tal liberdade não pode ser plena em detrimento de terem uma posição de não contradição com os direitos fundamentais (MIRAGEM, 2013, p. 60-61).

Com a abertura do sistema jurídico no direito privado brasileiro, em que houve o reconhecimento de novos princípios a serem respeitados como o da boa-fé objetiva e de outros fenômenos a ser protegidos, deu-se uma maior aproximação dos institutos com o direito público e correlação dos direitos fundamentais entre as relações entre particulares (MIRAGEM, 2013, p. 37-39).

Essa abertura teve como finalidade a busca de uma melhor relação de adequação entre a norma e a situação concreta. Segundo Miragem (2013, p. 40), a noção de abuso do direito desvincula-se desde logo da concepção subjetiva (dolo ou culpa), para uma concepção objetiva, em que apenas a violação do limite estabelecido ao exercício do direito já era o suficiente para estar caracterizado o abuso.

Podem ser citados alguns exemplos de exercício abusivo de direitos os relacionados à boa-fé, como a teoria dos atos próprios ou proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), assim como a figura do *tu quoque*, que visa impedir um comportamento surpresa de uma das partes existentes na relação jurídica.

Há também o abuso existente ao direito de defesa, como a Ação Penal nº 396, em referência ao réu Natan Donadon, o qual tentou evitar o julgamento da Corte com a sua renúncia em detrimento de ter foro de prerrogativa de função (BRASIL, STF, *on line*).

Cita-se também o caso de uma recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em que se admitiu a usucapião de bem público, tendo fundamentado, além da comprovação dos requisitos para a admissão da usucapião, a existência de uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar imóveis em comento ao Município de Antônio Dias justamente para que lhes dê uma destinação social (MINAS GERAIS, TJMG, *on line*).

4.2 Má despesa pública: como aferir?

Um possível cerne das ineficiências estatais seria a má despesa pública, pois por mais que existam recursos suficientes para serem utilizados pela administração pública para concretizar seus planos e projetos, de nada adiantará pô-los em prática quando posto de forma precária.

Segundo Rosa e Marques (2012, p. 07), em referência à Constituição de Portugal, a qualificação de má despesa pública teria como núcleo a despesa pública, cuja relevância seria sua relação custo benefício, através de pressupostos objetivos, definidos pela Constituição e normas infraconstitucionais.

Os citados autores trazem uma compilação de casos concretos que ocorreram em Portugal, em que podem servir como um parâmetro de definição e apuração do que seja uma má despesa pública. Cita-se, como exemplo, o caso da Eurocopa do ano de 2004, em que o Tribunal de Contas português apontou que houve mais de cinco milhões de euros em investimento público, tendo um índice de deslize orçamentário de 13,3% referente às acessibilidades e encargos assumidos para as próximas décadas. Além disso, quanto ao estádio municipal de Braga, houve um desvio médio relativo ao custo de 360%, em que a média geral para possível deslize do orçamento seria o de 230%. Ao todo, após oito anos do evento, especula-se que houve uma despesa de €43,5 milhões de euros por cada dia do evento (ROSA; MARQUES, 2012, p. 15-17).

Destaca-se também o caso de parcerias público-privadas, em que se torna difícil de apurar os seus verdadeiros custos. Exemplo disso seria o caso em que, entre os anos de 2008 e 2010, a empresa pública Estradas de Portugal, S.A, lançou concursos para construções de ligações rodoviárias, em que se demonstra numa comparação das respectivas parcerias nos anos de 2009 e 2010, houve um acréscimo de €229,1 milhões de euros, enquanto as parcerias de saúde aumentaram de 96,4 para €172,2 milhões de euros, sendo perceptível o prejuízo e diferenciação alocativa de interesses (ROSA; MARQUES, 2012, p. 27-30).

Questão oportuna, ainda evidente, seria a forma como se poderia aferir a gestão pública, sob o aspecto quantitativo e qualitativo. Como exemplo, aborda-se uma pesquisa realizada pelo IPEA em que se havia noticiado, em data de 30/03/2009, que o percentual de servidores brasileiros não chega a 6% se comparado a toda a população do país, e que o Estado brasileiro é menor quanto a esse aspecto do que países como EUA, Espanha, Alemanha, França, Suécia, entre

outros (CAVALCANTE, 2012, p. 131). Contudo, apesar dos dados da pesquisa, apenas abordou-se a quantidade de servidores em cada país, sendo um dado simplesmente quantitativo. Não foi abordada a qualidade dos servidores comissionados e sua vinculação com a administração pública, por exemplo, bem como não foi feita uma análise acerca da limitação de gasto com pessoal que prescreve a Lei Complementar nº 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o que ressalta a dificuldade existente em se observar o conteúdo e a forma do que seria a má despesa pública.

4.2.1 Os princípios fundamentais da atividade financeiro-orçamentária

Faz-se necessário mencionar a relação da má despesa pública com os princípios fundamentais da atividade financeiro-orçamentária. Segundo Oliveira (2007, p. 264), a atividade financeira tem como finalidade atender a princípios de garantia do indivíduo mediante justa distribuição de recursos, bem como dos seus objetivos, não podendo ser aceita a ideia de sujeição do direito à economia, uma vez que economia de mercado é diferente de economia do setor público.

Cumprir destacar, entre os princípios financeiro-orçamentários, o princípio da proporcionalidade, pois é dever do administrador público escolher qual a melhor destinação no momento em que se der a repartição dos recursos orçamentários, devendo haver uma ponderação sobre como gastar e escolher no que gastar (OLIVEIRA, 2007, p. 266).

Destaca-se o princípio da legalidade no direito financeiro, disposto no art. 165 da CRFB/88, em que há uma sujeição do estabelecimento do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais somente mediante lei. Cita-se também o princípio da anualidade, em que se orienta a elaboração orçamentária, disposto no art. 165, §8º da CRFB/88, não se podendo gastar sem prévia autorização orçamentária (OLIVEIRA, 2007, p. 267).

O princípio da isonomia, o princípio da capacidade contributiva bem como o da eficiência, também se fazem presentes. Este tem como conteúdo a produtividade das ações da administração pública, a boa condução dos negócios públicos, bem como a rápida solução de problemas por parte do administrador público, sendo, em particular, um princípio norteador em relação aos já citados (OLIVEIRA, 2007, p. 268).

Cita-se, ainda, a legislação pertinente ao tema, qual seja a Lei nº. 4.320/64 e a Lei Complementar (LC) nº. 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal

(LRF), que possuem importância fundamental para a devida despesa pública. Como exemplo, citam-se os artigos 2º e 4º da Lei nº. 4.320/64, que dispõem sobre o controle dos gastos públicos, o art. 42 da LRF, em que é vedado ao gestor contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dos dois últimos quadrimestres de sua gestão, bem como o seu art. 9º que possui a finalidade de evitar desequilíbrio financeiro na execução orçamentária, possuindo esses exemplos a relevância da qualidade da gestão pública.

4.2.2 Interface com o princípio da Moralidade Administrativa

Dentre os princípios norteadores da administração pública, destaca-se o da moralidade administrativa, presente no art. 37 da CRFB/88, tendo o escopo de impor ao administrador público não dispensar os preceitos éticos que necessitam estar em sua conduta, devendo não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, como também distinguir o que é honesto do desonesto (CARVALHO FILHO, 2010, p. 23), tendo a moral adquirido um *status* constitucional.

Segundo Freitas (2009, p. 31-33), numa relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência, da eficácia e economicidade, o gestor público tem como obrigação trabalhar tendo como meta a melhor atuação, encontrando soluções ponderadas quanto às consequências de suas condutas, não se admitindo mais atos exclusivamente políticos, uma vez que estes se vinculam aos motivos que lhe determinaram.

A discricionariedade está vinculada aos preceitos da Constituição, bem como aos direitos fundamentais, ou seja, apesar da liberdade para suas escolhas, o gestor necessita motivá-los ao agir, de forma que essa motivação esteja de acordo com os preceitos constitucionais, tal como o princípio da moralidade, havendo posicionamento das cortes brasileiras sobre o assunto, reconhecendo a necessidade de congruência entre discricionariedade e motivação dos atos (FREITAS, 2009, p. 44).

4.3 O abuso do limite da Reserva do Possível configura crime de responsabilidade?

Os representantes políticos utilizam-se de uma função que lhes fora atribuída por meio do instrumento do sufrágio universal, oriundo do povo, titular do poder constituinte, necessitando suas condutas estarem pautadas de acordo com os princípios fundamentais presentes na Carta Magna de 1998. Esta prevê regras específicas de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas, quanto por infrações penais (MORAES, 2013, p. 494).

Dentre as penalidades que o Chefe do Poder Executivo, tendo como exemplo o Presidente da República, se encontra sujeito a responder são duas, quais sejam os crimes de responsabilidade e os crimes comuns (*in officium* ou *propter officio* – infrações penais próprias).

Os crimes de responsabilidade se encontram delimitados no art. 85 e incisos da Constituição Federal, sendo um rol meramente exemplificativo em detrimento de no seu próprio *caput* constar como crime ato atentatório à Carta Magna de 1988, bem como os atos específicos que estão mais delineados nos arts. 5º a 12 da Lei nº. 1.079/50. Assim, qualquer ato atentatório contra a Constituição Federal oriundo do Presidente da República pode ensejar a prática de tal responsabilização, servindo tais enunciados normativos como diretrizes para a acusação, tendo esta um alto teor subjetivo.

Verificada a Teoria da Reserva do Possível, percebeu-se que, por mais que haja escassez de recursos e dificuldade financeira em alguns setores públicos, não há como se utilizar de tal argumentação como obstáculo à sua concretização porque há mecanismos financeiros que conseguem se sobressair frente a essas dificuldades, como a alocação de recursos e qualidade dos gastos públicos, mediante utilização das normas presentes na Lei Complementar nº. 101/00 e na Lei nº. 4.320/64.

Por mais que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, tenham sua importância no ordenamento jurídico, não se pode deixar de se buscar a sua máxima efetividade, em respeito aos direitos fundamentais inerentes a cada pessoa.

5 CONCLUSÃO

Assim, o uso contínuo do entendimento da reserva do possível, de forma abusiva, em se verificando que se podia realizar uma gestão mais qualitativa, com

as necessárias alocações de recursos, bem como utilizando as leis e princípios financeiro-orçamentários para o cumprimento de suas obrigações, mas, pelo contrário, não se fez, acarretando prejuízos tanto financeiros como sociais, pode ensejar a prática do crime de responsabilidade, podendo restar caracterizado o ato atentatório à Constituição Federal, com o caráter de tipicidade abrangente próprio das infrações político-administrativas dos crimes de responsabilidade, uma vez que não obstam a devida persecução criminal.

Ademais, se a precisão normativa se mostra indispensável, veja-se o quanto consta do art. 7º, nº 9, da Lei nº. 1.079/50, cuja violação bem pode se dar por abuso de má gestão financeira.

Além disso, há situações específicas que se encontram vinculadas ao conteúdo do abuso do limite da reserva do possível, tais como a proibição administrativa e o cumprimento da lei orçamentária, presentes no art. 85, incisos V e VI da CRFB/88, e arts. 9º e 10º da Lei nº. 1.079/50, sendo mais alguns casos que ensejam a prática do crime de responsabilidade.

REPUBLICANISM, THE ABUSE OF POSSIBLE RESERVE LIMIT AND THE PRACTICE OF CRIME RESPONSABILITY

ABSTRACT

This article has the objective to present the theme of republicanism combined with the possible abuse of the possible reserve limit, and if these would give rise to practical responsibility of crime. Republicanism, despite the advances that have brought their ideals, has come under criticism today, to the detriment of evils as patrimonialism and corruption, present in most republics, facts that are related to the problem of limited efficacy standards of programmatic principle, slipping in the precarious effectiveness of social rights, for use sometimes excessive boundary of the reserve as possible as justification of public managers, since there is shortage of budgetary resources for the realization of the same, in which case the poor quality of public management has importance manifested, especially in public spending bad quality. However, there is a limit on the use of this theory, so it is necessary to achieve by the state achieving the existential minimum, the minimum dignity to people. So the question arises whether the abuse of the possible reserve limit would

cause the practice of responsibility for crime, concluding that can indeed in respect to Republican ideals, the principle of human dignity and of the republic goals Brazilian. Although there are regulatory mechanisms that help to managers in the quality of its management.

Keywords: Republicanism. Limit of the possible reserve. Bad Public Expenditure. Crime Responsibility.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 396**, do Estado de Rondônia, Brasília, DF, 28 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>> . Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001**, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Coronel Fabriciano, Belo Horizonte, MG, 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10194100112383001> . Acesso em: 12 nov. 2014.

CATROGA, Fernando. **Nação, Mito e Rito**. Fortaleza: Edições NUDOC-UFC / Museu do Ceará, 2005.

_____. **Ensaio Respublicano**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. Disponível em: <http://bibliopac.ual.pt/Opac/Pages/Document/DocumentCitation.aspx?UID=cedecb99-97b4-49aa-b40b-10805d02600c&DataBase=10014_BIBLIO>. Acesso em: 29 set. 2014.

CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. **Despesa Pública e Corrupção no Brasil**. 2. ed. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSMAN, Lucas Sebastián. **Escasez e Igualdad**. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. 2. ed. São Paulo: PubliFolha, 2008.

ROSA, Bárbara. MARQUES, Rui Oliveira. **Má Despesa Pública**. Lisboa: Alêthea Editores, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. México: Konrad – Adenauer – Stiftung e.V, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. V.1.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.