Sumário

Prefácio
Ricardo Lobo Torres 13

Introdução 15
1 As várias dimensões de um mesmo problema 15
2 Delimitação do objeto e proposta de trabalho 22

Capítulo I
Direitos a prestações estatais, direitos fundamentais e reserva do possível 25
1.1 Direitos sociais e prestações estatais 25
1.2 Direitos a prestações estatais: definição e conteúdo 27
1.2.1 As prestações estatais 27
1.2.2 Direitos a prestações estatais 29
1.2.2.1 Sobre o significado de "ter um direito" 29
1.2.2.2 Os direitos a prestações estatais na Constituição 30
1.2.3 Direitos sociais prestacionais e bem-estar 33
1.3 Direitos prestacionais e concepções sobre direitos fundamentais 34
1.3.1 Concepções formais de direitos fundamentais 34
1.3.2 Direitos fundamentais como direitos morais com eficácia jurídica 38
1.3.3 Direitos fundamentais como normas constitucionais com garantia reforçada e moralmente justificáveis 41
1.3.3.1 A proteção reforçada pela positivação 41
1.3.3.2 Direitos constitucionais e direitos fundamentais 43
1.3.3.2.1 Previsão constitucional e possibilidade de argumentação jusfundamental 43
1.3.3.2.2 Possibilidade de proteção jurídica e proteção do núcleo essencial da autonomia 44
1.3.3.2.3 A garantia reforçada 45
1.3.4 A necessidade da ponderação 47
1.3.5 Os direitos sociais prestacionais no Estado Social e Democrático de Direito 52
1.4 Levando direitos sociais e direitos fundamentais a sério? 55
1.5 Custos dos direitos e reserva do possível 57
1.5.1 Críticas à distinção entre direitos negativos e positivos 57
1.5.2 Os custos dos direitos como limitações à implementação de prestações estatais 59
1.6 A reserva do possível 60

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1.6.1 O significado da reserva do possível 60
1.6.2 O papel da reserva do possível na argumentação jurídica 63
1.6.3 A reserva do possível como uma questão "de fato" 66
1.6.4 Mínimo existencial e reserva do possível 70

Capítulo 2
O orçamento e a efetivação de prestações estatais 79
2.1 O problema da alocação de recursos 79
2.2 Direitos geram responsabilidades 82
2.3 O financiamento das prestações estatais 82
2.4 As decisões sobre a implementação de prestações estatais como escolhas orçamentárias. A centralidade do orçamento 86
2.5 Os diversos níveis das escolhas orçamentárias 88
2.5.1 As escolhas orçamentárias constitucionais 88
2.5.2 As leis tributárias e as leis que conferem direitos a prestações estatais 89
2.5.3 O plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias 90
2.5.4 A lei orçamentária anual 92
2.5.5 A execução orçamentária 93
2.6 A natureza jurídica do orçamento 94
2.6.1 O orçamento como lei formal 94
2.6.2 O orçamento como lei material 96
2.6.3 A natureza do orçamento na Constituição brasileira 98
2.7 As vinculações orçamentárias 107
2.7.1 A regra de não-vinculação das receitas de impostos 107
2.7.2 Exceções à regra da não-vinculação 108
2.7.2.1 Exceções implícitas 108
2.7.2.2 Exceções específicas às contribuições 109
2.7.2.3 Exceções explícitas em relação aos impostos 110
2.7.3 Vinculações indiretas em relação às despesas 111
2.7.4 Vinculações judiciais 112
2.7.5 Problemas relacionados às vinculações 113
2.7.6 Limites e controles da vinculação 115
2.8 A unidade e a universalidade orçamentária 116
2.9 A legalidade orçamentária 117
2.10 A responsabilidade orçamentária 118
2.11 A garantia do mínimo existencial no orçamento 123
2.12 A isonomia na alocação dos recursos orçamentários 124
2.13 Eficiência e economicidade na alocação de recursos 125
2.13.1 Escassez, *trade-offs* e eficiência econômica 125
2.13.2 A economicidade 126
2.13.3 A justificação da análise de economicidade 127
2.13.4 A economicidade como exigência constitucional 127
2.13.5 O funcionamento da economicidade 129
2.13.6 Limitações ao postulado da economicidade 131
2.14 A institucionalização das escolhas orçamentárias 132

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Capítulo 3

A judicialização das questões políticas e orçamentárias e o princípio da divisão dos poderes 133
3.1 A judicialização da política 133
3.1.1 O novo papel do Judiciário no Estado de Direito 134
3.1.2 Diferentes processos de judicialização 135
3.1.3 A judicialização no Brasil 139
3.1.4 A necessidade de justificar normativamente a judicialização da política 140
3.2 A divisão dos poderes no Estado e o ativismo judicial 142
3.2.1 Delimitando a questão 142
3.2.2 As dimensões do princípio da divisão dos poderes no Estado moderno 144
3.2.2.1 A dimensão negativa da separação dos poderes 145
3.2.2.2 A dimensão positiva da divisão dos poderes 148
3.2.3 A divisão dos poderes como princípio constitucional 149
3.2.3.1 Divisão dos poderes como princípio ligado a uma Constituição concreta 149
3.2.3.2 A divisão dos poderes como critério orientador para regras de competência 150
3.2.3.3 O funcionamento do princípio da divisão dos poderes 151
3.2.3.3.1 Impedimento à violação da divisão constitucional de competências 151
3.2.3.3.2 Respeito ao núcleo essencial do princípio da divisão dos poderes 152
3.2.4 A divisão dos poderes e a atuação judicial nas questões envolvendo a alocação de recursos 154
3.2.4.1 O problema das competências 154
3.2.4.2 A regra geral de competência do Judiciário 155
3.2.4.3 O controle de legalidade e a discricionariedade administrativa 157
3.2.4.3.1 O conceito de discricionariedade 157
3.2.4.3.2 A discricionariedade nas questões orçamentárias 158
3.2.4.4 O controle de constitucionalidade e a divisão dos poderes 162
3.2.4.5 O Judiciário como legislador negativo 164
3.2.4.6 A questão da adequação funcional 171
3.3 A divisão dos poderes favorece o ativismo judicial? 174

Capítulo 4

Princípio democrático e a revisão judicial da alocação de recursos no Estado 175
4.1 A questão democrática 175
4.2 Da idéia de democracia ao princípio democrático 176
4.2.1 Sobre o significado do termo "democracia" 176
4.2.2 A democracia como princípio constitucional 180
4.2.2.1 Princípio democrático e Constituição histórica 180
4.2.2.2 Princípio democrático na Constituição brasileira de 1988 181
4.2.2.3 Princípio democrático, democracia representativa e democracia participativa 183

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4.2.2.4 Princípio democrático e princípio majoritário 185
4.2.2.5 Princípio democrático como critério interpretativo 186
4.2.2.6 Princípio democrático e legitimação 187
4.3 A dificuldade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade 188
4.4 A insuficiência do princípio da divisão dos poderes como legitimador da jurisdição constitucional 189
4.5 Controle jurisdicional e defesa do processo democrático: limitação ou justificação? 192
4.5.1 A teoria procedimental de John Hart Ely 192
4.5.2 A teoria procedimental de Habermas 195
4.5.3 Procedimentalismo. Auto-contenção ou ativismo? 200
4.6 Judiciário como forma não majoritária de exercício do Poder em uma democracia complexa 203
4.6.1 A democracia constitucional 204
4.6.2 A democracia dualista 209
4.6.3 Direito e desacordo. A crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional 211
4.6.4 Revendo a idéia de razão pública 214
4.7 Sobre a possibilidade de consenso a respeito do controle jurisdicional de constitucionalidade 216

Capítulo 5
Parâmetros para a revisão judicial das escolhas orçamentárias 225
5.1 Introdução 226
5.2 O respeito às margens de ação do legislador e do administrador 228
5.2.1 A Constituição como "ordem marco" 228
5.2.2 A margem de ação estrutural do legislador 230
5.2.3 A margem de ação epistêmica do legislador 233
5.2.4 O princípio formal da competência do legislador e os graus de intervenção 235
5.2.5 As margens de ação do legislador no direito constitucional brasileiro ... 238
5.2.6 As margens de ação do administrador 241
5.3 O minimalismo judicial 242
5.3.1 A idéia do minimalismo nas decisões judiciais e a promoção do debate democrático 242
5.3.2 O minimalismo na jurisprudência do STF 243
5.4 A intervenção judicial na alocação de recursos no direito comparado ... 248
5.4.1 A experiência norte-americana da *equal protection* e as *civil rights injunctions* 248
5.4.2 A experiência constitucional sul-africana e o caso *Grootboom* 253
5.5 A intervenção nas escolhas orçamentárias através do orçamento 258
5.5.1 Sobre os argumentos a favor da intervenção judicial através do orçamento 258
5.5.2 A intervenção através do orçamento na jurisprudência 262
5.6 Parâmetros para a intervenção através do orçamento 264

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

5.6.1 Vinculações constitucionais explícitas.....264
5.6.2 Políticas públicas incluídas no orçamento, mas não implementadas.....265
5.6.2.1 Exercício do poder discricionário administrativo no contingenciamento de recursos 265
5.6.2.2 Problemas técnicos para o fornecimento da prestação 267
5.6.2.3 Problemas de "dinheiro".....268
5.6.3 Políticas públicas aprovadas em lei, mas não incluídas no orçamento...269
5.6.3.1 A revisão do orçamento através do controle de legalidade.....270
5.6.3.2 A revisão do orçamento através do controle de constitucionalidade 271
5.6.3.3 Algumas questões procedimentais sobre a revisão judicial através do orçamento 274
5.6.3.3.1 Bloqueio e seqüestro de recursos públicos 274
5.6.3.3.2 A intervenção na administração de órgãos públicos 276
5.7 Uma aproximação à implementação judicial de prestações estatais, mas não a única.....278

Conclusão 281

Referências 289

Índice 301

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br