



ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR

**Teoria dos gastos públicos:
Estado, democracia e consenso**

**Tese de doutorado
Orientador: Professor dr. Regis Fernandes de Oliveira**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2021**

ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR

Teoria dos gastos públicos: Estado, democracia e consenso

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico e Financeiro, sob orientação do Professor Dr. Regis Fernandes de Oliveira.

versão corrigida

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2021**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SANTOS JUNIOR, ADALMO OLIVEIRA DOS

Teoria dos gastos públicos: Estado, democracia e consenso ; ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR ; orientador Regis Fernandes de Oliveira -- São Paulo, 2021.

237 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Gastos públicos. 2. Teoria da escolha pública. 3. Legitimidade da despesa. 4. Ação coletiva. 5. autointeresse. I. Oliveira, Regis Fernandes de, orient. II. Título.

Nome: Adalmo Oliveira dos Santos Junior

Título: Teoria dos gastos públicos: Estado, democracia e consenso

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico e Financeiro, sob orientação do Professor Dr. Regis Fernandes de Oliveira.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Professor: _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

À memória de meu pai Adalmo Oliveira que
sempre me incentivou a perseguir meus objetivos

RESUMO

É comum enxergar os gastos públicos a partir de uma concepção organicista do Estado, entendendo a alocação dos recursos como decorrência de um interesse público previsto na legislação. É dessa visão que se pretende afastar. Busca-se analisar o fenômeno do gasto público em uma perspectiva democrática, na qual existe a necessidade de se alcançar um consenso para a tomada de decisões orçamentárias. Em síntese, a escolha pública. Pretende-se estruturar uma teoria do gasto público que considere as preferências individuais, os objetivos fundamentais do Estado, e o comportamento dos tomadores de decisão. Parte-se do pressuposto de que o Estado é formado para exercer uma ação coletiva, sendo seus fins estabelecidos consensualmente. Nesse contexto, o gasto público assume posição central, uma vez que é pela alocação dos recursos financeiros que as ações coletivas executadas pelo Estado são possíveis. A ação coletiva pode ser uma necessidade para a ordenação social, ou simplesmente uma opção dos indivíduos. No entanto, a delegação de uma atividade antes privada para o Estado deve ocorrer de forma consensual. De forma a tentar compreender o funcionamento da tomada de decisão referente à alocação de recursos, faz-se uma análise descritiva do gasto público, enxergando-o como um processo no qual existe uma gama de agentes interagindo entre si. Para tanto, utiliza-se da teoria da escolha pública, trazendo para a análise uma perspectiva econômica de modo a auxiliar a análise comportamental dos tomadores de decisão. Por meio de um estudo constitucional, analisa-se o gasto público normativamente, localizando-o finalisticamente em relação ao Estado. Investiga-se ainda a legitimidade do gasto público, considerando o sistema econômico estatal e a importância do mercado privado no atual contexto democrático e constitucional. No mesmo enfoque, estuda-se o caráter redistributivo dos gastos públicos e eventual finalidade de promoção igualitária. Conclui-se que o atual modelo de democracia majoritária conduz para um déficit de legitimidade das despesas estatais, apontando para a necessidade de alteração da forma de se interpretar a legislação relativa aos gastos públicos, bem como a imprescindibilidade de uma reforma política.

Palavras-chave: Gasto público. Teoria da escolha pública. Legitimidade da despesa. Ação coletiva. Autointeresse.

ABSTRACT

It is common to regard public expenditure in light of an organic conception of State, deeming the allocation of resources as the result of a public interest provided by law. We propose to part from this point of view. We aim to analyze the phenomenon of public expenditure in a democratic perspective, in which a consensus for budgetary decision-making must be reached, in short, a public choice. We propose to structure a theory of public expenditure that takes individual preferences into account, as well as fundamental State objectives and the behavior of decision makers. We assume that the State is formed to exercise collective action, with its goals being established by consensus. In this context, public expenditure plays a central role, for it is through the allocation of financial resources that collective actions carried out by the State are possible. Collective action can be necessary for social ordering, or simply an individual's choice. However, the assignment of a previously private activity to the State must occur by consensus. In order to comprehend how the decision-making concerning the allocation of resources works, we make a descriptive analysis of public expenditure, regarding it as a process in which a range of agents interact with each other. We employ the theory of public choice, introducing an economic perspective in order to assist the behavioral analysis of decision makers. Through a constitutional study, public expenditure is evaluated in a normative way, locating it finalistically in relation to the State. The legitimacy of public expenditure is also investigated, considering the state economic system and the importance of the private market in the current democratic and constitutional context. From this same angle, we evaluate the redistributive character of public expenditure and the eventual purpose of egalitarian promotion. We conclude that the current model of majoritarian democracy leads to a deficit in the legitimacy of public expenditure, pointing to the need to change the form of legal interpretation of public spending, as well as the need for political reform.

Keywords: Public expenditure. Public choice theory. Legitimacy of public expenditure. Collective action. Self-interest.

RIASSUNTO

È comune considerare la spesa pubblica alla luce di una concezione organica dello Stato, ritenendo l'allocazione delle risorse il risultato di un interesse pubblico previsto dalla legge. Proponiamo di rompere con questo punto di vista. Ci proponiamo di analizzare il fenomeno della spesa pubblica in una prospettiva democratica, in cui deve essere raggiunto un consenso per le decisioni di bilancio, insomma una scelta pubblica. Si propone di strutturare una teoria della spesa pubblica che tenga conto delle preferenze individuali, delle obiettivi fondamentali dello Stato e del comportamento dei decisori. Partiamo dal presupposto che lo Stato è formato per esercitare un'azione collettiva, i cui obiettivi sono stabiliti per consenso. In questo contesto, la spesa pubblica gioca un ruolo centrale, perché è attraverso l'allocazione di risorse finanziarie che sono possibili azioni collettive realizzate dallo Stato. L'azione collettiva può essere necessaria per l'ordinamento sociale o essere semplicemente la scelta di un individuo. Tuttavia, l'affidamento allo Stato di un'attività precedentemente privata deve avvenire per consenso. Per comprendere come funziona il processo decisionale relativo all'allocazione delle risorse, si effettua un'analisi descrittiva della spesa pubblica, considerandola come un processo in cui interagiscono tra loro una serie di agenti. Impieghiamo la teoria della scelta pubblica, introducendo una prospettiva economica per assistere l'analisi comportamentale dei decisori. Attraverso uno studio costituzionale, la spesa pubblica viene valutata in modo normativo, collocandola finalisticamente in relazione allo Stato. Viene inoltre indagata la legittimità della spesa pubblica, considerando il sistema economico statale e l'importanza del mercato privato nell'attuale contesto democratico e costituzionale. Da questa stessa angolazione, valutiamo il carattere redistributivo della spesa pubblica e l'eventuale scopo della promozione egualitaria. Concludiamo che l'attuale modello di democrazia maggioritaria porta a un deficit nella legittimità della spesa pubblica sottolineando la necessità di cambiare la forma dell'interpretazione giuridica della spesa pubblica, nonché la necessità di una riforma politica.

Parole chiave: Spesa pubblica. Teoria della scelta pubblica. Legittimità della spesa pubblica. Azione collettiva. Interesse personale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A ESCOLHA PÚBLICA NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS DO ESTADO	16
1.1 ORIGEM E FINS INICIAIS DO ESTADO	17
1.1.1 Teorias de formação natural do Estado	18
1.1.2 Teorias do contrato social	19
1.1.3 Teorias modernas de formação do Estado	22
1.2. DECISÕES INDIVIDUAIS E ESCOLHAS COLETIVAS	26
1.2.1 Racionalidade.....	27
1.2.2 Influência da paixão	29
1.2.3 Racionalidade econômica limitada	31
1.2.4 Autointeresse limitado	33
1.2.5 Autointeresse e vontade coletiva	35
1.2.6 Aportes da teoria da escolha pública	38
1.3 CONSENSUALIDADE DA DECISÃO DO GASTO PÚBLICO	42
1.3.1 Dificuldade da agregação de preferencias.....	43
1.3.2 Importância da cooperação para o resultado social (dilema do prisioneiro)....	45
1.3.3 Custos de interdependência social	49
1.3.4 Opção entre reduzir o custo da decisão ou reduzir a externalidade.....	53
1.3.5 Comércio de votos (<i>logrolling</i>) na perspectiva democrática.....	56
1.3.6 Representação gráfica do consenso.....	61
1.4 MOTIVOS PARA A TOMADA DE DECISÃO DOS AGENTES POLÍTICOS	62
1.4.1 Decisões emotivas dos agentes políticos.....	63
1.4.2 Autointeresse dos agentes na arena política.....	65
1.4.3 Gastos públicos como política de barril de carne suína.....	68
1.5 GASTO PÚBLICO E OBJETIVOS SOCIAIS.....	69
2 DESPESAS PÚBLICAS NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL	72
2.1 JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO ESTADO	72
2.2 OBJETIVOS DO ESTADO.....	75
2.2.1 Fundamentos expressos na Constituição.....	78
2.2.2 Objetivos Constitucionais	80

2.2.3	Objetivos da Constituição Financeira	83
2.3	DIREITO DAS DESPESAS NA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA	86
2.3.1	Aproximação entre os princípios direito tributário e o direito das despesas	89
2.3.2	Não neutralidade do Estado	93
2.3.3	Formulação e execução das políticas públicas	97
2.3.4	Escassez de recursos públicos	100
2.4	GASTO PÚBLICO COMO UM PROCESSO	104
2.4.1	Processo de interação dos agentes	105
2.4.2	Órgãos de controle dos gastos públicos	110
2.4.3	Grupos de pressão	112
2.4.4	A atuação do Poder Judiciário	114
2.4.4.1	Função judicial de compatibilizar os atos da administração com a legislação	117
2.4.4.2	Orçamento das minorias e a função contramajoritária	119
3	LEGITIMIDADE DOS GASTOS PÚBLICOS EM UM CONTEXTO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL	123
3.1	MODELO ECONÔMICO CONSTITUCIONAL	126
3.1.1	Advento do Estado liberal	127
3.1.2	Estado socialista	130
3.1.3	Estado Social	132
3.1.4	Eleição dos limites da intervenção estatal	135
3.2	AÇÃO ESTATAL DE PROTEÇÃO E FOMENTO DO MERCADO	137
3.2.1	Funções da política financeira do Estado	141
3.2.1.1	Função alocativa	142
3.2.1.2	Função distributiva	144
3.2.1.3	Função estabilizadora	146
3.2.2	Gastos públicos para a proteção da livre iniciativa (cumprimento dos contratos)	148
3.3	PROBLEMAS QUANTO A LEGITIMIDADE DA DESPESA PÚBLICA	150
3.3.1	Intensidade de preferências e gradação de objetivos	153
3.3.2	Eficiência do gasto como um complicador da decisão	156
3.4	VENCEDORES E PERDEDORES DO ORÇAMENTO	157
3.5	O TAMANHO DO GASTO ESTATAL	161
3.5.1	Lei de aumento da atividade do Estado	163
3.5.2	Eleição do que é serviço e bem público	165

3.6 ATUAÇÃO DOS TOMADORES DE DECISÃO E DOS BENEFICIÁRIOS DA DESPESA.....	168
3.6.1 Caçadores de renda (<i>rent-seeking</i>)	168
3.6.2 A tragédia dos comuns	171
3.6.3 Comportamento dos agentes políticos	175
3.6.4 Atuação do Poder Judiciário	177
4 DESPESAS PÚBLICAS E REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA	179
4.1 DIVISÃO DOS CUSTOS OU REDISTRIBUIÇÃO. EMPREENDIMENTO COOPERATIVO.....	180
4.2 AS DIFERENTES FORMAS DE JUSTIÇA NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.....	184
4.3 ENTRE A REDISTRIBUIÇÃO E A EFICIÊNCIA ALOCATIVA.....	187
4.3.1 Crítica à política de redistribuição	190
4.3.2 Entre a luta contra a desigualdade e o combate à pobreza	193
4.4 AS MÚLTIPLAS ACEPTÕES DE IGUALDADE.....	198
4.4.1 Dificuldade da delimitação conceitual de desigualdade	201
4.4.2. Igualdade constitucional	204
4.4.3 Igualdade como pressuposto da liberdade	209
4.5 REDISTRIBUIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO.....	213
CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS	225

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a escolha pública na alocação dos gastos estatais. Analisa-se como é realizada as despesas públicas, os fatores que as influenciam e os parâmetros para a tomada decisão.

A problematização da pesquisa centra-se no déficit de legitimidade dos gastos públicos, sendo o termo legitimidade tomado em seu sentido lato, como a adequação dos anseios do povo à ação do Estado. Constatou-se como problema o fato de a legislação acerca das despesas públicas se distanciar do fenômeno prático, uma vez que o gasto público é efetivado por uma conjunção de fatores, sendo o direito positivo apenas uma fração dos motivos que norteiam a escolha pública relativa à alocação das despesas estatais.

A pesquisa tem por objeto a eliminação das barreiras entre o político e o jurídico, conferindo uma nova visão sobre o fenômeno jurídico-político dos gastos públicos. Para tanto, analisa-se o funcionamento das instituições e o comportamento dos agentes tomadores de decisão. Nesse contexto, o trabalho é a todo tempo influenciado pela teoria da escolha pública (*public choice theory*), uma teorização de matriz econômica que fornece uma explicação sobre a tomada de decisões dos agentes políticos.

Busca-se compreender o fenômeno dos gastos públicos em sua perspectiva dinâmica. Analisar o comportamento dos atores envolvidos na decisão da despesa estatal. Entender, dentro do modelo constitucional, como são elaboradas as escolhas públicas e estabelecidos os programas e prioridades governamentais.

A ideia de abordar o funcionamento da máquina estatal e o comportamento dos tomadores de decisão advém da concepção de que, embora o direito financeiro seja uma disciplina jurídica, está atavicamente ligada aos meandros políticos. Por mais que seja possível a análise das ações do Estado sob a acepção jurídica, a análise de outros fatores e interesses se fazem relevantes e impactam na formulação e implementação de políticas públicas.

Há que se entender a ciência do direito financeiro, principalmente a parte das despesas públicas, sempre dotada de uma relação estreita com a política. Diferentemente do direito civil, direito administrativo ou do direito tributário em que as normas jurídicas são interpretadas pelo particular ou por um agente público que não é pressionado pela opinião pública, as escolhas relativas às despesas públicas têm um forte colorido político.

Os tomadores de decisão orçamentária possuem interesses que nem sempre são compatíveis com a ordem constitucional. Como o Estado é composto de pessoas, e são elas quem formulam e implementam as políticas públicas, a realidade sobre a qual o direito é aplicado não pode ser desprezada. Mesmo que se considere o Estado como corpo orgânico, como um ente supraindividual distintos de seus componentes, não se pode dizer que é o Estado, pessoa aética, moral, ficção jurídica, que determinará o gasto público. O Estado é composto de indivíduos, sendo a soma das vontades e preferências individuais que ditará o rumo das escolhas públicas.

Tendo isso em vista, a *tese proposta* é aproximar o plano político do jurídico, de modo a compreender como as decisões orçamentárias são tomadas, viabilizando uma melhor interpretação e aplicação da legislação vigente. Busca-se a estruturação de uma teoria do gasto público que leve em conta não apenas os objetivos e decisões fundamentais do Estado, mas principalmente o comportamento dos tomadores de decisão. Uma análise que ultrapasse a ideia de utilização do direito financeiro unicamente como salvaguarda dos direitos individuais, enxergando o Estado como instrumento da ação coletiva, analisando os fins do Estado para aferir a legitimidade democrática do gasto público.

Quando se propõe a estruturação de uma teoria dos gastos públicos estamos nos referindo à uma teorização, uma explicação, sobre o fenômeno do gasto público. Para tanto analisa-se três aspectos principais: origem e finalidade do Estado; legitimidade das ações estatais, não se olvidando que o Estado é um instrumento para a ação coletiva, sendo que suas decisões devem ser justificadas democraticamente; e que a legitimidade das ações do Estado está fundando na formação do consenso dos cidadãos, momento em que autointeresse toma lugar de destaque.

O método utilizado no presente trabalho é principalmente o dedutivo, em que é trazido para o centro da discussão a teoria da escolha pública, valendo-se dessa teoria como modelo de análise para a construção teórica do gasto público. A interdisciplinaridade foi uma ferramenta importante, utilizando de pesquisas e teorias econômicas para se estudar o funcionamento das instituições e o comportamento dos agentes políticos.

O capítulo 1 tem como foco o estudo do comportamento dos agentes políticos. Parte-se da análise da formação do próprio Estado, a razão de sua existência e a concepção e extensão das garantias elencadas constitucionalmente. Inicia-se com a origem do Estado fundado em teorias do contrato social, para em seguida desvendar algumas nuances para a tomada de decisão dos agentes políticos.

Nesta sede, aborda-se a teoria da escolha pública, cunhada para explicar como as decisões são tomadas, envolvendo a interação dos eleitores, dos políticos, administradores, sistemas políticos, partidos políticos etc. O que caracteriza a teoria não é o objeto da deliberação, mas o método de escolha. A utilização dessa teoria econômica para a compreensão do fenômeno jurídico é interessante no ponto de uma melhor formação de uma análise crítica sobre o processo do gasto público.

Embora a teoria tenha origem nas ciências econômicas, atualmente não é de aplicação exclusiva da economia, sendo utilizada na ciência política e já com alguma inserção no Direito. Aplica-se a economia para a compreensão de fenômenos sociais e políticos. Um dos pontos mais relevantes da teoria da escolha pública é a construção do consenso. Em razão da necessária vida em sociedade, o entendimento de como o consenso é constituído, desde a origem do Estado, faz-se importante para a compreensão da ação coletiva açambarcada pelo Estado.

No capítulo 2, faz-se uma análise normativa sobre o fundamento de existência do Estado e seus objetivos. Investiga-se os objetivos e fundamentos constitucionais. Como ente supraindividual concebido para o atendimento das necessidades coletivas, supõe-se a existência de fins que servirão de guia para sua ação. Não pode ser entendido como um fim em si mesmo.

A Constituição da República determina uma série de ações a serem realizadas pelo Estado. Direciona e estabelece prioridades. Teoricamente, a Constituição é fruto do pacto realizado pelo povo no qual se atribuiu à um ente supraindividual o monopólio da força e da justiça. A Constituição estabelece os objetivos do Estado, e cabe à estrutura estatal (entendido esta como todos os Poderes da República) a sua implementação de acordo com a legislação.

No capítulo 3 é abordado a legitimidade da política financeira estatal, mormente dos gastos públicos. A ação do Estado através da política fiscal abrange três funções básicas: alocativa, distributiva e estabilizadora. Com base nessa didática divisão funcional da política fiscal, estabelece-se a importância das despesas públicas numa perspectiva mais ampla, deixando de lado o lugar comum de estudar o Estado como garantidor dos direitos fundamentais individuais para enxergá-lo como protetor do mercado privado e necessário ao desenvolvimento econômico e social.

Analisa-se a atividade financeira do Estado, e como, diante da complexidade democrática, os recursos financeiros devem ser direcionados. Aborda-se o tamanho do Estado, os aspectos jurídicos e econômicos para a definição da ação coletiva, e o comportamento dos

agentes no embate orçamentário, os quais lutam pela captura de uma maior fatia do orçamentária, descurando das possíveis falhas de governo.

No capítulo 4 é feito um estudo sobre a função redistributiva dos gastos públicos considerando o delineamento constitucional sobre os objetivos do Estado. O papel do Estado no combate à desigualdade é um tema divergente entre os economistas e de difícil delineamento pelos juristas. Como a atividade estatal é naturalmente a de distribuição de bens e serviços, a redução das desigualdades pode ser concebida como uma causa da atuação estatal e não necessariamente um objetivo a ser perseguido, ou seja, o efeito redistributivo é natural da intervenção financeira do Estado.

A questão que se impõe, contudo, é a consensualidade das políticas redistributivas explícitas, que visam a redução da desigualdade. Isso porque o combate à desigualdade não necessariamente é um fim para o qual o Estado foi criado. A constituição (formação) do Estado é tomada precipuamente como uma forma de propiciar condições para a ação coletiva.

Ainda na questão da desigualdade, analisa-se as dificuldades conceituais da igualdade, propondo uma reflexão quanto à ideia da luta contra a desigualdade social, tendo em vista o fim precípuo do Estado de promoção do bem-estar.

1 A ESCOLHA PÚBLICA NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS DO ESTADO

O processo de escolha das despesas públicas é um fenômeno jurídico e político. O legislador, ao direcionar o gasto por meio da lei, deve obediência as decisões fundamentais da sociedade expostas na Constituição. O executor do gasto, por sua vez, cabe seguir o direcionamento legal e constitucional. Basicamente as decisões referentes à alocação de recursos estatais segue esse panorama jurídico. Ocorre que além dessa perspectiva jurídica, com uma ampla margem de manobra, existe uma decisão política envolvendo a destinação dos recursos públicos.¹

Ricardo Lobo Torres sustentava que a tendência da “Ciência do Direito Financeiro, inclusive em sua dimensão constitucional, é integrar os aspectos fáticos com a valoração jurídica e a preocupação política”. Enfatizava a necessidade de reinclusão da política no sistema científico do direito constitucional financeiro, excluindo da análise a acepção ideológica ou ação político-partidária. O autor defendia que a preocupação da implementação das políticas públicas, o qual denomina de *policy* em contraposição ao termo *politics*, torna fundamental à Teoria da Constituição. Segundo Torres, "a consideração da *policy* torna-se uma das características principais do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo".²

A abordagem política do fenômeno financeiro é salutar tendo em vista a compreensão prática do direito financeiro, de modo se possa estabelecer uma interpretação jurídica mais adequada com a realidade. Conforme escreveu Robert Tollison no prefácio do livro *Calculus of Consent* de Buchanan e Tullock, “nós devemos entender melhor como as instituições funcionam no mundo real para fazer as escolhas de maneira inteligente”.³ E entendendo o mundo que nos cerca, aumenta nosso repertório para uma interpretação jurídica mais adequada.⁴

Embora exista uma característica política dos gastos governamentais – não só na execução das despesas, mas também na escolha das ações do Estado – a análise geralmente é

¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 404.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Vol I*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 168-170.

³ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund. 1999. p. X.

⁴ Por meio da análise interdisciplinar é possível ampliar a capacidade de formação e melhorar a qualidade da reflexão jurídica. (BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 43).

desprovida de uma visão realista do funcionamento do processo político. Se ignorado esse aspecto, tem-se uma interpretação do “direito das despesas”⁵ somente parcial, pois deixa de fora uma gama imensa de vetores que influenciam na atividade do Estado. Nesse ponto, a teoria da escolha pública (*public choice theory*) surge como uma ruptura no qual visa fornecer uma nova explicação para o comportamento político.⁶ Não se pretende traçar um perfil comportamental do ser humano, mas somente aquilo que se relaciona para a tomada de decisão envolvendo o gasto público.

A teoria da escolha pública, de matriz econômica, procura fornecer modelos descritivos da política. Tenta explicar como os órgãos políticos e burocráticos comportam-se na realidade, presumindo que os atores envolvidos são maximizadores autointeressados de alguma coisa (lucro, utilidade etc). Normativamente, busca encontrar métodos de fazer escolhas coletivas que tenham características desejáveis e compatível com a democracia.⁷

Ao se focar na vontade do indivíduo como o núcleo da pesquisa da despesa pública, busca-se enxergar o Estado como instrumento de ação coletiva. Afasta-se da visão organicista do Estado, de que é um ente automaticamente ajustado para exercitar a vontade do povo, para concebê-lo como uma conjunção de vontades individuais que de alguma maneira, alcança (ou deveria alcançar) o consenso apto a formar a vontade coletiva.

1.1 ORIGEM E FINS INICIAIS DO ESTADO

A abordagem das teorias acerca da formação do Estado é relevante para se fixar um marco para o entendimento da atuação estatal e estabelecer pressupostos teóricos para a alocação dos recursos públicos. Somente a partir a formação de um estado nacional é que se torna possível conceber a “despesa pública” nos moldes atuais. Os bens e serviços públicos, e respectivo custeio, somente existem após a constituição do Estado.

⁵ A expressão “direito das despesas” é utilizada por João Ricardo Catarino e se relaciona com as regras de realização da despesa pública, incluindo regras de contabilidade pública, funcionamento do tesouro público e demais regras de direito público. CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 26.

⁶ CORREIA, Carlos Pinto. A teoria da escolha pública: sentido, limites e implicações. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLII, p. 385-458, 1999. p. 434. p. 250.

⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito - e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo, et al. (org). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243-280. p. 246.

Sobre a origem do Estado há que se destacar dois pontos: aspecto temporal, e os motivos que determinaram o surgimento. No tocante a primeira indagação, elencam-se três correntes. Para uma primeira, o Estado sempre existiu, pois o homem sempre esteve integrado numa organização social, sendo esta dotada de poder e autoridade sobre o grupo. Para uma segunda, a sociedade existiu sem o Estado por certo período, mas para atender necessidades ou conveniências de alguns grupos criou-se o Estado de maneira sucessiva em cada localidade e espalhada no tempo. E a terceira posição é que o Estado surgiu com a Paz de Westfália,⁸ uma vez que neste momento a sociedade política passou a ser dotada de certas características. Dos tratados decorrentes da Paz de Westfália sobrevieram alguns princípios que conformaram o estado moderno, como a soberania, a não intervenção, e a territorialidade.⁹

Quanto aos motivos que levaram ao aparecimento do Estado, cabe elencá-las de maneira resumida nas seguintes hipóteses: a primeira que afirma ser o Estado criação divina, sendo o rei escolhido por Deus; a segunda, que houve a formação naturalmente, de maneira lenta e gradual, como consequência de um agrupamento de indivíduos; contrária a última, a hipótese de que o Estado é fruto de dominação, um ato de conquista de um grupo sobre outro, o qual impõe suas normas de convivência; e por último, o Estado teria surgido de um ato aquiescência, um pacto ou contrato social, ainda que ficticiamente.¹⁰

1.1.1 Teorias de formação natural do Estado

Adepto da formação natural do Estado, o antropólogo Pierre Clastres afirma que na sociedade primitiva, na qual o homem se preocupava apenas com a sobrevivência e o lazer, não havia sequer motivo para a existência do Estado. A sociedade era essencialmente igualitária, até mesmo porque não existia a noção de patrimônio, de propriedade, e tampouco de riqueza a ser acumulada. Os homens se preocupavam apenas na satisfação global de suas necessidades energéticas. No entanto, quando o objetivo principal do lazer foi substituído pela vontade de acumulação houve uma desconfiguração da sociedade primitiva.¹¹

⁸ A Paz de Vestifália ou Paz de Münster foram uma série de tratados que foram celebrados colocando fim à Guerra dos Trinta Anos.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 60.

¹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 75.

¹¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify. 2003. p. 214.

Questões demográficas poderiam ter levado ao surgimento do Estado, uma vez que seria difícil conceber um agrupamento social sem qualquer ente superior exercendo um poder coercitivo. "As coisas só podem funcionar segundo o modelo primitivo se a população é pouco numerosa".¹² Parte-se da ideia de uma formação natural ou espontânea que pode ter por causa diversas hipóteses: origem familiar ou patriarcal; causas econômicas em que os integrantes almejavam se aproveitar da divisão do trabalho; e, origem no desenvolvimento interno da sociedade.¹³

Outra aceção é a de que “não houve pacto, mas guerra de sujeição (...) O Estado se origina da violência de um sobre o outro ou de um grupo sobre o outro. A violência se encontra na origem. É o domínio pela guerra. Os indivíduos nada pactuam. Ao contrário, são, mesmo contra sua vontade, conquistados”.¹⁴ Somente pela dominação é que seria possível se falar em algum pacto de manutenção de uma realidade já posta pelo grupo dominante.

1.1.2 Teorias do contrato social

Nos séculos XVI e XVII surgiram teorias contratualistas da formação do Estado, que tentam explicar a origem do Estado em um suposto contrato social acordado entre os membros da sociedade, em que os mesmos abrem mão de determinados direitos, reconhecendo em um ente (Estado) a autoridade de regulação da vida dentro da sociedade. Com base nessas teorias tentava-se explicar o motivo da existência de um ente supraindividual, e justificar as razões pelas quais os indivíduos deveriam obedecer às normas advindas desse ente.

Com a construção teórica do “homem beligerante” no seu estado natural, sendo uma constante guerra de todos contra todos, Thomas Hobbes erige sua teoria de origem do Estado baseada em um contrato social. Os homens atacariam uns aos outros em razão da ganância em se tornar os senhores das pessoas, mulheres e posses. Entrariam em guerra pela desconfiança, glória ou reputação. O mundo em sociedade seria um lugar naturalmente injusto, no qual a força e fraude seriam duas virtudes cardeais. Não se poderia nem mesmo falar em propriedade, pois somente pertence ao homem o que ele capaz de conseguir e enquanto for capaz de conservar. Pela paixão e razão o homem almeja sair do estado natural. A paixão por

¹² *Ibidem.* p. 229.

¹³ DALLARI. *op. cit.* p. 63.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 33.

temer a morte a qualquer momento, e a razão para sugerir as adequadas normas de paz, no qual os homens podem chegar a um acordo.¹⁵

Com o desejo de sair da mísera condição de guerra, forma-se o Estado. Os homens introduzem uma restrição sobre si mesmos para poderem viver de maneira mais harmoniosa. Conferem toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, de modo que o ente forme uma só vontade. No pacto, transferem a possibilidade de utilizar a força para o Estado, pois “os acordos sem a espada não passam de palavras”.¹⁶

No estado de natureza, segundo John Locke, os homens vivem segundo a razão, absolutamente livres para decidir suas ações, sem a existência de um ser superior na terra com a autoridade de julgá-los. Isso seria o verdadeiro estado de natureza. Há uma ruptura de tal circunstância quando há o emprego da força, ou ameaça, sobre outra pessoa, em que não há nenhum superior para atender àquele que clama por socorro, sendo este o estado de guerra.¹⁷

Em seu estado natural, o homem tinha direito à liberdade perfeita e em pleno gozo de todos os direitos da lei da natureza. Quando alguém fomenta contra a vida de outro, isto o coloca em um estado de guerra diante daquele a quem ele declarou tal intenção, e assim expõe sua vida ao poder do outro. Em contrapartida, seria razoável que o homem ameaçado tenha o direito de destruir aquele que o ameaça com a destruição. O Estado proporciona ao homem o poder de preservar aquilo que lhe pertence (vida, liberdade e bens) contra a depredações de outros homens, e ainda julgar e punir quem lhe ataca, infringindo a lei da natureza.

Segundo Locke, com o Estado presente, quando a força particular deixa de existir, cessa o estado de guerra na sociedade, e “ambos os lados são igualmente submetidos à justa determinação da lei”. Com o Estado existem um recurso tanto para reparar o mal sofrido quanto para prevenir todo o mal futuro. Mas no estado de natureza, onde não se pode recorrer à figura estatal, devido à inexistência de leis positivas e da força da justiça pública, uma vez iniciado o estado de guerra, ele continua.¹⁸

Na teoria do autor, aceita-se a tese do consentimento tácito no qual as pessoas passam a viver sob determinadas regras e recebem proteção conferida pelo Estado.¹⁹ Sendo os

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Heloísa Graça Burati. São Paulo: Rideel. 2005. p. 78.

¹⁶ *Ibidem*. p. 100.

¹⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 398.

¹⁸ *Ibidem*. p. 398.

¹⁹ OLIVEIRA, Regis. 2015. *op. cit.* p. 49.

homens iguais, livres e independentes por natureza, ninguém poderia ser retirado desse estado sem o próprio consentimento. Por acordo, os homens se despojam de sua liberdade natural e colocam-se dentro das limitações da sociedade civil (Estado), visando uma vida mais segura e pacífica. Forma-se um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante. O que move a comunidade é sempre o consentimento dos indivíduos que a compõe.²⁰

Diferentemente de Hobbes que pregava um Estado absolutista, Locke é considerado um liberal, vislumbrando o Estado como garantidor de direitos básicos dos homens, protegendo basicamente o direito à propriedade. Contudo, Locke aceita o direito de desobediência na hipótese de abuso do governante.²¹

Segundo a mesma linha do estado natural lockiano, para Rousseau o homem naquela circunstância é entregue aos seus instintos. Independente, solitário, ocioso, e igual.²² Pelo contrato social o homem perde a liberdade natural limitada pela sua própria força e ganha a liberdade civil limitada pela liberdade geral. Perde o direito ilimitado a tudo que o consegue alcançar e ganha a propriedade de tudo o que possui. Tem-se a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade.²³

A questão do consentimento neste ponto é relevante de um modo geral nas teorias do contrato social. Em determinado momento histórico os indivíduos deram seu consentimento para se sujeitarem a determinadas leis para a proteção de um ente supraindividual. Lévi-Strauss comenta o esquema de Rousseau no qual haveria uma renúncia pelos indivíduos de sua própria autonomia em favor da vontade geral. Na realidade, nas pesquisas realizadas em comunidades indígenas brasileiras não havia renúncia pelo indivíduo, mas um contrato ou consentimento. Esse consentimento, havido de uma relação reciprocidade entre chefe e demais componentes, seria a base psicológica do poder.²⁴

Nessa esteira, a dominação ou o gerenciamento da vida social pelo Estado somente se legitima se é exercida no bem comum e é administrada de modo racional. As decisões devem levar em conta os princípios reconhecidos pelo povo e observar os princípios jurídicos racionais e justificáveis.²⁵

²⁰ LOCKE. *op. cit.* p. 469.

²¹ OLIVEIRA, Regis. 2015. *op. cit.* p. 51.

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 171.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: discurso sobre a economia política*. 7ª ed. São Paulo: Hemus. 1995. p. 31.

²⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. Trad. Wilson Martins. São Paulo: Editora Anhembi. 1957. p. 335.

²⁵ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 90.

1.1.3 Teorias modernas de formação do Estado

As teorias modernas do contrato social objetivaram reconstruir as teorizações clássicas para adaptá-las a um papel a ser desenvolvido pelo Estado. A partir do hipotético modo pelo qual o Estado teria sido gerado, pretende-se estabelecer a função do Estado na sociedade. A seguir, apresenta-se as teorizações de Nozick, Hayek, Rawls e Buchanan.

Acrescentando elementos sobre as teorias tradicionais, sobretudo a de Locke sobre a existência de um Estado de feição liberal, Nozick acrescenta a ideia da existência de formação do Estado a partir das agências de proteção, às quais um grupo de pessoas assume o poder de garantir a segurança de pequenos agrupamentos. Dessas agências haveria uma evolução, por meio da agência de proteção dominante, até se formar o Estado com o monopólio da força. Sairia de um estado de natureza para um Estado ultramínimo, o qual somente oferece segurança. A principal função e a característica fundamental do Estado é a concentração da força física nas mãos de uma autoridade central.²⁶ A partir desse ponto, o autor tenciona um modelo que se preocupe mais com a individualidade e a liberdade do que com uma forma de justiça.

Esse modelo em que o Estado oferece apenas a segurança, servindo como agência de proteção, não tem qualquer preocupação com uma finalidade distributiva, igualitária ou de promoção de justiça social. A única redistribuição promovida por um “Estado guardanoturno”, que assegure somente a segurança, advém da obrigação de algumas pessoas pagar pela proteção de outras (que eventualmente não puderem arcar com o pagamento).²⁷ Em última análise, é um modelo estatal que protege a propriedade já consolidada e assegura o direito à não morrer violentamente. Essa concepção é de um Estado ultraliberal que se preocupa tão só com a manutenção do *status quo* daqueles que celebraram o pacto social originário e que justificaria uma menor intervenção estatal na sociedade.

Diferentemente dos modelos contratualistas de formação do Estado e da ordem constitucional, em que teria existido um acordo de vontades, a abordagem de Hayek demonstra que a ordem social seria o resultado de processos da mão invisível independentes da vontade e das intenções humanas. A teoria ordem social de Hayek afirma que os arranjos sociais são a consequência não intencional de inúmeras ações individuais. Como resultado a teoria serviria

²⁶ NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1991. p. 27.

²⁷ *Ibidem*. p. 42.

para excluir eventuais direitos individuais e imposições do Estado contra a liberdade individual, haja vista que não teria existido qualquer negociação hipotética entre os indivíduos.²⁸

Com a finalidade de defender sua ideia de liberdade individual, Hayek rejeita conceitos lockeanos de direito natural e contrato social, descartando argumentos morais e políticos como fundamentos de uma sociedade bem ordenada. Ele se afasta da ideia de um pacto original para a formação do Estado para defender a ideia de “ordem espontânea” (a que ele também denomina de “ordem autogeradora” ou “estruturas auto-organizadoras”). Segundo Hayek o que se constata em todas sociedades livres é que a coordenação das atividades das organizações é produzida pelas forças que favorecem uma ordem espontânea. A família, a propriedade rural, a fábrica, a pequena e a grande empresa e as diversas associações são organizações que estariam integradas no complexo gerador da estrutura social.²⁹ A afirmação que está no pano de fundo da ordem espontânea de Hayek é que “os arranjos sociais não são o resultado de um projeto, mas a consequência não intencional de incontáveis ações individuais, muitas das quais podem ser o resultado do instinto e do hábito”.³⁰

Objetivando inserir elementos ligados à justiça na atuação do Estado, John Rawls também utiliza da base teórica do contrato social para desenvolver sua teoria. Ele próprio afirma que a ideia principal da sua teoria da justiça tinha por objetivo apresentar uma concepção da justiça que “generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social”. Nesse “novo contrato social” há a inserção da ideia de que os princípios da justiça foram objeto do consenso original. Na situação hipotética, o Estado não teria sido concebido apenas para zelar pela segurança. Pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, em uma posição de igualdade, definiriam os termos iniciais de sua associação.³¹

Com base nesse consenso, hipoteticamente atingido pela posição original, estabelece-se os postulados da justiça, e por consequência, os parâmetros para a atuação do Estado. Por isso se diz que a grande contribuição e avanço da teoria é construir uma concepção política de justiça.³² Tal entendimento conduz à um construtivismo do conceito de justo,

²⁸ PALUMBO, Antonino. *The Evolution of Constitutional Order: spontaneous order and analytical theories of the State in a critical perspective*. 267 f. PhD Thesis. University of East Anglia. Norwich. 2000. p. 7.

²⁹ HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. vol I. Trad. Anna Maria Copovilla et. al. São Paulo: Visão. 1985. p. 131.

³⁰ PALUMBO. *op. cit.* p. 8.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 12.

³² WEBER, Thadeu. O neocontratualismo de Rawls. *Filosofia Unisinos*, v. 16, p. 71-82, 2015. p. 75

partindo de uma “ideia reguladora de justiça concebida em atenção às particularidades da realidade democrática”.³³

Os princípios que regerão a sociedade são acordados no pacto original, sendo que a partir desse momento estabelece-se o âmbito de proteção de alguns direitos, e até mesmo se estes serão protegidos. Mostra-se interessante neste aspecto a suposição do véu da ignorância, em que as pessoas decidem sem saber se poderão ganhar ou perder com determinada regra.³⁴

A consequência de se adotar uma perspectiva contratualista é o distanciamento ou relativização da concepção da existência de direitos naturais que seriam atemporais e imanescentes ao homem. A perspectiva contratualista é fundamentada em pressupostos individualistas sobre as fontes finais de valor e de valoração.³⁵ O indivíduo vai ser toda a fonte de valor que servirá de norteamento do ordenamento social. O Estado não surge para a proteção de “direitos naturais”, mas sim para proteger os direitos democraticamente concebidos. Os cidadãos se agrupam e escolhem as regras que devem guiar a sociedade, os poderes, e a função do Estado. Essas regras são oriundas de concepções individuais.

Com base também em uma hipotética construção contratualista, Buchanan e Brennan defendem a ideia de unanimidade como método da escolha do papel do Estado. Se o indivíduo é o valor-fonte do qual se extrai as normas primárias, a questão seria quais indivíduos seriam considerados. Como não há como se fazer uma discriminação entre as pessoas nas comunidades, todas elas devem ser tratadas como equivalentes morais. Desse modo, os indivíduos deveriam estabelecer por unanimidade a política encarregada das funções específicas do Estado, bem como a captação e alocação dos recursos públicos.³⁶

A teorias do contrato social de Buchanan e Rawls se diferenciam principalmente pelo fato de que na teorização rawlsiana não se faz necessária a unanimidade. A desnecessidade da decisão unânime da teoria de Rawls advém da aplicação do véu da ignorância. Como nesta, a ninguém é dado conhecer suas capacidades e as capacidades dos outros indivíduos, torna-se impossível o tomador de decisão ter certeza que eventual regra lhe trará benefício no futuro. Sem nenhum parâmetro para a comparação, provavelmente ninguém se arriscaria em permitir

³³ OLIVEIRA, Cícero. Justiça e equidade em John Rawls. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, v. 27, p. 114-128, 2015. p. 116.

³⁴ RAWLS. *op. cit.* p. 146.

³⁵ BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, M. James. *The reason of rules: constitutional political economy. (The collected works of James M. Buchanan.* v. 10). Cambridge: University Press. 1985. p. 23.

³⁶ *Ibidem.* p. 26.

a pena de morte por questões banais ou uma política discriminatória. Tampouco um indivíduo escolheria retirar toda regulação estatal da economia sem saber se ele próprio seria capaz de se autosustentar.

Já na concepção de Buchanan a decisão para formação das regras mestras do Estado é definida em um jogo de barganha. A unanimidade seria obtida mediante a negociação dos envolvidos. Nesse aspecto, a escolha constitucional das normas fundamentais decorreria naturalmente desse jogo de barganha, havendo perda em alguns pontos e ganho em outros.³⁷

Ao tratar de uma hipotética Constituição Fiscal, Buchanan defende que não se faz necessário os indivíduos se preocuparem com critérios morais. Na medida em que exista incerteza, eles serão levados a selecionar entre alternativas de acordo com os critérios geralmente aplicáveis de "justiça", "equidade" e "eficiência" em vez de interesses próprios totalmente identificáveis. Incerteza sobre a renda e as posições patrimoniais em períodos futuros podem produzir um acordo contratual geral sobre um conjunto de instituições fiscais, uma constituição fiscal, que pode incorporar proteção contra a pobreza e que pode parecer, quando vista em uma perspectiva de curto prazo, produzir transferências puras entre indivíduos e grupos. A vantagem filosófica dessa abordagem contratual-constitucional reside no fato de que ela permite derivar instituições fiscais de escolhas individuais, independentemente de critérios éticos impostos externamente.³⁸

Se fosse comparar a teoria rawlsiana com um jogo de cartas, o véu da ignorância seria o mesmo que escolher as regras antes de distribuir as cartas. Os incentivos que a pessoa teria se soubesse quais cartas possuiria são removidos: deve-se escolher as regras de olho em todas as mãos possíveis, e, escolher-se-á as regras que refletem essa perspectiva generalizada. Da mesma forma, caso um sujeito não saiba nada sobre sua própria renda e preferências, ou sobre qual papel social ocupará, mas apenas algo sobre as propriedades de trabalho de arranjos institucionais alternativos e informações gerais sobre o nível e a distribuição natural de recursos, possivelmente o exame das instituições será realizado sob uma perspectiva generalizada.³⁹

Além de se escorarem em uma base contratualista, as teoria de Buchanan e Rawls se aproximam em mais dois aspectos. Um primeiro ponto seria o pano de fundo econômico. A teorização de Buchanan foi concebida utilizando de pressupostos econômicos. A

³⁷ BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan. Constitutional choice. In William F. Shughart and Laura Razzolini (Eds.) *The Elgar Companion to Public Choice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. 2001. pp. 117-139. p. 127.

³⁸ BUCHANAN, James M. Freedom in constitutional contract: perspectives of a political economist. *College Station: Texas A&M University Press*. 1977. p. 266.

³⁹ *Ibidem*. p. 122.

construção de Rawls tem uma perspectiva econômica porque tem por pano de fundo a correção das desigualdades sociais e econômicas, esperando que a formação das políticas públicas beneficie os menos dotados da comunidade.⁴⁰ E não só isso. A interligação da teoria da justiça de Rawls com a teoria da escolha pública de Buchanan se mostra um tanto evidente quando se verifica a proeminência das preferências individuais na formação das regras. É o indivíduo o elemento chave na estruturação dos princípios da justiça e da escolha pública.

Enquanto as teorias de Nozick e Hayek conduzem à um Estado pouco ou nada intervencionista, em que se exclui qualquer concepção ética, não havendo qualquer preocupação com regras de justiça, Rawls apresenta um modelo estatal em que se podem incorporar regras de justiça. Por sua vez, a teoria da escolha pública de Buchanan, ao inserir a unanimidade, a princípio, deixa aberta a possibilidade de estatização de valores éticos, desde que eleita pela unanimidade.

1.2. DECISÕES INDIVIDUAIS E ESCOLHAS COLETIVAS

Segundo Foucault a racionalidade orienta o conjunto da conduta humana. O autor defende que existe uma lógica nas instituições, na conduta dos indivíduos, e nas relações políticas.⁴¹ Nesse aspecto, far-se-á a abordagem de conceitos relativos à tomada de decisão individual, principalmente questões ligadas à racionalidade e paixão, e como as decisões individuais impõem uma lógica na escolha coletiva.

Cabe deixar registrado que para fins deste trabalho, parte-se do pressuposto de que a decisão individual é guiada pela racionalidade econômica, na qual busca o aumento de utilidade e bem-estar. A racionalidade a que se faz alusão é a econômica, que a princípio é “orientada para a neutralidade afetiva, o universalismo, o agir, a especificidade e o egocentrismo”.⁴² Nela não se considera questões de justiça. Faz-se apenas uma análise de custo-benefício, de perda ou ganho. São autointeressadas no sentido de procura da satisfação de suas necessidades, em que o indivíduo elabora um cálculo de ganho para suas decisões.

⁴⁰ CORREIA. *op. cit.* p. 436.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Estratégia poder-saber*. trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário. 2006. p. 319

⁴² PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica: abordagem histórica. *Revista de História*, São Paulo, vol. 54, n. 107, p. 173-188. 1976. p. 187.

Não se defende, contudo, que as decisões individuais são totalmente autointeressadas e tampouco que os indivíduos agem sempre com racionalidade. Como se verifica a seguir existem diversos fatores que impactam na tomada das decisões.

1.2.1 Racionalidade

Pode-se dicotomizar a racionalidade da seguinte maneira: no tocante aos objetivos do agente e em relação aos meios. A ação racional dos meios se traduz naquela hipótese em que diante da meta delineada, faz-se escolhas racionais que buscam atingir aquele objetivo. Pode ser que a meta seja uma simples satisfação pessoal. Por exemplo: um homem pretende fazer um castelo por um mero capricho e toma decisões racionais em seu trabalho para angariar recursos para esse fim. Nessa hipótese a racionalidade se torna similar à eficiência. Majora a utilidade ou vantagem daquele que escolhe. O termo racional não seria aplicado aos fins do agente, mas somente aos meios.⁴³

No caso, a ação racional seria aquela que persegue com eficiência ao resultado proposto, mesmo que a escolha do resultado não seja racional (economicamente). Os meios racionais para atingir determinados objetivos podem ser denominados de “técnica racional”, que significa uma aplicação de meios que conscientemente e de acordo com o plano são guiados pela experiência e reflexão. Servem de instrumentos para a atividade total. E quando se coloca em jogo os custos, pode-se dizer que existe uma “gestão econômica”.⁴⁴

Anthony Downs sumariza o que poderia ser o comportamento do homem racional, sendo aquele que (1) mesmo diante de uma gama de alternativas consegue tomar uma decisão; (2) consegue classificar as alternativas diante de si em ordem de preferência, em que cada alternativa é a preferida, indiferente ou inferior; (3) estabelece uma ordem de preferência de modo transitivo; (4) é capaz de sempre escolher, diante de todas as alternativas possíveis, a que fica em primeiro lugar no seu ranking de preferência; (5) não varia a decisão quando é confrontado com as mesmas alternativas.⁴⁵

⁴³ DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp. 2013. p. 27.

⁴⁴ WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría. Madrid: Fondo de cultura económica. 2002. p. 48.

⁴⁵ DOWNS. *op. cit.* p. 28.

Outro aspecto da análise da racionalidade é vinculada aos fins da escolha. No presente estudo, além de nos guiarmos pelo objetivo da escolha, ter-se-á em vista o aspecto econômico sobre a finalidade da escolha.

Importante gizar que não se deve tomar a análise econômica da conduta do indivíduo como algo natural somente das ciências econômicas e excludente de outros campos científicos. Na realidade, quando se fala de escolha racional lastreada em análise econômica, refere-se à uma conduta primitiva do ser humano que traduz uma ideia de preservação da sobrevivência e aumento de sua comodidade. Por isso existe uma coincidência entre as ciências jurídica e econômica na teoria contratualista da formação do Estado. Os fins visados para os adeptos do contrato social tais como a segurança, garantia da vida e da propriedade podem ser analisados tanto sob a questão do direito como da economia, uma vez que são bens primários.

A escolha racional dos fins nem sempre será guiada somente pela razão. Deve-se ter em vista que algumas escolhas podem ser compostas por questões parcialmente racionais. Por exemplo, o caso de um executivo de uma corporação que ao trabalhar por uma renda maior pode fazê-lo simplesmente por gostar de trabalhar, ou porque ele deseja ter mais poder de compra. Nessa hipótese seria arbitrário afirmar que a questão econômica seja o único motivo real. No entanto, para se estabelecer um padrão comportamental, parte-se do pressuposto que a escolha racional seja guiada por critério econômicos.⁴⁶

Existe uma rica diversidade sobre os critérios que levam uma pessoa a adotar uma determinada conduta. A medida que a ação racional é orientada pelo desejo de obter utilidades ela deve ser chamada de "economicamente orientada". E, segundo Weber, será "racional" quando for perseguido com um fim racional, de acordo com um plano.⁴⁷

A racionalidade trabalhada neste estudo pende para o aspecto econômico na medida que a referência é a majoração de alguma utilidade, e quando se fala de ausência de racionalidade, remete-se à uma escolha pautada por questões emotivas em que não há ganho de utilidade.

⁴⁶ Ibidem. p. 29.

⁴⁷ WEBER, Max. *op. cit.* p. 46.

1.2.2 Influência da paixão

A complexidade do indivíduo é algo inalcançável. Como diz Mangabeira Unger, um dos mais antigos e intrigantes temas de nossa civilização é o indivíduo, introduzindo a ideia de que “o homem é o infinito preso no finito”.⁴⁸ As condições externas impostas ao indivíduo acabam o diminuindo. Os indivíduos são movidos por necessidades, e por uma gama de sentimentos que o impulsionam com mais vigor a realizar dos atos mais complexos aos mais simples.

Segundo afirma Regis Oliveira não é a razão que toma as decisões do ser humano e “nem é ela um centro controlador de todos os afetos que dentro dele se digladiam”. Em síntese, propõe-se que o ser humano não é racional, sendo guiado pela paixão (considerando este termo em sentido amplo, como um instinto).⁴⁹ Todavia, mesmo o homem sendo por natureza um ser “desejante”, para que a vida seja possível coletivamente, existe um bloqueio externo da emoção tida por negativa, disciplinando o comportamento humano em sociedade.⁵⁰

A razão se mistura com sentimentos mais primitivos do ser humano, o que acaba tangenciando a questão da racionalidade econômica. Por exemplo, a busca por alimentos e abrigo é algo que pode ser encarado tanto na perspectiva racional econômica (bem-estar) como na instintiva. Alguns objetivos buscados pelos indivíduos (ou parte deles) são os mesmos quando orientados pela razão ou pela paixão. Conforme relata Rousseau, o entendimento humano deve muito às paixões. É pela paixão que a nossa razão se aperfeiçoa. O homem somente busca conhecer o motivo das coisas em decorrência de um desejo de usufruí-las. As paixões se originam das nossas necessidades, pelo impulso da natureza.⁵¹

Ainda no século XVI, enquanto as fogueiras da Inquisição queimavam os hereges, o imperador mongol Javed Akhtar se empenhava em um exame dos valores sociais e políticos em “busca da razão” com o objetivo de formação de uma sociedade mais justa. Dizia que um povo orientado somente pela paixão, acriticamente, poderia revelar diversas formas de condutas abusivas. Conforme sustenta Amartya Sen “razão e emoção desempenham papéis complementares na reflexão humana” e existe um inevitável entrelaçamento entre política e psicologia. A importância das emoções pode ser apreciada dentro do âmbito da razão. Há que

⁴⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais a teoria contra o destino*. Trad. Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo. 2001. p. 37.

⁴⁹ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 82.

⁵⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 48.

⁵¹ ROUSSEAU. 1999. *op. cit.* p. 175.

se analisar criticamente o lugar significativo das emoções em nossas deliberações e as razões para levá-las a sério.⁵²

Na sociedade contemporânea existe uma massificação do consumo e os indivíduos a todo momento são induzidos a fazer ou deixar de fazer algo, parte dos objetivos passionais ou racionais acabam se coincidindo. Uma finalidade passional no mais das vezes também é uma forma de majoração de bem-estar em termos econômicos. Como por exemplo o fato de alguém desejar adquirir um veículo confortável, que pode ser tanto um desejo oriundo de paixão ou de uma busca pela majoração de bem-estar.

Para melhor entender temos que imaginar um objetivo que passionalmente diminui o bem-estar, mas racionalmente produz efeito diverso. Um exemplo seria o ensinamento bíblico do evangelho de São Mateus de que bem-aventurados os pobres porque é deles o reino dos céus (cap. 05. versic. 03). Um indivíduo que abre mão de seus bens para ganhar o reino dos céus pode atingir seu intento passional de se tornar pobre, no entanto, em nada maximiza a utilidade (bem-estar).

Além disso, é muito improvável a existência de um grupo de indivíduos totalmente racional, em que deixam as emoções de lado e objetivam a todo o tempo incrementar o próprio bem-estar. Amartya Sen afirma que uma das características marcantes da história das fomes no mundo é que elas nunca ocorrem em uma sociedade democrática em funcionamento. Isso porque mesmo a fome acometendo uma pequena parcela da população (sem peso político para a formação de leis protetivas), ela acaba gerando comoção e os indivíduos votam e prol de uma minoria, deixando de lado o autointeresse.⁵³

Por mais que as pessoas pautem suas condutas no autointeresse e em motivos egoísticos existe uma parcela de condutas “não racionais” em que as pessoas abrem mão voluntariamente de seu ganho por um simples critério subjetivo de justiça. Se o indivíduo acredita que uma situação é injusta ele pode diminuir seu próprio bem-estar para poder valer o seu critério de justiça.

⁵² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. trad. Denise Bottmann, Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. p. 69.

⁵³ SEN, Amartya. On James Buchanan. *Journal of Economic Behavior & Organization* 80. p. 367–369. 2011. p. 368.

1.2.3 Racionalidade econômica limitada

A clássica economia comportamental tem por princípio que todo o comportamento humano envolve participantes que maximizam sua utilidade a partir de uma quantidade ótima de informações e um conjunto estável de preferências. Para construir modelos úteis, as ciências econômicas fazem suposições simplificadoras. Uma comum simplificação é assumir que os agentes são perfeitamente racionais. Esta simplificação permitiu que economistas construíssem modelos poderosos para analisar uma infinidade de questões econômicas e mercados. Contudo, o que foi demonstrado por estudos recentes é que as pessoas tem racionalidade limitada e autointeresse limitado.⁵⁴ Estudos comportamentais recentes têm relativizado o autointeresse da conduta humana. Questionam tanto a racionalidade econômica como a capacidade humana de analisar as informações e conseguir decidir de maneira eficiente.

O vencedor do prêmio Nobel de 2002, Daniel Kahneman, elaborou um trabalho que avaliava o julgamento humano na tomada de decisão sob incerteza. Ele argumenta que o agente racional da teoria econômica é descrito como dotado de um sistema cognitivo possuidor de uma habilidade lógica ideal. Ocorre que, segundo o autor, o problema da racionalidade dos agentes não é que eles raciocinam de maneira pobre, mas que frequentemente agem intuitivamente. O comportamento desses agentes não é guiado pelo que eles são capazes de computar, mas pelo que conseguem ver em um determinado momento.⁵⁵

O autor defende que o julgamento inferencial humano se afasta sistematicamente do prescrito pelos modelos racionais de escolha. Defende que o julgamento em condições de incerteza se baseia num conjunto limitado de heurísticas. Ignoram parte da informação com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida. Envolvem basicamente a substituição automática de julgamentos de probabilidade por outros julgamentos mais fáceis. "Neste sentido funcionam como uma espécie de atalhos cognitivos que nos permitem fazer escolhas e tomar decisões que envolvem incerteza de forma rápida e sem esforço." Por exemplo, é mais natural se juntar a um grupo de estranhos correndo em uma direção específica do que adotar um destino contrário.⁵⁶

⁵⁴ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1471-1550, 1998. p. 1476.

⁵⁵ KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 93, n. 5, p. 1449-1475. 2003. p. 1469.

⁵⁶ GARCIA-MARQUES, Leonel; FERREIRA, Mário. Daniel Kahneman: a economia mental e o nobel da economia. *Psicologia*, Lisboa, Vol. 17, pp. 475-483, 2003. p. 476.

A racionalidade limitada, refere-se ao fato óbvio de que as habilidades cognitivas humanas não são infinitas. Para lidar com a limitação do poder do cérebro e do tempo, usamos atalhos mentais e regras práticas. Contudo, mesmo quando o uso destes é racional, pode produzir erros previsíveis. Em alguns casos, por causa desses atalhos mentais e regras práticas, o comportamento humano difere de maneiras sistemáticas daquele previsto pelo modelo econômico padrão de racionalidade ilimitada. A principal fonte de diferenças entre julgamentos reais e previsões imparciais é o uso de regras práticas. Com isso o julgamento sobre a possibilidade de acontecer algum evento é estimado a partir das lembranças de outros eventos desse tipo, o que leva a conclusões errôneas. As pessoas tendem a concluir, por exemplo, que a probabilidade de ocorrer um acidente de carro é maior caso elas tenham presenciado recentemente a ocorrência desse evento. Assim como a previsão imparcial não é uma boa descrição do comportamento humano real, a teoria da utilidade esperada não é uma boa descrição da tomada de decisão real.⁵⁷

Em 2017 Richard Thaler venceu o prêmio Nobel também realizando uma análise comportamental dos agentes econômicos. Cabe destacar dois pontos do seu trabalho. O primeiro é percepção de que os indivíduos têm a tendência de valorizar diferentemente os bens que estão na sua posse do que na posse de terceiros. Esse fenômeno se relaciona com a aversão à perda, o qual o autor cunhou o termo de *endowment effect* (efeito posse ou efeito dotação). E o segundo é a demonstração por meio de experimentos sociais (p. ex. o jogo do ultimato) como as preferências sociais influenciam na tomada de decisões econômicas. Ele demonstrou como as preocupações com a justiça afetam o comportamento dos indivíduos nos mercados de consumo e de trabalho.⁵⁸

Thaler concluiu que os indivíduos avaliam a utilidade de níveis de riqueza (ou do consumo), mas sim de ganhos e perdas relativos a algum ponto de referência; os indivíduos são mais sensíveis às perdas do que aos ganhos, exibindo aversão à perda; e os indivíduos apresentam sensibilidade decrescente aos ganhos e perdas, ou seja, passar de um ganho (ou perda) de \$ 100 para \$ 200 tem um impacto de utilidade maior do que passar de um ganho (ou perda) de \$ 10.100 para \$ 10.200.⁵⁹

⁵⁷ JOLLS; SUNSTEIN; THALER. *op. cit.* p. 1477.

⁵⁸ COMITÊ DO PRÊMIO NOBEL. Richard H. Thaler: Integrating Economics with Psychology. The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel. – The Royal Swedish Academy of Sciences, 2017. p. 4. Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2017.pdf>>

⁵⁹ *Ibidem.* p. 6.

Tais conclusões têm uma grande importância quando se estuda os efeitos redistributivos da atividade financeira do Estado, e as políticas de promoção de igualdade social por transferência de renda. Isso porque ao se retirar a renda de um setor da sociedade em direção à outra, alguns indivíduos podem se sentir mais prejudicados que outros. A sensibilidade decrescente indicaria um eventual ponto ótimo (em termos de aprovação popular) no montante de renda redistribuída.

A aversão à perda ainda tem implicações importantes no estudo do direito. Sob certo aspecto a teoria da aversão à perda seria um dos fundamentos (não racional) para a sustentação do “princípio da vedação do retrocesso social”. Conforme explica Cass Sunstein, pela teoria da aversão à perda, os destinatários de um direito provavelmente o valorizarão mais do que aqueles que não os destinatários. Assim, os trabalhadores que são destinatários do direito de serem dispensados apenas por justa causa podem valorizar esse direito muito mais do que se os empregadores recebessem um direito (negociável) de dispensar à vontade. De forma similar, considerando a qualidade do ar, os indivíduos podem valorizar mais seu direito (negociável) de estarem livres da poluição, do que se os poluidores tivessem recebido o direito (negociável) de emitir substâncias poluentes para o ar. A concessão de um direito cria um efeito de dotação, ou seja, uma valorização maior decorrente do mero fato de terem a posse do direito.⁶⁰

1.2.4 Autointeresse limitado

Quando se fala em autointeresse ou interesse próprio está embutida a ideia que o indivíduo adota a conduta que aumente seu bem-estar, sua utilidade. A ação pautada no autointeresse visa que o indivíduo realize suas ações buscando obter um ganho. Ocorre que as pessoas também podem querer agir com justiça e, igualmente importante, querem ser vistas agindo com justiça, especialmente, mas não apenas entre não estranhos. Inclusive as pessoas podem sacrificar seus próprios interesses econômicos a fim de ser ou parecer justas.⁶¹

Sobre isso existe um experimento desenvolvido no campo da economia chamado de “jogo do ultimato” ou “jogo do ditador” retratado por Mankiw. No jogo, há um prêmio de \$ 100, sendo os participantes do jogo informados desse valor. Escolhe-se duas pessoas que não

⁶⁰ SUNSTEIN, Cass. Behavioral Analysis of Law. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 64, p. 1175-1195. 1997. p. 1180.

⁶¹ SUNSTEIN *op. cit.* p. 1186.

se conhecem (A e B), deixando as duas separadas. Em seguida, há um sorteio para ver qual das duas terá o poder de repartir o prêmio. Quem for o sorteado (jogador A) tem o direito de repartir o prêmio com bem entender, podendo ficar com a totalidade do valor se quiser. No entanto, aquele que não foi sorteado (jogador B) pode rejeitar a repartição do prêmio. E se este (jogador B) rejeitar a repartição do prêmio ninguém receberá nada. Acaba-se o jogo sem possibilidade de negociação.

Em uma análise racional, o jogador B aceitaria qualquer valor que lhe for ofertado pelo jogador A, uma vez que prêmio não é contraprestação de nada e simplesmente seria um ganho para jogador B. Assim, mesmo que o participante jogador B fique com apenas \$ 1 do prêmio, para ele seria melhor essa divisão do que não ficar com nada. Ocorre que quando o jogo é aplicado na prática, o resultado é que o jogador B não costuma aceitar a proposta no valor de \$ 1 ou quantias muitas pequenas. Como o jogador A já espera que o jogador B não aceite valores baixos, normalmente o jogador A oferece uma quantia como \$ 30 ou \$ 40.

A conclusão do jogo do ultimato é que as pessoas são movidas por um senso de justiça inato e que esse senso de justiça prevalece sobre a racionalidade do ganho. Pelo senso de justiça, elas preferem abrir mão do prêmio a ver uma situação injusta ser concretizada. Em uma divisão 99-1 o jogador B rejeita a proposta mesmo em detrimento de seu interesse financeiro. Já quando atinge 70-30, ainda se considera injusto, mas não tanto que leve o jogador B ao abandono de seu interesse próprio.⁶²

Cass Sunstein ao tratar do jogo do ultimato relata que ofertas do jogador A geralmente variam entre 30% e 40% do total. Ofertas de menos de 20% são frequentemente rejeitadas. Sendo comum a divisão de 50-50.⁶³ Os resultados obtidos nos cenários experimentais não são explicados com base na reputação da pessoa (apesar de a reputação ter um peso relevante). Mesmo os indivíduos agindo de forma anônima, há uma limitação do autointeresse de acordo com as considerações pessoais de justiça, mesmo quando ninguém saberá. Por exemplo, mesmo não sendo obrigadas, a maioria das pessoas deixa gorjetas em restaurantes que não planejam visitar novamente.⁶⁴

⁶² MANKIWI, N. Gregory. Introdução à economia. trad. *Allan Vidigal Hastings*. São Paulo: Cengage Learning. 2009. p. 492.

⁶³ SUNSTEIN. *op. cit* p. 1186.

⁶⁴ JOLLS; SUNSTEIN; THALER. *op. cit.* p. 1492.

1.2.5 Autointeresse e vontade coletiva

Para fins do presente trabalho, quando falamos de majoração do bem-estar ou aumento da utilidade, pouco importa se estamos nos referindo a esse resultado como guiado pela paixão ou como uma ação economicamente orientada. O fato é que se o objetivo é bem delineado (por exemplo, poder e dinheiro), o indivíduo vai traçar um plano para atingir tal desiderato. Para tentarmos estabelecer um padrão de comportamento, a fim de analisar as decisões dos governantes em relação aos gastos públicos, partiremos da ideia de que existe uma racionalidade, e na maior parte das vezes, são economicamente orientadas.

Sartre defende que um grupo se forma com base em uma estrutura material, pelas semelhanças e necessidade comum, como por exemplo, um bairro. No entanto, seria impossível um grupo existir como um ser "ser-coletivo". Por mais que os integrantes do grupo tenham a convicção de que são parecidos, não existe, de fato, uma "consciência coletiva". “Apesar de agrupadas, as consciências continuam isoladas umas das outras, na subjetividade de cada indivíduo”.⁶⁵

O foco do estudo não é simplesmente o resultado da vontade coletiva, mas o que é determinante para que indivíduo decida de uma maneira específica, bem como a formação da decisão coletiva. Ou no caso dos gastos públicos, porque o tomador de decisão pretende ir para um determinado caminho ou por outro. Qual o motivo de sua decisão. Se é guiado por critérios racionais ou se é levado por questões emocionais. E ainda, por que a maioria se forma naquele sentido.

Assim, a importância de se estudar as escolhas individuais reside no fato de que a decisão coletiva depende das opções tomadas pelos indivíduos. É o conjunto das escolhas individuais que devem guiar a formação do gasto público. A decisão de alocação de recursos, deve dentro do possível, atender à soma dos desígnios individuais, por isso a importância da análise da decisão individual.

As eleições individuais que formarão as ações coletivas devem ser dotadas de racionalidade, fruto de estudos e debates, sob pena de não se revelarem adequadas aos próprios indivíduos. Segundo Buchanan e Tullock a ação coletiva seria como a ação de indivíduos quando estes escolhem realizar propósitos coletivos ao invés de individuais. O governo nada

⁶⁵ BETTONI, Rogério; ANDRADE, Maria José Netto. *A Formação dos Grupos Sociais em Sartre*. Metavola, v. 4, p. 67-75, 2002. p. 70.

mais é que o conjunto desses processos, a máquina que permite que tais ações coletivas tenham lugar. Não existe interesse público se não aquele derivado da escolha coletiva.⁶⁶

Esse ponto é especificamente interessante para o Direito porque a expressão interesse público ou bem comum é quase um clichê, sendo de difícil delimitação, caindo em boa parte das vezes no vazio. E isso se explica, em certa medida, pelo fato de que não existe uma consciência coletiva. O que se faz presente é um conjunto de indivíduos que se propõe a decidir de maneira igual pelos interesses mais diversos. Por isso em alguns casos é tão complexo se chegar à alguma escolha coletiva na alocação de recursos.

Quando Rawls propõe o véu da ignorância, na qual os indivíduos na posição original indiquem os princípios e regras de formação do Estado, ele desconsidera um ponto importante, qual seja, a racionalidade da decisão. A teoria do véu da ignorância não permite que decisões relevantes possam ser tomadas racionalmente, pois há uma limitação cognitiva. Essa limitação é justamente o pressuposto de sua teoria. Os indivíduos não poderiam ter conhecimento, por exemplo, da comparação de suas capacidades com a dos outros.

A racionalidade tem em vista que qualquer escolha é feita através de ponderação das diversas hipóteses. E cada indivíduo posiciona a hipótese que mais lhe convém, seja a curto, médio ou longo prazo. Se a decisão vai lhe trazer prejuízo, ou se vai valorizar seu patrimônio. Ou mesmo se a medida é boa para a maior parte da população ou se vai beneficiar apenas uma parte ínfima.

Tanto Rawls quanto Buchanan, ao construírem uma teoria na qual o indivíduo é o valor chave para a elaboração das prioridades estatais, conduzem à ideia de que esses indivíduos são movidos pelo autointeresse. Na teoria de Rawls, o interesse próprio se mostra perceptível na medida que a eleição dos critérios de justiça acaba levando em consideração a possibilidade de uma menor capacidade de quem está votando por algum princípio. Por exemplo: o receio de uma pessoa de não ser capaz de se sustentar, move para eleger como prioritário um eventual gasto público contra a fome. O que revela uma escolha com nítido interesse próprio (apesar de eventualmente não ser somente essa razão).

Para Buchanan e Tullock, o indivíduo é a única unidade de consciência da qual toda a avaliação começa. Analisam sob o espectro de um individualismo metodológico.⁶⁷ Essa metodologia, implica a posição de que todas as estruturas, normas e eventos sociais devem ser

⁶⁶ BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund. 1999. p. 13.

⁶⁷ CONGLETON, Roger. The contractarian constitutional political economy of James Buchanan. *Constitutional Political Economy*. Springer, vol. 25, pp. 39-67. 2014.

explicados tendo em vista a análise individual. Pode ter a abordagem de que não há interferência da sociedade no comportamento do agente, ou que indivíduos e ações individuais são de fato determinados pela sociedade ou estrutura social.⁶⁸

Utiliza-se do individualismo metodológico para se explicar e compreender comportamentos coletivos. Deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada para se ter o entendimento de como ocorre a interação entre agentes, e entre o agente e o corpo social.⁶⁹ Enquanto a fonte de valor for exclusivamente localizada em indivíduos e não houver diferenciação entre pessoas, todo o empreendimento da política pode ser visto apenas como um sistema complexo de troca de pessoas ou contratos. Os indivíduos devem ser concebidos para se unirem para explorar e, finalmente, para concordar com o estabelecimento de entidades coletivas ou acordos que se mostrem mutuamente benéficos.⁷⁰

A ação racional requer a aceitação de algum objetivo e também a capacidade de escolher as alternativas que levarão ao alcance da meta.⁷¹ Fixa-se objetivos racionalmente, seja movido por qual interesse for, e depois escolhe-se as alternativas para se chegar aquela meta. Assim, a ordem política é aquela que apela à racionalidade daqueles que devem viver sob essas regras.

A questão que se impõe é o que move os legisladores e gestores públicos diante de uma escolha para a tomada de uma ou outra decisão acerca dos gastos públicos. Se, por exemplo, são movidos por interesses econômicos próprios (autointeresse) ou por interesses sociais.

Pela teoria da escolha pública, de matriz econômica, parte-se da ideia de que “a escolha racional consiste apenas na promoção inteligente do autointeresse”.⁷² Assim, no processo decisório dos gastos públicos, os responsáveis pelo direcionamento dos gastos agem pautados no próprio interesse ao invés do “interesse público”, que podem ou não ser coincidentes.

Amartya Sen acusa de ser primitivo o raciocínio da ação individual baseada no autointeresse. Uma pessoa pode ter razões bem elaboradas e não apenas fundadas no interesse

⁶⁸ MEGGIDO, Tamar. Methodological Individualism. *Harvard International Law Journal*, Danvers, USA, v. 60, n. 2, p. 601-648, 2019. p. 615.

⁶⁹ GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010. p. 23.

⁷⁰ BRENNAN; BUCHANAN. *op. cit.* p. 25.

⁷¹ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 36.

⁷² SEN, Amartya. A ideia de justiça. *op. cit.* p. 62.

próprio, em que se mostra distinta da promoção do ganho. Ser inteligente pode ajudar na compreensão do interesse próprio, mas não seria somente isso, iria além. Leva em consideração como a vida dos outros pode ser afetada pelas nossas próprias ações. Mostra-se resistente a ideia de que seria irracional “alguém tentar fazer alguma coisa para os outros, exceto na medida em que fazer o bem aos outros reforce seu próprio bem-estar”.⁷³ É uma posição diferente, mas não totalmente contraditória, uma vez que não exclui o pensamento baseado no autointeresse. Apenas afirma que esse raciocínio seria revelador de pouca maturidade. De um lado existe a concepção econômica de que as regras e o consenso são construídos a partir de planos individuais, no qual o indivíduo vislumbra a maneira menos onerosa de alcançar seus interesses próprios. Do outro, a ideia de que o indivíduo racional consegue promover planos além de seus próprios interesses, sendo esta a verdadeira racionalidade.

Na realidade, o pensamento baseado no autointeresse não induz que toda a conduta humana seja guiada pela maximização da utilidade ou no interesse próprio. Buchanan afirma que na sua teoria houve a sugestão da abstração do autointeresse como uma explicação de parte da realidade social.⁷⁴ O próprio Amartya Sen, ao escrever sobre Buchanan, explica que a busca do interesse próprio é vista por Buchanan como apenas "uma parte" da motivação humana, que é o necessário para o mercado funcionar. Isso permite aceitar que o homem é um animal social capaz de ter empatia pelos seus semelhantes.⁷⁵

Considera-se neste trabalho que o agente político se comporta igual ao agente econômico. E que, embora o indivíduo possa agir pensando coletivamente, a regra seria o comportamento pautado no autointeresse, sendo essa construção mais próxima do quadro fático político brasileiro.

1.2.6 Aportes da teoria da escolha pública

Para o estudo das decisões referentes aos gastos públicos, mostra-se relevante se ater um pouco mais na análise da já mencionada teoria da escolha pública. Essa teoria de matriz essencialmente das ciências econômicas traz lições importantes para a ampliação do entendimento dos fenômenos jurídicos, sociais e políticos. Nos Estados Unidos a *public choice*

⁷³ *Ibidem.* p. 63.

⁷⁴ BUCHANAN. *p. cit.* 1977. p. 5.

⁷⁵ SEN, Amartya. On James Buchanan. *op. cit.* p. 368.

é bastante difundida fora do espectro econômico, sendo possível encontrar um razoável material de obras jurídicas que utilizam da teoria.

A teoria da escolha pública pode ser definida como o estudo econômico da tomada de decisões fora do mercado ou a aplicação da economia à ciência política. O assunto da escolha pública engloba a teoria do Estado, as regras de votação, o comportamento dos eleitores, partidos políticos etc. Ao invés de empregar a metodologia da ciência política, utiliza-se a ciência econômica, na qual a visão sobre o homem é de um agente econômico que toma decisões racionais, egoístas e visando maximizar a utilidade.⁷⁶

De certa forma, aplica-se a lógica do mercado privado para a construção de um modelo estatal. Para tanto, deve ser enxergado que o mercado é composto de regras, não é um fortuito. É um sistema de coordenação que opera por intermédio de busca descentralizada de interesses próprios com base em regras impessoais. Ao invés de comandos de autoridades governamentais administrados de maneira hierárquica, é “um sistema liberal de coordenação, fundamentados em desejos individuais, e em transações voluntárias no contexto de regras universalmente aceitas”.⁷⁷

No campo do direito, a teoria vem encontrando aplicação até mesmo em questões ligadas às decisões judiciais. Tendo em vista a existência do fenômeno de grupos de pressão e caçadores de renda (*rent-seeking*) que acabam por interferir no processo democrático, alguns juristas, a exemplo do juiz Scalia, que compôs a Suprema Corte dos Estados Unidos, defendem que os juízes deixem de procurar a "intenção legislativa" por trás de uma lei, seja porque a legislação é irracional ou porque os registros legislativos são deliberadamente distorcidos.⁷⁸

A teoria da escolha pública que tinha aplicação na economia desde longa data ganhou notoriedade quando James Buchanan venceu o prêmio Nobel de economia de 1986. A partir desse momento a teoria passou a se expandir para outras áreas.⁷⁹ O autor produziu uma vasta obra acadêmica, abrangendo dezenas de livros e uma centena de artigos científicos, tornando a teoria da escolha pública um recorrente tema de pesquisa científica.

A teoria é centrada na ideia de que o homem é um agente econômico e racional que toma suas decisões visando o aumento de sua utilidade. O ser humano, por fazer escolhas

⁷⁶ MULLER, Dennis C. *Public Choice II: a revised edition of Public choice*. New York: Cambridge University Press. 1997. p. 1-2.

⁷⁷ MANDELBAUM, Michael. *As ideias que conquistaram o mundo: paz, democracia e livre iniciativa*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus. 2003. p. 303.

⁷⁸ FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press. 1991. p. 4.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 1.

que envolvem seus próprios interesses pessoais, resolve celebrar um contrato social formando o Estado. Partindo da construção do contrato social, o pressuposto normativo crítico da construção contratualista é a localização do valor exclusivamente no ser humano individual.⁸⁰ O regramento da sociedade ou a normatização estatal advém do consenso entre os homens originado no contrato social. Trabalha-se na teoria desenvolvida por Buchanan a forma como ocorre a construção do consenso. Enxerga-se a democracia como um governo por discussão, no qual as opções individuais podem mudar no processo de decisão.⁸¹ O cerne da problematização é o pressuposto de um contexto no qual as pessoas são diferentes. A tomada de decisão de um corpo coletivo deve ser reduzida aos indivíduos que o compõem e, normativamente, o valor da coletividade deve ser reduzido para a satisfação de propósitos individuais que as regras e instituições promovem.⁸²

As teorias do contrato social para a formação do Estado mostram o indivíduo totalmente racional, no qual objetiva o aumento de certas utilidades abrindo mão de outras. Estrutura-se o Estado para garantia da ordem e segurança, e em contrapartida, o indivíduo contribui para o seu custeio e manutenção. Protege-se a vida e a propriedade, e em troca os indivíduos se autolimitam, devendo respeitar a vida e a propriedade de um terceiro. A despesa pública vai ser influenciada pelo tipo de contrato social orquestrado entre o ente o Estado e a população.

Retira-se o foco da ação individual para aponta-la na ação coletiva. Nesse exercício de “desindividualização” de certas atividades há que se fazer uma análise de custo-benefício. A proteção da vida deve ser de responsabilidade de cada família ou se cria um ente supraindividual para zelar sobre a vida de todos? Ao que parece, existe uma explicação econômica (racional) para o surgimento de instituições políticas democráticas. Segundo Tullock e Buchanan o indivíduo concluirá como proveitoso explorar a possibilidade de organizar uma atividade coletivamente quando se espera o aumento da utilidade. A utilidade individual é aumentada quando certas tarefas são organizadas coletivamente.⁸³

A ordem política formada por esses indivíduos é aquela que apela à racionalidade daqueles que devem viver sob essas regras. Os indivíduos endossam as regras

⁸⁰ CONGLETON. *op. cit.* p. 43.

⁸¹ SEN, Amartya. On James Buchanan. *op. cit.* p. 368.

⁸² THRASHER, John; GAUS, Gerald. *James Buchanan and Gordon Tullock, The Calculus of Consent. The Oxford Handbook of Classics in Contemporary Political Theory*, Edited by Jacob T. Levy. Oxford: Oxford University Press. 2017. p. 6

⁸³ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 44.

porque os veem como a maneira menos onerosa de alcançar os bens coletivos e individuais que a cooperação social proporciona. A justificativa deve apelar para a racionalidade individual não por causa de fortes suposições de liberdade e igualdade moral, mas porque o postulado individualista não deixaria outras justificativas possíveis.

O alvo das formulações da escola formada por Buchanan é a discussão sobre a natureza e o princípio que devem nortear a escolha das regras de agregação das preferências, destinadas a cumprir um curso de ação modificadora ou de conservação do mundo material, tendo em vista o critério dos custos daí advindos.⁸⁴

O custo das escolhas ou decisões tem relação com qualquer decisão política de alteração do estado de coisas, que inevitavelmente envolve a criação de despesas e benefícios. O objetivo da escolha constitucional (contrato social) é criar regras que permitam aos indivíduos a oportunidade de buscar os benefícios da ação coletiva enquanto, na medida do possível, minimizar os custos.⁸⁵

Em síntese, na construção teórica de formação do Estado da *public choice*, assim como os teóricos contratualistas tradicionais como Hobbes e Locke, o indivíduo objetiva o aumento de sua utilidade e diminuição dos custos. Ao se traçar os objetivos constitucionais de um Estado, os indivíduos buscam delegar o que é impossível realizar de maneira isolada, ou mesmo que possível, seja muito dispendioso. Compara-se a organização coletiva com organização privada, tendo em vista os ganhos diretos líquidos da ação coletiva com os custos da própria organização estatal.⁸⁶

Seria ínsito da essência coletiva-estatal a racionalidade econômica na tomada das decisões e para eleição das finalidades do Estado. Mas a teoria da escolha pública vai além. Afirma que esse individualismo lastreado numa lógica econômica, em que a pessoa somente visa o seu próprio bem-estar, espalha-se também para a política. O agente político e econômico é a mesma pessoa. Afasta-se uma suposição de que, em questões sociais ou coletivas, os indivíduos são movidos total ou principalmente pelo interesse público ou pelo bem comum. A teoria parte do pressuposto que, seja no mercado ou na política, indivíduos comportam-se da

⁸⁴ SOUZA, Marcia Teixeira. James Buchanan e a construção do consenso social. *Perspectivas (São Paulo)*, São Paulo, v. 19, p. 11-32, 1996. p. 16.

⁸⁵ THRASHER; GAUS. *op. cit.* p. 12.

⁸⁶ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 44.

mesma maneira, ou seja, movidos pelas mesmas motivações, maximizadores do interesse próprio.⁸⁷

Nesse ponto, a eleição dos gastos públicos se enquadra numa estrutura complexa na qual os eleitores buscam o aumento de sua utilidade, com a majoração do bem-estar. E por outro lado, os tomadores de decisões governamentais também atuam com interesse próprio que podem se mostrar colidentes com os interesses dos cidadãos.

1.3 CONSENSUALIDADE DA DECISÃO DO GASTO PÚBLICO

As regras que estabelecem o processo de formação da vontade coletiva são determinantes o seu resultado. Dependendo da forma da votação, o resultado da eleição poderá ser diferente, maculando o processo democrático. Existe uma natural dificuldade em se agregar as preferências individuais. O paradoxo Condorcet mostra esse fenômeno. Não obstante a dificuldade de agregar as preferências e se construir um consenso, as soluções com base no consenso e na cooperação são muito mais benéficas à sociedade. O jogo da galinha (*game of chicken*),⁸⁸ por exemplo, demonstra como a cooperação dos participantes é importante melhorar a situação da sociedade.

A convivência em sociedade gera custos. São os custos da interdependência social. Os indivíduos acabam suportando alguns custos em razão do resultado da ação de outras pessoas. Contudo, quando os indivíduos se unem para decidir alguma ação coletiva, surge o custo de tomada de decisão, que corresponde ao esforço para se encontrar a uma decisão.

O Estado, como instrumento da ação coletiva, é dotado de poder arrecadatório. Ao tomar alguma decisão financeira, considera-se que o resultado da decisão impõe custos ao derrotado, pois o perdedor da votação terá que arcar com as despesas daquela ação coletiva, e ao perder a votação poderá ainda ter bloqueada alguma contrapartida. A solução para que eventual derrotado não venha a ser obrigado a custear algo que não concordou passa por uma regra que exija unanimidade para a tomada da decisão coletiva. No entanto, ao se aproximar da unanimidade os custos da tomada de decisão aumentam dramaticamente. Em sentido contrário,

⁸⁷ DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. *Ponto-e-vírgula (PUCSP)*, v. 6, p. 201-217, 2010. p. 204.

⁸⁸ O *game of chicken*, traduzido como jogo da galinha ou jogo do covarde, é um desafio em que dois competidores se enfrentam e o desistente é considerado a galinha (covarde). A origem no nome tem relação com a competição na qual dois motoristas dirigem em linha reta em rota de colisão. Se ninguém desviar, ambos colidirão podendo perder suas vidas. Mas se um dos condutores desviar ele será considerado o “galinha” (covarde).

quanto mais se afasta da unanimidade, diminui o custo da decisão, porém abre-se a possibilidade de aumentar a externalidade negativa.

1.3.1 Dificuldade da agregação de preferencias

Na decisão de como se alocar recursos públicos, mormente em um ambiente democrático, mostra-se relevante aprofundar em questões ligadas à formação da vontade coletiva. As decisões envolvendo a utilização de dinheiro dos contribuintes não devem ser pensadas de modo simplistas, como algo nascendo de uma conclusão formada a partir de uma escolha naturalmente consensual.

A ação coletiva realizada por meio do Estado é entendida como uma decisão dos indivíduos que optam por realizar propósitos coletivos ao invés de meramente individuais. Em relação ao papel desempenhado pelo Estado, “pode ser visto como nada mais que o conjunto desses processos, a máquina, que permite que tais ações tenham lugar”.⁸⁹ Se não é possível construir algo coletivamente, o governo não se mostra viável.

Nem sempre a decisão tomada pela maioria é a decisão que a maior parte dos votantes almejavam. O procedimento em que os gostos individuais se transformam em vontade coletiva é algo complexo e não necessariamente refletem a vontade da maioria. Inclusive, a pergunta que orienta o trabalho do economista Kenneth Arrow, vencedor do prêmio Nobel de 1972, é justamente se é possível engendrar um processo para se transformar um conjunto de gostos individuais em uma decisão social.⁹⁰

As regras usuais para se atingir a vontade da maioria nem sempre são capazes de proporcionar o resultado conforme à real vontade majoritária. É um tanto comum ocorrer distorções entre as preferências individuais e as preferências do grupo.

O paradoxo do voto, ou *efeito Condorcet*, explica matematicamente como ocorre essa disjunção. Teoriza-se uma hipótese em que três votantes (eleitor 1, 2 e 3) tenham três opções (opções A, B e C), e cada votante tenha uma ordem de preferência diferente. O primeiro eleitor prefere A, depois B e depois C. O segundo eleitor tem ordem em C, seguido de B e A. O terceiro prefere C, A e B.

⁸⁹ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 13.

⁹⁰ ARROW, Kenneth J. *Social Choice and individual values*. New York: John Wiley & Sons. 1951. p. 03.

Considerando o voto desses três eleitores, ocorre a seguinte conformação: entre as opções A e B, a opção A vence. Entre B e C, a opção B vence. E entre C e A, a opção C vence. A conclusão seria que para esse grupo de votantes A é melhor que B, B é melhor C, e que C é melhor que A, o que não tem lógica alguma ($A > B > C > A$), uma vez que A sendo melhor que B, e B melhor C, logo A deveria ser melhor que C. Por isso se chama de paradoxo de Condorcet.⁹¹

A questão é que a ordem da disputa entre as opções, ou as regras da escolha, afetam o resultado da escolha coletiva. Se ao invés de se escolher o que se almeja, os votantes eliminarem as opções que menos lhes agradam, o resultado pode ser diverso do habitual sistema de votação. Por exemplo, nas eleições presidenciais de 2018, os candidatos Bolsonaro e Haddad tinham as mais altas rejeições. Se naquela eleição a regra de escolha fosse primeiro eliminar os que os eleitores rejeitarem provavelmente o resultado do pleito democrático seria diverso.

Naquela eleição, devido à alta rejeição dos principais candidatos, os eleitores acabaram adotando o voto útil (estratégico). Os eleitores deixaram de votar nos candidatos de sua preferência para evitar a possibilidade de vitória do candidato de maior rejeição. “Esse tipo de prática gera resultados no qual o processo de agregação não representa o interesse da maioria”.⁹²

Se a regra eleitoral fosse votar em quem se rejeita, eliminando-o, não implicaria em burla ao sistema de votação ou a regra majoritária. Apenas conferiria uma regra de votação diferente pelo qual se pode chegar a resultado diverso (igualmente democrático). Verifica-se, portanto, que a depender da regra de votação, o resultado da escolha dos indivíduos pode não representar a real escolha coletiva. A regra procedimental responsável por captar as preferências individuais deve ser analisada de forma a conferir maior fidelidade e legitimidade à vontade coletiva. Deve “garantir a vinculação democrática entre a escolha social e os valores individuais”.⁹³

O voto da maioria muitas vezes não traduz a vontade dos eleitores, o que dificulta a formação de uma política pública que atenda aos anseios da coletividade. “Não há nenhum

⁹¹ EPSTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, mai. p. 273-291. 1997. p. 274.

⁹² MAUERBERG JUNIOR, Arnaldo; STRACHMAN, Eduardo. A regra da maioria como agregação de preferências: questões e respostas. *Nova Economia*, Belo Horizonte, n. 24, p. 297-316. 2014. p. 302.

⁹³ BELTRAME, Bruno; MATTOS, Laura Valladão de. As críticas de Amartya Sen à teoria da escolha social de Kenneth Arrow. *Nova Economia*, v. 27, n. 1, p.65-88, 2017. p. 71

mecanismo de voto que exprima constantemente a vontade dos votantes (...) o resultado das votações é pois inerentemente instável, cíclico ou incoerente e dependente da agenda política”.⁹⁴

Existe uma dificuldade natural para que as ações do Estado tenham por origem uma agregação de escolha que reflita a vontade majoritária. Como visto pode ocorrer que a escolha de uma decisão nem mesmo seja a preferida pela maioria.

A incapacidade de o fenômeno de agregação de preferências traduzir a vontade majoritária não impacta apenas na escolha cargos eletivos. Como a atividade legislativa do Estado é realizada por uma quantidade grande de representantes, o processo de votação das leis pode ter os mesmos problemas de agregação das preferências. Assim, é razoável supor, que em razão da dificuldade na agregação das preferências, a existência de um distanciamento entre a ação promovida pelo Estado e a vontade coletiva de seus cidadãos.

1.3.2 Importância da cooperação para o resultado social (dilema do prisioneiro)

O fornecimento de bens e serviços públicos deve ser realizado de maneira eficiente e de modo que os mesmos sejam distribuídos proporcionando o máximo de utilidade aos indivíduos. A soma do bem-estar após o fornecimento dos bens e serviços deve ser superior do que em qualquer outra hipótese. Teorias e exemplos demonstrados adiante auxiliam na ideia de como o consenso é importante para a tomada de decisão e como ele pode representar a diminuição das externalidades. As decisões coletivas para serem tomadas dependem de cooperação dos participantes, e quanto mais consenso menor o custo da decisão.

Antes de adentrar na importância do consenso é necessário deixar gizado o que é a eficiência de Pareto. O economista Vilfredo Pareto concluiu que tanto os agentes econômicos como as trocas por eles realizadas poderiam chegar a um ponto ótimo, em que qualquer alteração poderia ocasionar um prejuízo para alguma das partes. No ponto ótimo, o bem-estar da sociedade é máximo, de modo que não é possível aumentar a utilidade para um indivíduo sem diminuir o bem-estar dos demais. “Os membros da coletividade considerada gozam do máximo de ofelividade”.⁹⁵

⁹⁴ COLEN, José. *Voto, governos e mercados: uma introdução à Public Choice*. Lisboa: Moinho Velho. 2010. p. 103.

⁹⁵ PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural. 1996. p. 275.

Supondo um mercado consumidor na “máxima eficiência”, as trocas entre produtores e consumidores estariam em perfeito equilíbrio (modelo de concorrência perfeita). Indivíduos e empresas buscando seu próprio benefício acabariam por alcançar uma situação “Pareto-eficiente”.⁹⁶ Nessa conformação do mercado consumidor, os produtores atingiriam lucro máximo possível e os consumidores poderiam adquirir os produtos desejados pelo menor preço possível.

Fixado tal raciocínio, podemos partir para a compreensão dos dilemas a seguir focados na ideia de que possa existir um ponto ótimo para determinadas decisões coletivas. Uma situação em que o resultado para a sociedade como um todo seja superior (Pareto superior) mesmo que os indivíduos envolvidos não tenham o melhor resultado possível.

O dilema do prisioneiro é bastante interessante quando se tem em vista a importância do consenso e ações coordenadas entre os participantes. O dilema consiste no seguinte: duas pessoas (cúmplices) são acusadas por um crime, mas a polícia ainda não tem provas suficientes para julgá-las pelo crime cometido. Ao serem interrogados separadamente, os interrogados têm duas possibilidades: ou confessam o próprio crime delatando o crime do parceiro recebendo uma punição menor, ou negam o crime correndo o risco de receberem uma punição maior.

Diante da estratégia adotada pelos interrogados pode ocorrer esses resultados: (1) se ambos negam, cada um será condenado à 6 meses de prisão; (2) se alguém confessa delatando o parceiro, mas o parceiro nega, o que delatou fica livre e o que negou vai ser condenado à 10 anos de prisão; e por último, (3) se os dois resolverem confessar o próprio crime delatando um ao outro, recebem uma pena de 5 anos cada.

Na perspectiva do prisioneiro, e de maneira isolada, vê-se que a melhor hipótese é a delação do coautor no momento da confissão, mas desde que o coautor não faça o mesmo. Caso haja a delação e o outro resolva negar o crime, aquele que delatou ficará livre enquanto quem negou receberá uma pena de 10 anos de prisão. No entanto, caso haja mútua delação, cada um será condenado em 5 anos. Então, considerando que não existe comunicação entre eles, a decisão mais racional seria confessar o crime delatando o parceiro, pois quem assim o faz evitará de receber a pena máxima. A pena poderá ser de 5 anos caso ambos façam o mesmo, ou caso o outro resolva negar, aquele que delatou sairá livre.⁹⁷

⁹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 42.

⁹⁷ EPTEIN. *op. cit.* p. 153.

Quando se analisa o resultado em conjunto o que verifica é que o ganho para ambos seria maior se os dois agissem de maneira coordenada. Ao se somar as penas dos cúmplices em todas as estratégias, verifica-se que a menor soma é na hipótese que existe cooperação. Se os dois negam o crime, a pena seria de 6 meses para cada um, atingindo a soma de 1 ano. Em todas as outras hipóteses, a soma das penas de prisão atingiria 10 anos.

Esse raciocínio é aplicado nas mais básicas interações econômicas e desembarca novamente no contrato social para a formação do Estado. Se A cria gado e B produz milho, ambos podem aumentar o próprio bem-estar fazendo troca de um produto pelo outro. Mas ao invés de trocar, A pode roubar o milho de B, e este pode fazer o mesmo contra A. Assim, o bem-estar de quem roubou aumentará muito mais que se tivesse simplesmente realizado a troca, pois não terá que abrir mão de seu produto na negociação.

Ocorre que o roubo é na melhor das hipóteses um jogo de soma-zero (a utilidade aumentada para o ladrão é igual à diminuição para a vítima). Se considerar que ambos os produtores terão que despender de recursos para a própria proteção e deixar de produzir os respectivos bens, a hipótese será de uma soma-negativa. Se ao invés de roubar, os produtores resolverem negociar, o bem-estar do ladrão será menor do que o roubo, mas se considerar o total de bem-estar dos produtores (ladrão e vítima), ele será maior. Na situação em que é realizada a troca ao invés do roubo, há uma conformação em que o Pareto é superior.⁹⁸

O acordo no qual as pessoas acertam que ao invés de roubar uma das outras resolvem ter seus produtos negociados, e que um ente supraindividual terá o dever de zelar pelo patrimônio, refere-se ao hipotético contrato social. É o contrato constitutivo do Estado que “estabelece os direitos de propriedade e as restrições comportamentais de cada indivíduo”.⁹⁹ Por meio dele que se estabelece as premissas básicas de atuação do Estado e por consequência do direcionamento que será conferido ao dinheiro público.

Outro exemplo, uma variante do dilema do prisioneiro, que demonstra a importância da interação entre os agentes para se atingir um aumento no bem-estar da sociedade é o denominado “jogo da galinha” (*game of chicken*). Suponha-se o seguinte: o vizinho A é proprietário de algumas cabras que ocasionalmente invadem o terreno vizinho B. Sempre que as cabras resolvem passear no terreno vizinho B, comem seus vegetais e flores, causando

⁹⁸ MUELLER. *op. cit.* p. 9.

⁹⁹ *Ibidem.* p. 10.

prejuízo. Por outro lado, o vizinho B tem cães que eventualmente entram nas terras do vizinho A e assustam suas cabras, fazendo com que produzam menos leite.¹⁰⁰

A solução possível para que ambos possam diminuir seus prejuízos (vizinho A com seus vegetais e flores, e vizinho B com a produção de leite de cabra) é a construção de uma cerca. O custo da cerca é alto, mas devido aos prejuízos recorrentes, tanto para o vizinho A quanto para vizinho B seria viável arcar inteiramente com a construção da cerca. No entanto, seria muito mais vantajoso que o vizinho construa a cerca sozinho, haja vista que teriam um proveito sem ter que pagar nada.

Diante desse quadro, tem-se as seguintes possibilidades: ninguém constrói a cerca e todos saem prejudicados. Um ou outro constrói a cerca, comprometendo um recurso financeiro razoável para a obra. Nesse caso, quem levanta a cerca deixa de ter prejuízo, e o outro, além de deixar de perder, não paga nada pela melhoria. E a última possibilidade é a construção da cerca com o custo dividido entre os dois vizinhos.

Considerando que a construção da cerca seja dispendiosa para ser executada inteiramente por uma pessoa, em termos de ganho para a coletividade a melhor solução é aquela em que os custos da cerca são divididos entre os vizinhos. Em outras palavras, não obstante a construção da cerca por quem quer que seja aumente o bem-estar de todos, considerando a soma de bem-estar, o ótimo de Pareto seria alcançado se houvesse uma solução cooperativa, na qual a construção da cerca fosse realizada por ambos vizinhos.

A formação de políticas públicas ou eleição de gastos públicos não necessariamente é um jogo no qual um ganha e outro perde. O Estado deve zelar e ordenar os bens públicos bem como alocar os recursos de modo a fazer com que todos os indivíduos tenham algum benefício e que a sociedade por inteiro tenha seu bem-estar majorado.

Tanto o dilema do prisioneiro quanto o jogo da galinha conduzem à conclusão de que a decisão egoísta, com base única no autointeresse, pode ser prejudicial à coletividade. O que contradiz de certa maneira a ideia de que a perseguição de benefício individual geraria inevitável ganho coletivo. Na realidade, decisões em que há a participação dos indivíduos e consenso dos participantes podem ser mais benéficas ao conjunto.

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 16.

1.3.3 Custos de interdependência social

Retornando à construção teórica do contrato social para a formação dos Estados, podemos supor os custos para a construção do consenso. Algumas pessoas almejavam erigir um ente supraindividual para garantir à própria vida. Outros, julgavam importante existir um ente que protegesse a vida e também à propriedade. Sem a vontade de todos (considerando a unanimidade) não seria tomada nenhuma decisão e o ente supraindividual nem mesmo seria criado.

O processo de formação da vontade coletiva por meio do Estado é permeado de custos invisíveis. Existem vários deles. A análise dos custos deve considerar tanto em relação aos perdedores de uma votação, quanto àqueles que tem que renunciar eventual benefício em troca da aprovação de determinada regra que lhe beneficie. Ao se engajar em um processo de escolha pública, um indivíduo busca maximizar seus benefícios líquidos, tentando assegurar o máximo de benefícios aos custos mínimos viáveis. Como é impossível se chegar à unanimidade em todas as decisões, a questão é como minimizar o custo dos vencidos; como minimizar as perdas associadas à vida coletiva através das regras de escolha pública.

Cabe atentar para dois custos quando se tem em vista a ação coletiva. O primeiro são os chamados “custos externos” que são aqueles que o indivíduo espera suportar como resultado das ações de outras pessoas sobre as quais ele não tem controle direto. E o segundo é o “custo de tomada de decisão” que seriam os custos estimados de participação nas decisões quando dois ou mais indivíduos forem obrigados a chegar a um acordo. A soma deles pode ser considerada como o “custo de interdependência social”, que é inerente a um agrupamento social, no qual o poder de decisão é distribuído entre os indivíduos.¹⁰¹

No que tange ao custo de tomada de decisão, cabe esclarecer que toda decisão envolve um custo. Quando alguém precisa escolher uma roupa para sair de casa é necessário que se despenda de tempo e algum esforço para a escolha. Da mesma maneira, em uma sociedade empresarial, para os sócios tomarem uma decisão existe uma perda relacionada a tempo e um esforço para convencer os demais sócios que determinada decisão é a melhor para a sociedade. Esse custo de tomada de decisão também está fortemente vinculado ao Estado democrático, sendo natural a qualquer processo de tomada de decisão.

Por sua vez o custo externo é que se chama em economia de externalidade. Além do custo das escolhas próprias, dentro de uma sociedade ainda se tem o custo nas atividades de

¹⁰¹ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 46.

terceiros. As atividades dos particulares tais como a produção de bens, exercício do comércio, e proteção da propriedade podem atingir terceiros sem qualquer contrapartida. Alguns indivíduos podem acabar suportando certas medidas tomadas por outros, sem qualquer vinculação com estes. São efeitos colaterais de uma ação de terceiro.

O exemplo mais didático de uma externalidade é a poluição (externalidade negativa). Um indivíduo pode ser prejudicado na qualidade de sua água e seu ar sem nada se beneficiar sobre atividade do poluidor. Eventual benefício do terceiro pode ser entendido em sentido amplo, como o fato de o indivíduo ser consumidor da fábrica poluidora. Assim, nesse caso, entende-se por externalidade quando os efeitos positivos ou negativos ultrapassam o cliente ou o consumidor.

Quando alguém compra um automóvel, esse veículo emite poluentes que prejudicam outras pessoas. Um pescador ao fazer uma pesca comercial em um rio, diminui a quantidade de peixes para outras pessoas. Se alguém tem um jardim cheio de flores, os seus vizinhos são beneficiados de uma bela vista. Todos são exemplos de externalidades.¹⁰²

Schoueri, ao tratar de falhas de mercado, confere uma hipótese elucidativa acerca de externalidade. Traz o caso de uma escola instalada em uma rua comercial de um bairro carente. O gestor da escola vai considerar como receita as mensalidades e como despesas o aluguel, salários dos professores etc. Como habitual, essa análise não se considera os custos e ganhos não internalizados. Um custo não internalizado (externalidade negativa) será o aumento do trânsito decorrente do fluxo de estudantes e carros na rua comercial, prejudicando o deslocamento de quem normalmente circula naquela rua. Por outro lado, haverá um ganho gerado pela atividade (externalidade positiva) decorrente do aumento do nível educacional da comunidade.¹⁰³

Considera-se economicamente a externalidade “quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva”.¹⁰⁴

Diante dessas falhas de mercado é importante a atuação do Estado. Mesmo se pensarmos em sociedades arcaicas a figura do Estado ainda sim é importante. Um agricultor

¹⁰² STIGLITZ, Joseph; ROSENGARD, Jay. *Economics of the Public Sector*. 4a.ed. New York: W. W. Norton & Company. 2015. p. 86.

¹⁰³ SCHOUERI. *op. cit.* p. 49.

¹⁰⁴ MANKIW. *op. cit.* p. 204.

que resolver fazer uma represa em um rio prejudicando os moradores, caso estes não sejam consumidores dos produtos desse agricultor, podem ser prejudicados pela atividade sem nenhuma compensação.

A existência desses custos externos, de certo modo, explica racionalmente a origem de negociações particulares, arranjos cooperativos organizados voluntariamente e atividades governamentais. “O indivíduo que busca maximizar sua própria utilidade pode achar vantajoso celebrar contratos voluntários com o objetivo de eliminar a externalidade, ou apoiar disposições constitucionais que permitam que decisões privadas sejam substituídas por decisões coletivas”.¹⁰⁵ A função essencial das instituições democráticas é induzir ganhos mútuos aos indivíduos, resolvendo os conflitos.¹⁰⁶

Tullock e Buchanan propõe que a ação coletiva é um meio para reduzir os custos externos impostos ao indivíduo por uma ação puramente privada ou voluntária. Se cada indivíduo agir isoladamente, as externalidades negativas provocadas nos terceiros acabam sendo mais graves que se fossem provenientes de uma ação coletiva. Deve-se levar em conta que eventual impacto de uma ação coletiva pode ser compensada com eventuais ganhos. Os autores entendem como mais aceitável se conceber a atividade do Estado como destinada à remover externalidades negativas ou deseconomias externas.¹⁰⁷

“Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e dos vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados”.¹⁰⁸ O Estado então deve agir para evitar tais externalidades. Tem por função corrigir essas falhas de mercado. Seja tributando ou impedindo a atividade produtora, seja compensando os prejudicados pelas atividades do poluidor.

Tal ideia tem eco no princípio da seletividade do direito tributário, o qual orienta a variação da carga tributária de acordo com a essencialidade do bem. A tributação seria mais onerosa em produtos menos essenciais (v.g. perfumes). Quando se tem em vista a ciência econômica, a justificativa para uma menor tributação sobre a produção de feijão (item básico na cozinha brasileira), decorre que pela quase inexistência de externalidade negativa, pois se todos são consumidores, todos se beneficiam de alguma forma da produção e se vinculam à atividade.

¹⁰⁵ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 72.

¹⁰⁶ THRASHER; GAUS *op. cit.* p. 3.

¹⁰⁷ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 47.

¹⁰⁸ MANKIW. *op. cit.* p. 204.

Diferente seria o caso da produção de bebidas alcóolicas e cigarros. Se o mercado consumidor é restrito e se por um acaso tais atividades forem danosas à sociedade, a tributação mais elevada em razão do princípio da seletividade coincidiria com a tarefa estatal de redução da externalidade negativa. Com a tributação, os produtores interiorizam os custos, e por meio de gastos públicos bem empregados, os terceiros minoram seus prejuízos, relativizando a falha do mercado. Analisando sob o aspecto tributário, Schoueri afirma que “a internalização de externalidades negativas pode dar-se por um tratamento tributário mais agravado, assim como um incentivo fiscal é caminho para permitir a internalização de externalidades positivas”.¹⁰⁹

Há que se pensar tanto na tributação como nos gastos públicos como uma forma de reduzir as externalidades negativas. O gestor público deve se atentar para os grupos que, ao invés de ganho, somente são penalizados pela existência de certas atividades econômicas. Atividades que impactam terceiros negativamente devem de algum modo gerar uma compensação.

Se pensarmos em uma atividade de mineração fortemente automatizada, e voltada à exportação, é possível extrair com facilidade a tarefa do Estado em redução da externalidade. Se essa atividade minerária acarreta em impacto ambiental razoável, não produz empregos, e sua produção é exportada para outro país, o ganho é internalizado pelo produtor e os prejuízos são todos externalizados. Tal quadro sobreleva a importância de uma atuação estatal para corrigir essa falha do mercado.

Numa perspectiva liberal, na qual se adota um modelo de Estado pouco intervencionista, ou “neutro”, defende-se que o Estado deve atuar “somente” para corrigir as falhas de mercado reduzindo as externalidades. Ou seja, um governo que busca nada mais que os indivíduos se relacionem e negociem de forma livre, havendo intervenção estatal apenas para reduzir ou eliminar alguma falha de mercado. Seria um tanto oposto à ideia de um Estado que tem por objetivo à redução das desigualdades, eliminação da pobreza ou que impulse certas atividades em um plano de desenvolvimento.

A ideia de existência de custo externo também é extensível para os casos em que aqueles que participam de uma decisão e saem derrotados. Se em uma votação, uma minoria rejeita determinada decisão, pode-se entender que a decisão possui um custo externo, que é justamente a afronta à vontade da minoria que discorda da decisão.

Caso se suponha numa hipótese pouco realista de um contribuinte que em nada usufrui do aparato estatal, seja direta ou indiretamente, toda eleição de gasto público será

¹⁰⁹ SCHOUERI. *op. cit.* p. 49.

prejudicial a esse contribuinte. A decisão relativa ao gasto público terá um custo externo, ou será dotada de externalidade negativa, haja vista que gera custo para esse contribuinte sem qualquer benefício.

A ação estatal de fornecimento serviços e bens públicos inevitavelmente acarreta custos. Toda vez que se aprova alguma obrigação do Estado, gerando algum gasto, o qual parcela dos cidadãos não aprova, resulta em externalidade negativa. Tal fato é inerente a qualquer decisão não unânime tomada em um corpo coletivo, por isso se diz em custo de interdependência social.

1.3.4 Opção entre reduzir o custo da decisão ou reduzir a externalidade

A externalidade negativa (custo externo) de uma decisão é o custo daqueles que tem que suportar essa decisão. O custo externo para um indivíduo ocorre quando seu “patrimônio” líquido é reduzido por ato de outro indivíduo ou grupo, sem que o indivíduo tenha recursos para evitar que a ação ocorra. Como ocorre no caso em que um indivíduo é vencido em determinada votação ou alocação de gasto público.

Além desse custo externo, existe o custo para a tomada da decisão. Este último é o custo para se chegar a um consenso sobre determinada ação. Tullock e Buchanan ao defenderem a regra da unanimidade tem por ideal a redução da externalidade negativa à zero. Assim, a decisão tomada, em teoria, não será prejudicial a nenhum indivíduo. Ou, se for prejudicial em algum sentido, aquele que foi “prejudicado” estaria de acordo com a decisão. A regra da unanimidade nas decisões é o “o único meio pelo qual o indivíduo pode garantir que as ações dos outros nunca lhe imponham custos”.¹¹⁰

Para se eleger alguma despesa a ser realizada, seja ao incluir a obrigação de fazer estatal na Constituição ou em alguma Lei, há que se chegar em algum acordo. Da mesma forma que a eleição de prioridades estabelecida na Constituição, existe a votação do orçamento em que se discute a alocação de recursos públicos. O procedimento de tomada dessas escolhas possui um custo próprio, que é custo da tomada da decisão.

Toda decisão possui um custo. A escolha individual entre vestir uma camisa branca ou vermelha possui um custo, pois o indivíduo terá que pensar para fazer a escolha. Quando se tem em vista uma ação coletiva, um colegiado deverá participar da tomada de

¹¹⁰ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 73.

decisão. Se vários indivíduos não são “obrigados” a concordar com uma única decisão, demanda-se tempo e esforço são despendidos para que seja possível a formação de um consenso.

Os custos para a tomada de decisão coletiva aumentam quando a quantidade de votantes cresce. E ao se aproximar da unanimidade, podem ser previstos aumentos dramáticos nos custos esperados de tomada de decisão. Em um colegiado que se decide por maioria simples, há pouca negociação real com os setores minoritários. Se uma negociação é muito difícil com alguns setores, simplesmente se tenta cooptar outros votantes.¹¹¹ No entanto, à medida que se aproxima a unanimidade, esse expediente se torna cada vez mais difícil. O investimento individual em negociação estratégica torna-se altamente racional e os custos impostos por essa negociação provavelmente serão altos. Com a unanimidade, cada eleitor possui o monopólio de um recurso essencial que é o seu consentimento. Cada pessoa pode ter como objetivo obter todo o benefício do acordo para si.¹¹²

Supondo três grupos almejando a alocação de recursos públicos: um grupo é de empresários que buscam empréstimos para suas empresas; o outro setor almeja a distribuição de bolsas para as camadas mais pobres da população; e um terceiro grupo pleiteia recomposição das perdas salariais do funcionalismo público. Se a regra de escolha da decisão for a maioria simples, basta dois setores se juntarem para deixar o terceiro grupo sem qualquer parcela do orçamento. Em razão da possibilidade dessa conformação, Thrasher afirma que do ponto de vista do paretianismo, “um sistema de votação não unânime impõe um custo de votação desmedido naqueles que perdem”.¹¹³

Ao se exigir unanimidade, todos terão que entrar em acordo para a distribuição do orçamento, e nenhuma minoria será preterida. No entanto, um setor pode ser mais intransigente sobre seus “direitos” e bloquear eventual acordo. Além disso, corre-se o risco de alguma parte utilizar de estratégias de voto.

A unanimidade, além de representar uma maior legitimidade, é trabalhada hipoteticamente pelo fato de se buscar uma maior eficiência de Pareto.¹¹⁴ Em uma tomada de decisão coletiva em que todos os indivíduos entram em acordo sobre a decisão, atinge-se um pareto superior, uma vez que as trocas, ganhos e perdas, chegam a um ponto máximo de bem-estar para o grupo. Quando todos estão concordes com a decisão, anula-se seu custo externo.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 68

¹¹² *Ibidem.* p. 69

¹¹³ THRASHER; GAUS *op. cit.* p. 10

¹¹⁴ CORREIA. *op. cit.* p. 444.

Ao se atingir a unanimidade, em que todos dos indivíduos concordam com aquela tomada de decisão e seus efeitos, podemos dizer que é uma decisão que não teve custo externo. Quanto maior a concordância dos indivíduos, menor a externalidade.¹¹⁵ Quando há anuência de todos os participantes, as limitações das liberdades e direitos são realizadas consensualmente. Não há dano perpetrado sobre o direito de alguém, uma vez que houve concordância.

Então, quanto mais próximo da regra da unanimidade maior será a proteção contra custos externos e maior será o custo da tomada de decisão. E quanto mais afastado da unanimidade, existirá mais possibilidade de externalidade negativa, e haverá menos custo na tomada de decisão. Por exemplo: consideremos uma proposta de construção de uma usina nuclear com o dinheiro público. Se a regra puder ser votada por um pequeno grupo de pessoas,¹¹⁶ a grande parte que desaprova a decisão terá que suportar os custos da usina mesmo tendo se manifestado em sentido contrário. Caso se exija unanimidade, o custo de negociação para se atingir a decisão da construção da usina será bastante elevado.

A questão é encontrar um ponto ótimo, no qual o custo da decisão seja viável diante do custo da tomada de decisão. Segundo Mueller, quando o número de indivíduos é grande, o Estado existe justamente para se economizar nos custos de transação e negociação, obtendo informações sobre preferências individuais em relação a bens públicos e externalidades.¹¹⁷

Os custos devem estar balanceados. No momento da escolha das diretrizes constitucionais isso deve ser estatuído: se o indivíduo terá proteção contra os custos externos por meios de regras mais próxima da unanimidade, ou se terá menor proteção em troca de um custo reduzido na tomadas das decisões.

Quando se analisa a Constituição da República vigente é possível verificar que as regras de votação somente exigem quorum qualificado para alteração e regulação de matérias inseridas própria Constituição. De modo geral, o quórum qualificado seria exigido para alteração de matérias estruturais do funcionamento estatal (p. ex. servidores públicos e tributação) e leis complementares à Constituição.

¹¹⁵ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 63

¹¹⁶ No caso de um governo ditatorial em que o poder de decisão esteja concentrado nas mãos de uma só pessoa, o custo da tomada de decisão será muito baixo, pois, em tese, não haverá necessidade de negociação. Contudo, o custo externo poderá ser bastante elevado.

¹¹⁷ MUELLER. *op. cit.* p. 35.

A questão se torna especialmente interessante em relação aos gastos públicos, porque de maneira geral, o procedimento relativo à alocação dos recursos públicos (destinação orçamentária) não depende de maioria qualificada. Considerando que por meio de alocação recursos o Estado distribui os bens e serviços públicos, haveria que se imaginar uma maior consensualidade na formação da despesa pública. Em outros termos, ao se exigir uma maioria simples para a determinação dos gastos públicos, seria teoricamente possível a maioria simples se apropriar de quase totalidade dos recursos estatais não vinculados.

Para se entender a gravidade suponha-se um Estado “mínimo”, no qual inopinadamente resolva realizar grandes obras públicas em seu território. Devido às disputas políticas os tomadores de decisão resolvem direcionar o gasto somente para o território de seus aliados. Como a determinação do gasto público é realizada por maioria simples, seria suficiente que os tomadores de decisão tenham metade dos votos mais um para que direcionem os recursos para os locais de seu interesse. Tal fato imporia um alto custo para o grupo minoritário com quase nenhuma contraprestação estatal.

Na realidade brasileira, há que se registrar que Constituição estabelece obrigações mínimas do Estado para os cidadãos, de modo que o grupo minoritário (entendido como àquele que perde votação relativa à alocação de recursos públicos), pelo menos em tese, teria alguma prestação do Estado a seu favor. Assim, o grupo minoritário não seria totalmente excluído de qualquer alocação de recurso público. Por outro lado, o orçamento da União e dos entes subnacionais estão comprometidos com despesas vinculadas, o que engessa o orçamento e impede que os tomadores de decisão tenham muito espaço para as manobras acima referidas.

1.3.5 Comércio de votos (*logrolling*) na perspectiva democrática

Uma atividade que resulta na redução dos custos para tomada de decisão coletiva, e que nem sempre é tratada com a devida clareza, é a negociação de votos (*logrolling*), mormente quando se trata de negociação realizada por representantes políticos. Nos Estados Unidos, existem estudos no campo da economia e direito sobre a prática de *logrolling*, o qual objetiva a viabilização de tomada de decisão colegiada, e diminuição de seus custos.¹¹⁸

¹¹⁸ PARISI, Francesco. Votes and Outcomes: Rethinking the Politics-Like-Markets Metaphor. *European Journal of Law and Economics*, n. 13, p. 183–192, 2002. p. 189.

Logrolling, em termos simples, é o “comércio” entre os legisladores de seus votos nos diferentes projetos de lei antes da votação. Ocorre quando um grupo minoritário apoia o projeto favorito de outra minoria em troca do apoio ao seu próprio projeto preferido, embora ambos não gostem do projeto do outro. Essas minorias ao se juntarem conseguem formar um grupo que podem ter sucesso com seus projetos, ajudando um ao outro.¹¹⁹

Ocorreria da seguinte maneira: uma minoria quer a construção de um hospital, que em troca desses votos, apoia outra minoria que pretende a duplicação de uma estrada.

Segundo Robert Wilson, o *logrolling* foi objeto de vários estudos no qual seria em grande parte responsável pelos processos democráticos de escolha social, principalmente porque permitiria a expressão de intensidades de preferências pelos legisladores.¹²⁰ “Enquanto a regra da maioria considera as preferências dos indivíduos de maneira apenas ordinal, o *logrolling* permite que a intensidade dessas preferências seja captada”.¹²¹

Nesse quadrante, o responsável pelo voto, ao se deparar com uma tomada de decisão, não escolhe de acordo com critérios de “sim” ou “não”. Existe uma intensidade de preferência, em que ele estaria mais, ou menos, aberto a uma negociação de seus votos. Por exemplo, um representante busca a aprovação de uma lei que protege um determinado grupo minoritário. Para aprova-la terá que negociar seu voto com outro grupo e terá que votar em uma medida que ele entende como errada. Nesse caso, entra em jogo a intensidade de preferência, uma vez que o votante vai “vender” seu voto para garantir apoio ao seu projeto. Ele negociará o voto caso considere o seu projeto relevante, e se a “venda” de seu voto não lhe trazer grave prejuízo

Em estudo realizado nos Estados Unidos, restou evidenciado a existência de *logrolling* e que os que legisladores com preferências mais intensas têm maior probabilidade de trocar votos. Os resultados da pesquisa apontam a hipótese de que os votos conquistados por uma minoria intensa indicam que um comércio de votos foi organizado. Por outro lado, projetos de lei derrotados e projetos de lei divergentes mostrariam que nenhum comércio de votos foi organizado. No caso, uma das observações foi que parte da legislação agrícola dos Estados Unidos são frutos principalmente de *logrolling* e não da ideologia dos legisladores.¹²²

¹¹⁹ BERNHOLZ, Peter. From The Calculus of Consent to extended logrolling, negative externalities, and the Coase theorem. *Public Choice*. n. 152. p. 265–271. 2012. p. 266.

¹²⁰ WILSON, Robert. An Axiomatic Model of Logrolling. *The American Economic Review*, Vol. 59, No. 3, pp. 331-341, 1969. p. 331.

¹²¹ MAUERBERG JUNIOR; STRACHMAN *op. cit.* p. 306.

¹²² STRATMANN, Thomas. The Effects of Logrolling on Congressional Voting. *The American Economic Review*, Vol. 82, No. 5, pp. 1162-1176, 1992. p. 1174.

O estudo sugere que a negociação dos votos é tão importante para o comportamento dos congressistas e tão difundido para a formação das maiorias e viabilização de resultados para aprovações de projetos, que se coloca em xeque a ideologia dos votantes tomadores de decisão. A ideologia influencia o comportamento legislativo, principalmente por causa da intensidade da preferência, mas não é determinante para a tomada de decisão.¹²³

A ideologia teria por resultado alterar o nível de dificuldade na negociação dos votos. Faz com que certa ideologia tenha mais intensidade em certa preferência ou decisão, mas não impede que uma decisão seja tomada. Seria como supor a hipótese em que certo grupo voltado para promoção da igualdade social vote em desoneração de tributos para grandes empresas em troca de benefícios assistenciais para a população de baixa renda. Ou seja, haveria voto contra a própria convicção ideológica desde que houvesse acordo para compensar a medida. E o que a ideologia influencia no comportamento estaria mais vinculado à intensidade da preferência, dificultando a negociação em razão da exigência de maior compensação. Desse modo, a negociação dos votos revela um ponto importante para a formação das maiorias para a tomada de decisão.

No Brasil, devido à discursos extremistas, a prática tem sido demonizada por alguns setores sociais, sendo apontada como algo extremamente danoso para o interesse público. Quando na realidade, a formação de maiorias por meio de negociação, além de normal em contextos democráticos, é uma prática que acaba permitindo a aprovação de projetos. O chamado “toma lá dá cá”, no qual se aprovam projetos e decisões com alguma contrapartida da minoria prejudicada, desde que as trocas sejam em prol da população representada, não deve ser visto como uma atividade danosa. Muito pelo contrário, deve ser visto como uma prática que permite a minoria uma compensação pelas decisões coletivas tomadas em seu desfavor.

Segundo Thrasher e Gaus, qualquer regra de voto que envolva pagamentos paralelos completos dos votantes leva a decisões coletivas ótimas de Pareto, com ganhos mútuos para os envolvidos (ou representados). “Dado um pacote suficientemente grande de pagamentos paralelos, qualquer decisão coletiva, independentemente de quantos custos externos sejam impostos, pode ser digna de escolha, desde que os pagamentos paralelos compensem os custos externos da decisão”.¹²⁴

Desde que todos os votantes sejam compensados e recebam alguma medida por abrir mão de certa posição, as decisões coletivas tendem a ter um Pareto superior às decisões

¹²³ *Ibidem.* p. 1162.

¹²⁴ THRASHER; GAUS. *op. cit.* p. 10.

em que não existem negociação de votos. Ao se decidir coletivamente por determinada política pública, o grupo que não concorda com a decisão vai se manifestar contrariamente. No entanto, pode negociar sua posição desde que seja implementada outra política pública compensatória, ou se altere a antes apresentada. Destarte, se o grupo minoritário recebe um pagamento paralelo à decisão que discorda, existe ganhos mútuos.

Há que se fazer uma distinção. Uma hipótese é o representante apoiar uma medida do governo em troca de aprovação de um projeto importante para sua base eleitoral, como por exemplo, votar favoravelmente a medidas para liberdade econômica em troca de um maior investimento em saúde. Situação muito diversa dos casos em que o representante tem uma vantagem pessoal como pagamento por apoiar um ou outro projeto. Nesse caso, não há que se falar em *logrolling*, mas uma compra ilegal e imoral de voto.

Buchanan e Tullock concluíram que a negociação de votos per se não pode ser condenada com base em uma ética individualista racional. Contudo, eles entendem que a prática somente seria válida em um contexto em que ocorre a aprovação por unanimidade. Existindo o consenso unânime, todos que discordam da decisão seriam compensados de alguma forma caso não estejam de inicialmente de acordo com a medida. Quando não exigida a unanimidade, as negociações formam as coalizões majoritárias que impõem os custos ao grupo minoritário sem qualquer contrapartida, e isso não seria aceitável.¹²⁵

A negociação de votos foi objeto de estudo até mesmo no âmbito da formação das decisões colegiadas de tribunais. O chamado *judicial logrolling* teria potencial de promover maior estabilidade e previsibilidade na interpretação da legislação, eliminar divergências jurisprudenciais, e fornecer meios para garantir apoio da maioria absoluta a uma decisão, apesar de discordâncias entre os juízes.¹²⁶

Analisando o comportamento dos políticos brasileiros, foi realizada uma pesquisa sobre o comportamento dos congressistas entre 1995 e 1998, referente ao primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso. Constatou-se a existência da prática na utilização de negociação de votos para a garantia de aprovação das emendas constitucionais, na qual os congressistas somente votavam no projeto do governo se tivesse alguma contrapartida em troca do voto.¹²⁷

¹²⁵ BUCHANAN; TULLOCK. op. cit. p. 279.

¹²⁶ HESSICK, F. Andrew; MCLAUGHLIN, Jathan P. Judicial Logrolling. *Florida Law Review*, vol 65, p. 443-492, 2014. p. 489.

¹²⁷ CARVALHO, Márcio André de. How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 40, n. 5, p. 865-882, 2016. p. 879.

Como o partido do governo não detinha a quantidade de votos necessários para a aprovação das emendas constitucionais, era necessário recorrer à acordos para a formação da base governista. Mas o governo não conseguiu formar coalização governamental estável. Os três maiores problemas eram em primeiro lugar a impopularidade das reformas, tais como alteração da previdência social e privatização de empresas estatais; em segundo, a existência de uma multiplicidade de partidos políticos no Congresso; e em terceiro, a ausência de fidelidade partidária, haja vista que os parlamentares nem sempre votavam de acordo com o deliberado pelas lideranças do partido.¹²⁸

O primeiro problema apontado no estudo é algo visto no cotidiano da política nacional. Os dois últimos são particularmente interessantes no sentido de que dificulta a cooperação e consensualidade, porquanto são muitos interesses a serem atendidos. A existência de muitos partidos implica várias negociações com as lideranças e a ausência de fidelidade partidária acarreta em negociações individuais do governo para com os congressistas.

Diante das dificuldades no consenso para a aprovação das reformas no Estado era esperado a existência razoável de um custo para a tomada de decisão. No estudo, verificou-se que devido à ausência de uma coalização governamental estável, a negociação teve um custo elevado. A conclusão foi no sentido de que a falta de uma base em consolidada do governo fez com que ocorressem altos custos inesperados para o governo, e conseqüentemente, para a sociedade.¹²⁹

Importa asseverar que o custo da tomada de decisão nem sempre implica em troca de favores ou atos de menor expressão financeira. Boa parte das vezes acarreta em efetivo gasto público. Por exemplo: quando um grande empreendimento do governo é liberado somente através de contrapartida para o congressista discordante, o gasto público tende a aumentar, pois o governo terá que direcionar o gasto para atender aquela contrapartida. Em outras palavras, a despesa se multiplica quantos sejam os interesses contrapostos a serem negociados.

Assim, em um modelo inclusivo para a tomada das decisões, para se formar a decisão coletiva, deverá existir uma quase uniformidade de vontades, ou, caso as preferências não sejam coincidentes, necessariamente haverá que existir negociação dos votos para se atingir o quórum para a aprovação de alguma medida.

¹²⁸ *Ibidem*. P. 867.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 869.

1.3.6 Representação gráfica do consenso

A formação do consenso unânime (ou próximo à unanimidade) para a tomada decisão do gasto público é importante para não se impor custos da decisão à uma minoria. Quando uma decisão relativa ao gasto público é tomada, o grupo que discorda da decisão tem que arcar com os custos daquele gasto, sendo que pode ocorrer de não terem nenhum benefício.

Para ficar mais claro sobre o que se tem exposto sobre a consensualidade na formação da decisões fundamentais e papel do Estado, passa-se à uma representação gráfica no qual se destaca a importância do consenso. Foi utilizado como base representação realizada por Dennis Muller.¹³⁰

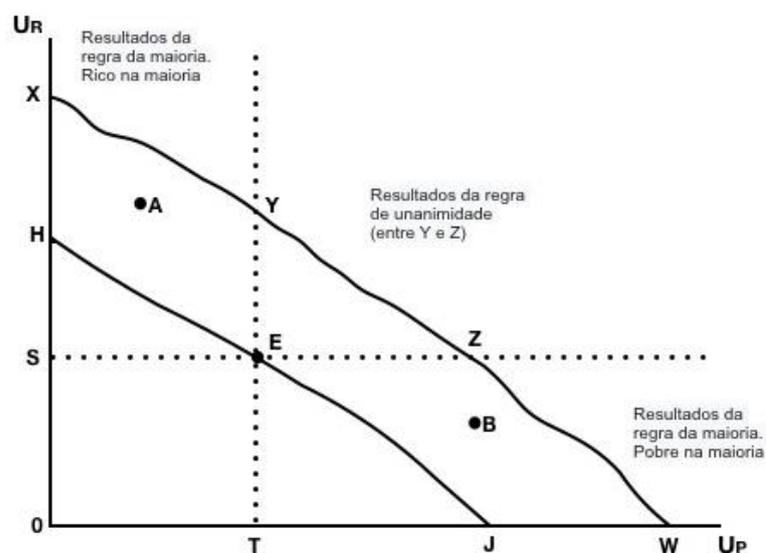
No gráfico abaixo o eixo vertical mede a utilidade da classe rica (Ur), o eixo horizontal da classe pobre (Up). Quanto mais se afasta do ponto 0 em direção à Ur, mais utilidade terá a classe rica, e se for em direção à Up, mais utilidade terá a classe pobre.

A curva HJ indica as possibilidades dos níveis de utilidade em uma sociedade na qual não existe Estado. Já a curva XW são as possibilidades dos níveis de utilidade em uma sociedade na qual existem provisões públicas. Dentro dessa curva XW está o segmento YZ, que representa os resultados de utilidade possíveis advindos de uma decisão baseada na unanimidade.

Na ausência da provisão de qualquer bem público, indivíduos representativos de cada grupo experimentam níveis de utilidade representados entre O, H e J.

Dentre as possibilidades de bem-estar da curva HJ, o ponto E é considerado nessa representação o ponto de dotação inicial, no qual somente existe bens privados. Indica o *status quo* do qual qualquer escolha coletiva deve se afastar. É a situação na qual não existe qualquer ação coletiva. Caso utilizemos o contrato social como referência teórica, o ponto E seria o exato momento em que o Estado ainda não formado.

¹³⁰ MULLER. *op. cit.* p. 59



O estado A (entre E e X) é aquele onde a maioria é composta ou dominada pelos ricos e impõe uma exploração capitalista dos pobres. Se o incremento da utilidade das classes mais ricas é acompanhado por uma melhora da situação das classes pobres, o ponto A se move para a direita.

No Estado B (entre E e W) onde ocorre o inverso, e os pobres redistribuem os bens privados dos componentes da sociedade, prejudicando as classes mais abastadas. Contudo, se a redistribuição é realizada de modo a não prejudicar os mais ricos, o ponto B vai se mover para cima.

O importante destacar, contudo, é segmento YZ, que corresponde à situação na qual foi alcançada a unanimidade após a negociação. A composição alcançada pela negociação pode variar porque vai depender de quanto os indivíduos renunciaram para conseguir alcançar a unanimidade.

Por sua vez, o segmento XY expressa o resultado de votação majoritária, na qual os ricos conseguem se beneficiar em detrimento da classe mais pobre. E o segmento ZW são as possibilidades de utilidade para os pobres quando impõe os custos para a classe rica.

1.4 MOTIVOS PARA A TOMADA DE DECISÃO DOS AGENTES POLÍTICOS

A teoria da escolha pública aponta um fator importante relativo à maneira como os gastos públicos são escolhidos. Conforme o entendimento da escola da *public choice*, a decisão sobre o gasto público está vinculada fortemente ao interesse do próprio agente político

e não necessariamente ligado à critérios técnicos sobre às prioridades e condizentes com programas estatais para a alocação das verbas públicas.

Não se pode confundir o interesse do Estado com o interesse do agente público. A vontade deste último acaba por macular e influenciar o verdadeiro interesse estatal. Aliás, como pontua Regis Fernandes de Oliveira: “não se pode dizer que é ao Estado, pessoa aética, moral, ficção jurídica, que caberá realizar o gasto. O Estado outra coisa não é senão o próprio ser humano com uma instância decisória qualificada. Não se constitui instância exterior aos indivíduos”.¹³¹

Sendo os tomadores de decisão indivíduos dotados das qualidades e caracterizados pelas da falibilidade humanas, eles estarão sujeitos aos motivos que guiam qualquer ser humano. Eles vão agir de acordo com determinados interesses, que podem ou não coincidir com os interesses sociais.

1.4.1 Decisões emotivas dos agentes políticos

As decisões envolvendo os gastos públicos podem ser realizadas sob influência da paixão, sendo algumas vezes de uma maneira pouco racional. Os responsáveis pela alocação do dinheiro público estão sujeitos a todo momento a uma gama de pressões e sentimentos que podem fazê-los direcionar o gasto público para algum setor que não seja o ideal ou razoável. O gestor, ou o congressista, ao eleger uma prioridade pode ser possuído por algum impulso que o leva a tomar alguma decisão extremamente emotiva.

Encontrar exemplos não é nenhum problema. Sem querer fazer análise sobre o acerto ou não de alguma política pública, alguns casos se mostram claro que alterações legislativas e os consequentes gastos públicos foram direcionados em virtude emoções afloradas por alguma situação específica. O homicídio da atriz Daniella Perez, por exemplo, foi o grande motivador da alteração da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), em que se previu a impossibilidade de progressão de regime e concessão de fiança para os crimes de homicídios qualificados. Nesse caso, mesmo sendo uma norma de direito penal, impactou (ou impactaria) no orçamento na medida em que as pessoas ficariam presas por um tempo maior, gerando gastos com o sistema penitenciário.

¹³¹ OLIVEIRA. 2012. *op. cit.* p. 53.

Quando um gestor resolve direcionar investimento em determinada região em vez de outra igualmente carente dos recursos, porque se identifica com o povo da localidade ou em razão de ter um sentimento mais amistoso com aquelas pessoas, também se configura como decisões de cunho emotivo.

Desastres naturais que ocasionam perdas de moradias, e crises econômicas que acarretam em fome e desemprego, naturalmente são capazes de gerar sentimento de comiseração. “O homem público, aquele encarregado de dispor sobre as despesas públicas, como ser humano que é, é afetado pelos mesmos sentimentos”.¹³² Mesmo que se admitisse o gestor público como racional, não seria totalmente correto considerar que não existe influência de tais sentimentos.

O problema de se considerar a dominação da paixão sobre a conduta do responsável pela alocação de recursos públicos é a natural dificuldade de se agir coletivamente. É pouco crível que todos os votantes compartilhem o mesmo sentimento e com a mesma intensidade sobre determinado ponto ou prioridade. A conduta ou a medida orientada pela emoção é menos passível de agregação do que a ação racional, uma vez que é naturalmente subjetiva. A ação apaixonada visa precipuamente satisfazer aquele sentimento subjetivo.

Não se está dizendo que a ação individual apaixonada seria incapaz de se voltar para a coletividade. É possível que sejam tomadas decisões “não racionais” em prol da coletividade ou de um grupo específico. O que não parece plausível é a existência de agregação e compartilhamento de planos e estratégias para ações apaixonadas. Por exemplo: um indivíduo almeja a construção de um parque em determinado local, porque foi o desejo de sua falecida esposa, dificilmente conseguirá agregar mais votos para aprovar sua vontade individual.

Além da dificuldade de se agregar votos, sendo o motivo da ação apaixonada naturalmente subjetivo, a decisão tem mais o cunho de promover uma satisfação pessoal do que promover o bem da coletividade. Até mesmo pode coincidir com um aumento do bem-estar coletivo, mas devido à sua inerente subjetividade, o motivo principal seria aquele desejo. Pode-se utilizar o mesmo exemplo anterior, em que a construção do parque não seria motivado pela necessidade da população, mas sim pelo fato de o tomador da decisão querer cumprir a último desejo da falecida esposa.

¹³² *Ibidem.* p. 53.

1.4.2 Autointeresse dos agentes na arena política

Já na ação racional, em tese, a decisão coletiva é tomada considerando racionalmente o que seria melhor para a coletividade. Analisa-se qual medida a ser realizada para aumentar o bem-estar da população. Como o gasto público será despendido visando a majoração da utilidade coletiva. É basicamente dessa forma que a ciência política tradicional enxerga os representantes do povo, como seres racionais que visam o interesse público ou o bem comum.¹³³

Há vertentes que supõe que o agente político, ou um determinado grupo político, tem como objetivo final a simples e pura manutenção e maximização do poder.¹³⁴ Ao que parece, essa finalidade tem se mostrado um tanto clara no atual contexto político brasileiro. Representantes eleitos não se mostram nem pouco constrangidos de mencionar acerca da reeleição desde o primeiro dia de mandato.

Pela teoria econômica o homem busca aumentar seu bem-estar, tendo sua conduta pautada pelo autointeresse, e dessa forma as relações sociais se desenvolvem. Pelas atividades egoístas dos comerciante e do prestamista tendem a promover os interesses gerais de todos na comunidade. Conforme Adam Smith, não é da bondade do açougueiro que esperamos comprar nossa carne. Obtemos carne a um certo preço porque o açougueiro almeja lucrar com a venda dessa carne.¹³⁵

Sob certo aspecto pode se considerar que a conduta do agente político é até mesmo paradoxal. Da mesma forma que ele busca majorar seu bem-estar ele é capaz de pensar no interesse social. Contudo, o reconhecimento de que o homem é, de fato, um animal paradoxal não deve sugerir que o indivíduo não possa agir boa parte do tempo como *self-seeking*, e tampouco que um modelo "econômico" de escolha coletiva não tenha valor, sendo esse modelo útil para explicar um aspecto do comportamento político.¹³⁶

Segundo a teoria da escolha pública, o homem enquanto maximizador de seu bem-estar, com sua ação naturalmente autointeressada, no aspecto geral, suas ações não perseguiriam o interesse comum. Dificilmente o indivíduo conseguiria decidir visando o bem-estar coletivo em detrimento de seu próprio interesse. Essa vertente sugere que o indivíduo

¹³³ BUCHANAN; TULLOCK *op. cit.* p. 19. Segundo os autores, alguns cientistas políticos modernos entendem que os representantes teriam como finalidade maximizar seu poder sobre outros indivíduos.

¹³⁴ *Ibidem.* p. 23.

¹³⁵ DOWNS. *op. cit.* p. 49.

¹³⁶ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 20

persegue seu próprio interesse mesmo quando está ocupando a função de representante ou de gestor público.

Buchanan e Tullock insistem que a bifurcação do agente político (individual e coletivo) é insustentável: “é psicologicamente improvável que os indivíduos possam girar de seu ponto de vista individual para um ponto de vista coletivo. Pessoas são pessoas e escolhas são escolhas, sejam elas morais, políticas ou econômicas”.¹³⁷

Os representantes políticos responsáveis pela formulação de políticas públicas, e habilitados a decidir para a coletividade, tem objetivos nem sempre consonantes com seus representados. Conforme Farber e Frickey, “os membros do congresso teriam três objetivos básicos: o primeiro é alcançar a reeleição, o segundo é ganhar influência dentro da Casa, e o terceiro é fazer política pública”.¹³⁸

Existe uma tensão entre o papel da economia na justificação das políticas públicas e como o interesse próprio determina o comportamento dos representantes. Segundo Susan Rose-Ackerman, dificilmente se conseguirá realizar uma política pública em que maximize o bem-estar social em um sistema político dominado por indivíduos (políticos) interessados.¹³⁹ No entanto, pode existir uma convergência entre o interesse público e o dos representantes gestores do dinheiro estatal. Como a ação governamental em boa parte das vezes é sensível aos eleitores, os representantes buscam agradar seu eleitorado de modo que o representante, ou o seu grupo, sempre consiga se reeleger.

Por mais que seja até mesmo condenável a conduta, pode-se dizer que é uma expressão da democracia. Ora, se um grupo de trabalhadores escolhe um deputado para ser contrário à uma reforma da previdência, esse deputado deve votar contra a essa reforma. Se a modificação é boa ou ruim, pouco importa. A questão é que o grupo de trabalhadores que o deputado representa não aceita a alteração. E o representante para conseguir a reeleição precisa agradar seus eleitores. Como a ação é planejada para agradar eleitores e os eleitores decidem como votar com base nas ações de seus representantes, existe na democracia uma relação circular de mútua interdependência.¹⁴⁰

Considerando um sistema no qual os representados tomam conhecimento do posicionamento de seu representante, e que não exista fraude eleitoral, o representante necessita

¹³⁷ THRASHER; GAUS. *op. cit.* p. 6.

¹³⁸ FARBER; FRICKEY. *op. cit.* p. 21.

¹³⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. Public Choice, Public Law and Public Policy. Keynote Address. *First World Meeting of the Public Choice Society*, Amsterdam, March, 2007.

¹⁴⁰ DOWNS. *op. cit.* p. 94

agradar sua base eleitoral para conseguir ser reeleito. Assim, cada representante vota de acordo com o impacto que seu voto terá com seus eleitores.

Já o governo, segundo Downs, quando elabora o orçamento público, realiza uma votação hipotética em relação a cada decisão de gasto e receita. Tem por estratégia agradar a todos os setores para lhe ser garantida a maiorias nas eleições seguintes. Deve financiar suas atividades (por meio de tributos) de modo a não gerar repulsa e perdas de votos, e direcionar os gastos públicos de forma que atenda a maior parte de seu eleitorado. Sobre essa relação entre financiamento, e gastos públicos, o autor resume da seguinte forma: “os governos continuam a gastar até que o ganho marginal de voto proveniente dos gastos se iguale à perda marginal de voto proveniente do financiamento”.¹⁴¹ Ou seja, para o governo, o limite ideal dos gastos públicos seria no momento em que os ganhos eleitorais decorrentes da alocação de recursos igualasse com a perda eleitoral em razão da tributação para fazer frente aos gastos.

Em outras palavras, parafraseando o ministro das Finanças do rei Luis XIV, Jean-Baptiste Colbert: a arte de tributar é depenar o ganso de modo obter mais penas com a menor quantidade de gritos.¹⁴² E por contrapartida, a arte de executar a despesa pública estaria em engordar o ganso com a menor quantidade de ração possível.

Embora exista o autointeresse dos gestores e legisladores em querer agradar seu eleitorado na busca da reeleição, essa prática não é necessariamente inconsistente com as normas democráticas. Isso porque os agentes políticos tomadores de decisão foram eleitos para representar seus eleitores. Se o tomador de decisão, mesmo que de maneira questionável, exerce seu voto de modo a agradar seu eleitorado nada mais seria que a expressão da democracia representativa.

O problema é que o fenômeno implica em graves desvantagens. Isso porque o representante se esquiva de projetos complexos e de longo prazo para lidar com questões políticas fáceis e eleitoreiras.

¹⁴¹ DOWNS. P. 93

¹⁴² Plucking the geese. *The Economist*. Disponível em: <<https://www.economist.com/special-report/2014/02/20/plucking-the-geese>>. Acesso em 23 de out. de 2020.

1.4.3 Gastos públicos como política de barril de carne suína

A prática comum de o agente político tomador de decisão se furtar de tomar decisões difíceis, preferindo sempre projetos que lhe tragam votos é bastante conhecido em qualquer sistema político. Quando a prática é realizada pelo chefe do poder executivo, pode se confundir com o chamado populismo, em que são promovidas políticas de curto prazo, normalmente para as camadas mais pobres da população, recebendo em troca amplo apoio popular.

Alguma dessas políticas são altamente danosas para as finanças públicas comprometendo a saúde financeira do Estado. Agentes políticos que visam atender interesses eleitorais, normalmente interesses imediatos da população, representam um risco para as finanças públicas e políticas de longo prazo. É comum não se investir em infraestrutura básica, e programas de formação e aperfeiçoamento profissional, pois rendem menos capital eleitoral.

Para inibir a prática, mostra-se relevante no direito brasileiro a chamada “regra de ouro” indicando que “só pode haver endividamento para a realização de despesas de capital, conforme determina a Constituição no art. 167, III”.¹⁴³ Pela “regra de ouro” está vedada a realização de operações de crédito para arcar com despesas de correntes, como por exemplo pagamento de salários de servidores ou pagamento de benefícios assistenciais. As despesas correntes, por sua natureza, não acarretam incremento patrimonial do Estado. O que é realizado em gasto corrente não é deixado para posteridade em forma de patrimônio material.

Essa prática eleitoreira de “gerenciamento” dos recursos públicos também é realizada pelos membros do poder legislativo. Contudo, os parlamentares necessitam de barganhar com o poder executivo em troca de apoio financeiro para seus projetos. Nos Estados Unidos, tal prática é chamada pejorativamente de “*pork-barrel politics*”, em que se direciona o dinheiro público para grupos específicos (currais eleitorais) à custa de interesses públicos mais amplos.¹⁴⁴

A expressão *pork barrel*, ou barril de carne de porco, remonta ao tempo escravagista norte-americano em que era dado um barril de carne de porco aos escravos para que estes competissem por um pouco de carne. A ideia de competição persiste porque os políticos tentam garantir para si a maior quantidade de recursos para seu eleitorado, de modo a

¹⁴³ SCAFF, Fernando Facury. Crédito público e sustentabilidade financeira. Crédito público e sustentabilidade financeira. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE*. Belo Horizonte. ano 3. n. 5. p. 55-70. 2014. p. 66.

¹⁴⁴ FARBER; FRICKEY. *op. cit.* p. 21.

satisfazê-los e aumentar suas chances de reeleição. Na visão atual do conceito, a política ou gasto de *pork barrel* é definido como uma estratégia eleitoral “assente em medidas que visam desenvolver ou beneficiar, do ponto de vista econômico, uma determinada área ou espaço geográfico (região) sendo que, os custos destas medidas são imputados a todos os contribuintes do país”.¹⁴⁵

Basicamente, o chefe do poder executivo tem duas opções como moeda de troca para a obtenção de apoio político de um congressista. Uma delas é o apoio político em que chefe do poder executivo pode ter que trabalhar pela aprovação de algum projeto de lei em que o congressista tenha interesse ou apoiando em campanha futura. A outra é o apoio financeiro em que se realiza a política do *pork barrel*,¹⁴⁶ acarretando em gastos públicos que não necessariamente obedecem as prioridades constitucionais, bem como de eficiência questionável.

A prática política do *pork barrel* é comum não somente no Brasil, sendo a expressão utilizada em diferentes países. A expressão *pook barrel* ou *election pork*, além dos Estados Unidos, é utilizada em países como Austrália, Reino Unido e Dinamarca. Quando o poder executivo envia algum projeto que diminui direitos de um setor significativo da sociedade, a alteração somente ocorre após a comércio de votos com os congressistas. Em geral, o legislador aceita votar em uma medida contrária ao interesse de seus eleitores se houver alguma compensação para seu eleitorado, indicando seu interesse voltado para reeleição.

1.5 GASTO PÚBLICO E OBJETIVOS SOCIAIS

Os gastos públicos são realizados por agentes que podem agir sob influência da paixão; por políticos buscando ganhos pessoais; ou por tomadores de decisão que teoricamente conseguem fazer um gasto público racional, no qual se busca o interesse da coletividade, aumentando o bem-estar público. Segundo Farber e Frickey, o sucesso do funcionamento da democracia requer que eleitores e agentes políticos tomem decisões economicamente irracionais, prejudicando o próprio interesse para atender o bem comum. O autointeresse dos políticos, movidos por grupos de pressão, ao criarem a impressão de que o governo é

¹⁴⁵ MOURAO, Paulo Reis; CUNHA, Eurico José A. Políticas Pork Barrel: Um estudo sobre o caso português do PIDDAC. *Revista Econômica*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 1, p. 73-93, 2011. p. 74.

¹⁴⁶ CARVALHO. *op. cit.* p. 872.

simplesmente uma arena de interesses próprios, criam uma atmosfera incompatível com uma democracia saudável.¹⁴⁷

A questão é como determinar um gasto público racional, mas uma racionalidade sob a perspectiva coletiva, e não individual. Essa racionalidade se relaciona à uma finalidade fixada para o gasto. Para se falar em gasto público racional faz-se necessária a “aceitação de um objetivo”. Nesse ponto torna-se importante conhecer a finalidade do gasto público, sob pena de não poder considerar como sendo racional. E os gastos públicos, bem como quaisquer políticas públicas somente se tornam racionais à medida que obedecem aos anseios estipulados em determinada sociedade.

O que o Estado despense financeiramente, o montante do gasto, o direcionamento dos recursos, todos deveriam estar sob o crivo dos anseios da coletividade. As políticas públicas devem ter em conta a construção de uma função do bem-estar social, analisando opções que interessam a sociedade inteira.¹⁴⁸ Os gastos públicos devem ser alocados de acordo com as decisões políticas fundamentais da sociedade.

A importância em estabelecer quais são essas decisões fundamentais da sociedade reside no fato de ser a diretriz para determinar os gastos públicos. Deve conhecer os anseios dos indivíduos para se delimitar o “tamanho” do Estado, setores de atuação e a intensidade da intervenção estatal na economia. A partir das obrigações delegadas ao Estado é que este deve estabelecer o montante a que se deve arrecadar.

Aliás, impende frisar que é o dever assumido pelo Estado que deve orientar a arrecadação, e não o contrário. Primeiro se deveria verificar o que o Estado foi incumbido de prestar à população para a partir daí se estabelecer o montante que se deve arrecadar. Considerando a origem estatal, na qual os indivíduos buscavam uma ação coletiva por um ente supraindividual, tem-se que primeiro foram estabelecidas as obrigações. E essas obrigações foram erigidas considerando os gastos a serem realizados e as liberdades que seriam afetadas.

Pelo menos para as teorias contratualistas de formação do Estado, percebe-se que primeiro foram estabelecidas as obrigações e gastos do Estado para depois se passar à arrecadação para fazer frente a esses gastos públicos. Fixa-se as obrigações para em seguida tributar, e não o contrário. Assim, a população ao estabelecer um Estado voltado à promoção de políticas públicas e concessivo de direitos, deveria ter em mente o custo de tais obrigações.

¹⁴⁷ FARBER; FRICKEY. *op. cit.* p. 132.

¹⁴⁸ CORREIA. *op. cit.* 390.

Entre custeio e benefícios, não se pode igualar todos os indivíduos. Como os gastos podem ser mais direcionados para determinado grupo social, e como a tributação pode incidir de maneira desigual, deixa-se aberta a possibilidade de existir custos externos (externalidades negativas) sensíveis em determinados setores, impondo perdas à determinados grupos inaceitáveis sob o ponto de vista democrático.

Os acordos fundamentais (constitucionais) celebrados para a formação do Estado, admitindo ou não a existência de um contrato social, são o norte para as políticas públicas. E tendo em vista eventual dificuldade de distribuição de custo externo de maneira equânime, tais acordos fundamentais devem ser mais próximos da unanimidade possível. Além das diretrizes de atuação do Estado, devem ainda especificar as regras que vão regular as tomadas de decisão abaixo do nível da escolha constitucional.¹⁴⁹

Deve-se estabelecer as funções do Estado para se imaginar racionalidade dos gastos públicos. Se o Estado é aquele que deve zelar somente pela segurança dos indivíduos (ultramínimo) qualquer gasto público estranho à segurança não seria aceitável. Por mais que um gasto pudesse ser justificado em razão de bem-estar para a população, em um Estado em que se escolheu conferir apenas o mínimo, tal despesa em prol do bem-estar estaria em desconformidade com o acordo fundamental.

Nesse aspecto se mostra relevante a análise tanto da função do Estado, como os objetivos traçados na sua constituição para o proposto estudo sobre o ato decisório de alocação de recursos públicos. Temas que serão analisados no próximo capítulo.

¹⁴⁹ MEADOWCROFT, John. Exchange, unanimity and consent: a defence of the public choice account of power. *Public Choice*, vol. 158, p. 85-100, 2014. 90.

2 DESPESAS PÚBLICAS NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A análise do gasto público deve estar ligada à perspectiva do Estado como instrumento de ação coletiva. Os motivos que devem guiar a ação governamental na alocação do dinheiro público devem estar imbricados às finalidades estatais, e à razão de sua criação. Ao se investigar o gasto público cotejando-o com a função que Estado deve desempenhar é possível verificar se o dinheiro do contribuinte é utilizado de acordo com as decisões fundamentais da sociedade.

O ente estatal não pode ser considerado como um fim em si mesmo. Muito menos é um organismo vivo que possui aspirações próprias. A sua existência pressupõe uma finalidade. “O Estado tem sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da colectividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado”.¹⁵⁰ Exige-se que os tomadores de decisão desenvolvam continuamente ações que atendam a finalidade eleita pela sociedade, há que desenvolver atividades úteis a esse propósito.

Os objetivos gerais do Estado brasileiro estão expostos na Constituição da República. É por esse diploma que o jurista e o tomador de decisão deve se debruçar para investigar a função que o Estado deve desempenhar. As decisões fundamentais da sociedade estão expostas nesse diploma normativo. Por sua vez, a Constituição Financeira é quem norteia a atividade financeira estatal. Pela análise constitucional é possível extrair a normatividade do direito das despesas.

2.1 JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO ESTADO

O Estado como um ente supostamente nascido de um processo democrático, originado hipoteticamente de um contrato social, deve agir pautado nos fins para os quais foi criado. Estes fins, devem ser conectados em melhorar a situação dos indivíduos. Em termos gerais, pode-se dizer que o Estado se justifica para promover ou majorar o bem-estar da população. “O Estado justifica a sua existência à medida que provê as demandas coletivas”.¹⁵¹ Pela ação coletiva corporificada em um ente coletivo, aumenta-se a utilidade individual.

¹⁵⁰ CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina. 2006. p. 148.

¹⁵¹ FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. p. 22.

Não parece fazer sentido conceber a existência de um ente supraindividual cuja sua engrenagem somente acarrete a diminuição da utilidade ou do bem-estar dos indivíduos. Um Estado que oprime a população e que todo o tempo age contra o seu povo (como no caso de algumas ditaduras militares), afasta de seus fins. Conforme relata Bercovici: “a justificação é essencial para o Estado. Nas palavras de Heller, ‘o Estado vive de sua justificação’ (*‘lebt der Staat von seiner Rechtfertigung’*)”.¹⁵² A mola mestra para a ação estatal, bem com a justificativa da formação do Estado é a promoção do bem-estar da população.

Um termômetro do cumprimento dessa função é se ao buscar a majoração do bem-estar, a atuação estatal consegue um desempenho melhor que na hipótese da ausência do Estado; se o bem-estar coletivo aumenta ou diminui pela existência e atuação do Estado. Somente existe razão para a existência de um Estado se, ao menos teoricamente, é capaz de proporcionar majoração de bem-estar da população, ou em outras palavras, se a eficiência de Pareto é aumentada.

Sendo a função do Estado garantir a majoração da utilidade ou bem-estar dos indivíduos, pode-se dizer que os gastos públicos devem ser direcionados naquilo que uma sociedade específica necessita para poder ter seu bem-estar aumentado. Por exemplo: para a sobrevivência dos indivíduos de uma sociedade estabelecida em uma região polar, faz-se necessário uma ação coletiva para construir abrigos contra as nevascas. Nesse caso, para a manutenção da vida dos indivíduos seria imprescindível a ação coletiva (por meio do Estado). No entanto, já em outra sociedade na região equatorial essa mesma ação já não teria a mesma importância.

Seguindo a mesma esteira, em uma sociedade onde os indivíduos atentam constantemente contra a vida um do outro, o Estado terá que incorrer em despesas públicas para promover a segurança maiores que em outra onde os indivíduos são menos propensos a agir dessa maneira. Ou, uma sociedade que é cercada de inimigos terá que investir em um exército de modo a proteger para não serem invadidos. O que se quer dizer é que a função do Estado de aumentar o bem-estar dos indivíduos não indica que as ações do Estado serão as mesmas. Um agrupamento social pode ter necessidades específicas que demandará ações estatais (ações coletivas) direcionadas àquelas necessidades de modo a aumentar a utilidade dos indivíduos.

É possível notar que essa função do Estado de aumentar a utilidade não necessariamente coincide com o propalado modelo de Estado de bem-estar social, comumente

¹⁵² BERCOVICI, Gilberto. Entre o Estado total e o Estado social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 2003. 172 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003. p. 95.

chamado nos Estados Unidos de *welfare state*. Este último, pauta a ação do Estado em medidas assistenciais de modo a garantir o bem-estar da população, propondo um governo atuante e interventor para garantir “comodidades” para seus cidadãos.

Nesse ponto, é importante realizar uma distinção: quando se menciona que o Estado deve proporcionar um aumento na utilidade ou bem-estar dos indivíduos, não se defende que o Estado deve adotar uma postura intervencionista ou assistencialista. Está apenas se adotando uma perspectiva que justifique a existência estatal. Está se comparando uma sociedade com o Estado à uma sociedade sem a sua presença, e conclui-se que a existência do Estado somente se justifica se aos indivíduos é conferida uma maior utilidade. Proporcionar uma situação melhor aos indivíduos deve ser o critério justificador da existência do Estado (situação melhor do que na ausência do Estado). Se um determinado povo é capaz de fruir a própria vida, e gozar de uma convivência coletiva harmoniosa sem que um ente supraindividual ordene as relações sociais, caso o Estado nada melhore a vida desse povo, ele não teria razão de existir.

É claro que o Estado possui várias funções, que a depender de sua Constituição pode assumir uma postura mais, ou menos, garantidora de direitos dos cidadãos. Só que não se pode perder de vista que a justificativa primordial da existência do Estado é poder proporcionar aos indivíduos uma majoração de bem-estar ou aumento da utilidade.

Em um segundo nível, sob o ponto de vista jurídico, dependendo da perspectiva que se adote, pode-se dizer que a justificativa para a existência do Estado é a efetivação da justiça (considerando o termo justiça com toda vagueza a sua conceitual). A formação do ente supraindividual seria imperativo para corrigir algumas situações que poderiam ser consideradas injustas envolvendo os membros de uma dada sociedade.

Nesse ponto, entra em jogo a análise dos acordos fundamentais para a formação do Estado. Elege-se os critérios que servirão de guias para a atuação estatal. Determina-se a natureza do Estado e em que grau ele poderá intervir na vida privada, quais os objetivos e prioridades dos governos. Conforme relata Regis Oliveira, “a atividade financeira é precedida pela definição das necessidades públicas”.¹⁵³ Não somente a atividade financeira, mas toda e qualquer atividade do Estado deve ser precedida da eleição de quais necessidades públicas ou quais políticas públicas deverão ser implementadas.

Segundo Eros Grau, o direito moderno é (ou deve ser) racional. A racionalidade advém “na medida em que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e

¹⁵³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 154.

calculabilidade em relação aos comportamentos humanos”.¹⁵⁴ A razão de ser da ordem jurídico posta é para trazer segurança, fazer com que os indivíduos possam planejar suas ações e projetar algo para o futuro.

Já sob a perspectiva econômica, a existência de um governo se justificaria para resolver os problemas da ação coletiva, organizando a sociedade, e serviria para proporcionar aos indivíduos as condições para realizar suas transações, bem como diminuir os seus custos.¹⁵⁵ O Estado deve permitir que os indivíduos sejam capazes de estabelecer relações econômicas, diminuindo os custos das transações, eliminando externalidades. Pela ação de alocar recursos públicos, deve-se permitir que as transações sejam realizadas de maneira segura e eficiente.¹⁵⁶

E tendo em vista as relações comerciais o direito estatal toma lugar novamente, pois se ausente o Estado e o direito os litígios seriam julgados de acordo com a equidade, para ter alguma segurança jurídica, foi “necessário transformar a equidade em um sistema rígido de normas, a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas”. Assim, a concepção do Estado dotou-o com a tarefa primordial de criar “uma ordem jurídica que tornasse possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações seriam cumpridas”.¹⁵⁷

O Estado pode ser justificado sob diversos ângulos, a depender da vontade coletiva. Cada indivíduo ou agrupamento social tem a sua necessidade e suas prioridades. No entanto, há que se deixar salientado: a existência do Estado somente se justifica racionalmente se ocorre um aumento da utilidade ou bem-estar dos indivíduos.

2.2 OBJETIVOS DO ESTADO

Considerado o Estado como um ente formado consensualmente e democraticamente pelos indivíduos de determinado território, oriundo de uma necessidade de ação coletiva, há que se analisar os seus objetivos. Admitir a manutenção de uma superestrutura

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2018. p. 15.

¹⁵⁵ MAUERBERG JUNIOR, Arnaldo. STRACHMAN, Eduardo. A regra da maioria como agregação de preferências: questões e respostas. *Nova Economia*, Belo Horizonte, n. 24, p. 297-316. 2014. p. 298.

¹⁵⁶ STIGLITZ, Joseph. ROSENGARD, Jay. *Economics of the Public Sector*. 4a.ed. New York: W. W. Norton & Company. 2015. p. 83.

¹⁵⁷ GRAU. 2018. *op. cit.* p. 17.

sem uma finalidade seria aceitar um ente que apenas sirva para se retroalimentar, ou que simplesmente execute ações sem a preocupação de atender a vontade coletiva.

Parte-se do pressuposto que o Estado resultou de um consenso entre indivíduos para a constituição de um ente supraindividual. Caso se considere que essa entidade foi criada para servir de um instrumento de dominação de um grupo sobre o outro, os objetivos se alterariam, uma vez que seriam voltados à manutenção da situação de controle e exploração sobre parcela da população. Existe um enlace entre a sociedade e o Estado. O anseio social ao formar uma estrutura estatal circunda na ideia de “delegação” de algumas funções que não seriam exercidas a contento de maneira individual. Além de enxergar o Estado enquanto poder, cabe vê-lo também enquanto comunidade ciosa de trabalhos a serem desenvolvidos coletivamente por meio de um ente supraindividual.¹⁵⁸

Marcello Caetano ao tratar de fins do Estado, inicia com as seguintes indagações: “Para que é que existe o Estado? Quais são as necessidades fundamentais que a sociedade política se propõe a satisfazer?”¹⁵⁹ Ou seja, a criação e manutenção da estrutura estatal deve ter alguma finalidade. Os objetivos a serem perseguidos pelo Estado devem estar imbricados com a razão de sua existência.

O autor descreve três finalidades para responder as indagações. Em primeiro lugar, as sociedades primárias que se unem para constituir uma sociedade política almejam uma maior segurança para as pessoas e para seus valores, servindo como instrumento de defesa externa e de paz interna. Em segundo, esse poder político tem a missão de manutenção da justiça, assentada em relações de mútuo respeito e equidade. E por último, a ação coletiva deve se desenvolver para satisfazer as necessidades complexas da cultura e economia que dizem respeito ao bem-estar material e espiritual dos indivíduos.¹⁶⁰

Esses fins acima elencados são os naturalmente deduzíveis dos Estados democráticos. A dificuldade que se impõe (ou que deveria existir), especialmente quando se analisa o gasto público, é encontrar os objetivos fundamentais concretos que orientam e determinam a conduta dos governos e norteiam a alocação dos recursos estatais. A importância de se compreender os objetivos fundamentais é que, pelo menos em tese, os atos governamentais retirariam de tais finalidades a constitucionalidade e legitimidade de suas ações. A atividade financeira do Estado deveria ser orientada de acordo com as decisões

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. t. 05. 1997. p. 08.

¹⁵⁹ CAETANO. *op. cit.* p. 143.

¹⁶⁰ CAETANO. *op. cit.* p. 143.

fundamentais da sociedade e não de impulsos momentâneos, ou motivados por questões ideológicas dos governantes. A ideia de se conceber objetivos genéricos traduz uma falsa ideia que a Constituição delimitou algum objetivo.

Conforme assevera Augusto Becker, é preciso determinar o resultado que se pretende obter, o que se almeja fazer. A escolha dos resultados é trabalho da política democrática, da arte de governar. “Só depois de definido o objetivo da ação é que se procuram os meios para conseguir esse resultado”. A função do Direito é a de “fornecer aqueles meios de atuação para obtenção de um resultado predeterminado que não é, por si mesmo, jurídico”.¹⁶¹ A ação estatal deve ser coordenada e planejada, voltada para fins delineados e específicos. O gerenciamento do Estado não deve ser visto como um ente pagador de salário, mantenedor de uma estrutura já estabelecida. Em boa parte das vezes depende de mudanças, de programas e reformas a se adequar às finalidades essenciais estabelecidas pela sociedade. Atenta a necessidade de mudanças “as Constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos”.¹⁶²

Ao tratar da constituição financeira, Heleno Torres parte do pressuposto que os fins constitucionais gerais definem os objetivos da Constituição Financeira, não se admitindo fins do Estado pré ou supraconstitucionais. Afirma que “a Constituição Financeira, na sua projeção totalizadora do Estado, não se limita por fins prévios, como ‘fins do Estado’. Os fins e valores da Constituição foram eleitos pelo poder constituinte ao tempo do exercício da soberania que coloca uma nova Constituição em vigor, como expressão de certeza jurídica e previsibilidade constitucional”.¹⁶³

Os gastos públicos devem ser orientados pelos objetivos constitucionais. Eles são vinculados aos fins estabelecidos na Constituição, de forma que a alocação de recursos em programas contrários aos fixados na Constituição atrairia a inconstitucionalidade do gasto. O dinheiro público deve ser utilizado naquilo que foi estipulado pela vontade coletiva constituidora das regras fundamentais.

¹⁶¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do direito tributário*. 7ª ed. São Paulo: Noeses. 2018. p. 67.

¹⁶² BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. in BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco; BEDÊ, Fayga. (coord.) *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiro, 2006. p. 219-251. p. 246.

¹⁶³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 76.

2.2.1 Fundamentos expressos na Constituição

Os fundamentos e os objetivos da República foram definidos pelo poder constituinte. Estão previstos na Constituição Brasileira nos artigos 1º e 3º, respectivamente. A soberania do poder constituinte do povo é amplamente admitida no constitucionalismo contemporâneo.¹⁶⁴ É desse poder que se retira as decisões políticas fundamentais do Estado. É o poder constituinte, instituidor do Estado, que titulariza a vontade do povo e elege as diretrizes do Estado. O poder constituinte, ilimitado juridicamente, é a fonte de produção das normas constitucionais. Detém o “poder de fazer uma Constituição e ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado”.¹⁶⁵ É ele quem possui a legitimidade de traçar as normas que guiarão o Estado, a sociedade, e a relação de um com o outro. Pelo poder político do constituinte cabe “instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham norma jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”.¹⁶⁶

O artigo 1º da Constituição prevê que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, uma democracia sob o império das leis, e tem como fundamentos a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, e o pluralismo político. Estabelece que internamente não existe autoridade superior que a do Estado. É um poder político supremo e independente. Não se limita a nenhum outro poder na ordem interna e é independente na sociedade internacional.¹⁶⁷ A cidadania indica que ao povo deve ser viabilizada a titularidade do poder político do Estado. A inclusão da cidadania como fundamento da república indica uma inserção do povo como tomadores de decisão da República, cabendo ao Estado aperfeiçoar os direitos políticos dos integrantes do povo de seu território.¹⁶⁸ O pluralismo político reforça a ideia de democracia e de liberdade. “O indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, imune a intromissões de terceiros”.¹⁶⁹ Os indivíduos tem o direito de adotar suas opções políticas e ideologias, cabendo a sua defesa pelo Estado.

¹⁶⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 72.

¹⁶⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 245.

¹⁶⁶ CAETANO. *op. cit.* p. 130.

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 132.

¹⁶⁸ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Cidadania e democracia*. Lua Nova, São Paulo, n. 33, P. 5-17, 1994. p. 6.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 156

Ainda dentre os fundamentos da república, chama atenção a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho, e a livre iniciativa. Tais fundamentos asseveram que o indivíduo é o centro da república brasileira. Não é o cidadão quem deve servir ao Estado, mas o Estado quem deve agir para assegurar o bem-estar dos indivíduos. A dignidade, em conjunto com a pluralidade, informa que o ser humano é um ser único, devendo ser encarado com toda sua complexidade, e não como uma peça da engrenagem estatal. Toda pessoa é única, e por mais similitudes ou diferenças que possam existir entre os indivíduos, todos são seres dotados de sentimentos, consciência, desejos, sonhos e aspirações. Pelo princípio da dignidade do ser humano o Estado deve propiciar que os indivíduos sejam capazes de se desenvolver e ter ao mínimo as condições de uma existência compatível com o atual estágio civilizatório.

O fundamento constitucional da livre iniciativa¹⁷⁰ e dos valores sociais do trabalho resultam na valorização do trabalho. Torna fundamental o seu caráter social, conferindo tratamento peculiar. “O trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”.¹⁷¹ A livre iniciativa é “a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado”.¹⁷² Os indivíduos tem a liberdade para exercer suas atividades econômicas e têm direito ao resultado dessa atividade. Não se limita apenas ao entendimento de liberdade de empresa, ou de liberdade econômica plena, até porque há alguns condicionantes relacionados ao exercício de atividades danosas (poluidoras etc). A livre iniciativa abrange todas as “formas de produção, individuais ou coletivas, como a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa”.¹⁷³

A doutrina entende também que a livre iniciativa seria um dever de não intervenção do Estado, ou como um limitador da atuação estatal no domínio econômico (como por exemplo por meio de empresas públicas).¹⁷⁴ Contudo, o fundamento da livre iniciativa não

¹⁷⁰ Hayek já criticava o termo livre iniciativa, para quem “sem uma definição da livre esfera do indivíduo, pouco significam”. HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. vol I. Trad. Anna Maria Copovilla et. al. São Paulo: Visão. 1985. p. 159.

¹⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 200.

¹⁷² *Ibidem*. p. 203.

¹⁷³ BERCOVICI, Gilberto. *Os princípios estruturantes e o papel do Estado*. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso (org.). *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: Ipea, 2009. p. 255-291. p. 259.

¹⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio P.; MENDONÇA, José Vicente S. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741. p. 723.

deve ser encarado somente sob esse espectro. Há que se entender ainda como uma prestação positiva do Estado.

A livre iniciativa, além de ser caracterizada pela liberdade econômica, ainda pressupõe o direito à propriedade privada. Está conectada à ideia de competição entre agentes econômicos, possibilidade de trocas voluntárias (comércio), e realização de lucro. Não se trata de um conceito simplista de liberdade, mas de algumas condições para que se possa alcançar o fundamento da livre iniciativa, sendo o papel do Estado de manter as regras para proteger as condições para a livre iniciativa, tais como a garantia da propriedade e o cumprimento dos contratos.¹⁷⁵ Conforme afirma Eros Grau, "a ordem pública, para além da racionalidade da generalidade da lei, garante a execução dos contratos".¹⁷⁶

Ao estabelecer a livre iniciativa como fundamento da república, o Estado não só deve permitir que os indivíduos sejam capazes de estabelecer relações econômicas, mas deve propiciar as condições para que isso aconteça. Deve diminuir os custos das transações, proteger mercado competitivo, e possibilitar que agentes econômicos obtenham os seus lucros. Além disso, ao se incluir a livre iniciativa como princípio fundamental, ainda indicou que a República Federativa do Brasil adota o sistema capitalista em que se permite a propriedade privada e que os indivíduos possam empreender.

2.2.2 Objetivos Constitucionais

No tocante aos objetivos, a Constituição da República do Brasil estabelece, de maneira um tanto genérica, como objetivos fundamentais (art. 3º): a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I); desenvolvimento nacional (inc. II); erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais e regionais (inc. III); e promoção do bem de todos (inc. IV).

O texto não pode ser tomado como meras declarações e tampouco se constituem em diretrizes ou regras de aconselhamento. Conforme Regis Oliveira, são princípios jurídicos que denotam valores essenciais, de enorme relevo social, constituindo objetivos básicos nacionais. “São princípios impositivos e jurídicos, a saber, são dotados do mínimo de eficácia

¹⁷⁵ BUTLER, *Eamonn. Foundations of a Free Society*. Southampton: Hobbs the Printers Ltd. 2013. p. 89

¹⁷⁶ GRAU. 2018. *op. cit.* p. 17.

exigido para consolidação dos direitos encampados no Texto Maior”.¹⁷⁷ Como expressam finalidades, metas a serem alcançadas pelo Estado, esses objetivos são um dever imposto à atuação estatal. Deve-o perseguir. No direito português, Catarino elenca todos esses objetivos acima listados como sendo “princípios gerais do Estado financeiro”. O Estado, por meio de sua atividade financeira, deve agir pautado com base nesses princípios.¹⁷⁸

Segundo Comparato, mesmo diante das proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, a orientação finalística da ação governamental existe até mesmo nos Estados guiados por um modelo neoliberal mais contundente.¹⁷⁹ Também em Estados marcado com uma carga menor de intervenção estatal é possível verificar que a maior ou menor intervenção advém de uma orientação finalística.

Pela leitura do texto constitucional não se é possível definir com certeza as principais prioridades acerca da alocação de recursos públicos. O direcionamento da atividade financeira do Estado não é deduzível somente dos objetivos elencados no art. 3º. Pode-se dizer que até certo ponto, os objetivos são contraditórios, uma vez que na prática, as políticas desenvolvimentistas muitas vezes se chocam com os objetivos de redução das desigualdades e de bem-estar social. O que se consegue deduzir dos objetivos constitucionais com certa margem de segurança é que a Constituição aponta para uma atuação estatal voltada mais fortemente para o aspecto social. Determina uma atuação do Estado em relação à justiça social, desigualdades e bem-estar social. Ao longo do texto constitucional estabelece uma gama de direitos aos cidadãos e obrigações do Estado nesse sentido.

Pela análise dos objetivos constitucionais é possível perceber que não se adota o constitucionalismo liberal de um estado gendarme, no qual a constituição política teria por objetivo manter quase que precipuamente a liberdade, segurança, e liberdade.¹⁸⁰ Aliás, pelos objetivos constitucionais é impossível presumir de alguma forma que a intenção seja de manter o *status quo* da sociedade. Transparece a finalidade de alterar as estruturas sociais.

O Estado brasileiro, seguindo uma tendência contemporânea, afastou-se do liberalismo do *laissez faire*, em que o Estado pouco ou nada intervém, para adotar uma atuação

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 413.

¹⁷⁸ CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 140. O autor elenca como “princípios gerais do Estado financeiro”: princípio da independência e soberania nacional; princípio da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; princípio da consagração da economia de mercado e da livre iniciativa; princípio da proteção da propriedade privada; e princípio democrático.

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, p. 39-48, 1998. p. 43.

¹⁸⁰ CANOTILHO. *op. cit.* p. 111.

mais social.¹⁸¹ O Estado liberal, segundo aduz Bonavides, não traduz e tampouco se arvora do ideal da democracia. Inicialmente o liberalismo era uma ideia aristocrática e nada tinha a ver com a democracia. “O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão”.¹⁸² Com o advento do Estado Social, em que se vislumbrou direitos mínimos e bem-estar dos cidadãos, o Estado se torna Dirigente. Nesse modelo os “Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas”.^{183 184}

Conforme anota Bercovici, a orientação finalística e o componente transformador são características do constitucionalismo social do século XX. Segundo o autor “as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As Constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é ‘programática’, hoje diríamos ‘dirigente’.”¹⁸⁵

Para se ter um comparativo, a Constituição de Portugal, diferentemente da brasileira, não traz em seu texto os objetivos da República. Ao invés disso, dispõe expressamente sobre as tarefas fundamentais do Estado.¹⁸⁶ Canotilho afirma que o art. 2º, conjugado com outros artigos, “sugere a existência de um objetivo a realizar através da democracia”.¹⁸⁷ É nesse artigo que a República Portuguesa busca “a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. Segundo Canotilho, a democracia econômica, social e cultural é um princípio constitucional sendo um

¹⁸¹ CATARINO. *op. cit.* p. 51.

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 52.

¹⁸³ COMPARATO. *op. cit.* p. 43.

¹⁸⁴ Nesse aspecto, a Constituição Financeira ganha ainda mais importância. Segundo Torres: “o Estado Social é impensável sem a Constituição Financeira, posto que a sua essência repousa na definição constitucional das limitações do poder de tributar frente às liberdades individuais e à propriedade privada”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 520)

¹⁸⁵ BERCOVICI. 2006. *op. cit.* p. 241.

¹⁸⁶ Constituição da República Portuguesa. Art. 9º. São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

¹⁸⁷ CANOTILHO. *op. cit.* p. 288.

comando organizatório da “prossecação de tarefas pelos poderes públicos. A administração pública é uma administração socialmente vinculada à estruturação de serviços fornecedores de prestações sociais (ensino, saúde, segurança social).” O Estado não estaria obrigado a prestar os serviços diretamente, podendo ser delegados aos particulares, mas ao acesso aos bens públicos tais como ensino, energia, saúde, água, comunicação, crédito devem ser universais. Além disso, “devem ser igualitários (prestam-se a todos que reúnam as condições de utente) e progressivos (através de tarifas redistributivas pode servir-se quem menos tem). Por sua vez, as condições de acesso à rede por parte das empresas devem ser objectivas, transparentes e não discriminatórias”.¹⁸⁸

O constitucionalismo português parece orientar os gastos públicos de maneira menos abstrata que o sistema brasileiro. Pela construção portuguesa é possível facilmente deduzir o objetivo constitucional em relação aos direitos das despesas. É um sistema inclusivo no qual o Estado deve estruturar os serviços fornecedores várias prestações sociais de maneira universal e progressivo.

No Brasil, analisando os objetivos constitucionais, não se mostra tão clara a forma como o Estado deve prestar seus serviços sociais, e tampouco a maneira de alocar os recursos públicos. No entanto, é possível verificar que se deve tentar realizar os objetivos sociais conjugados com um projeto de desenvolvimento nacional. Por esse aspecto, não se mostraria condizente com a nova ordem constitucional um plano econômico como o regime militar brasileiro, o qual o ex-ministro do planejamento Antonio Delfim Netto afirmou que deveria “fazer o bolo crescer, para depois dividi-lo”. Pelos objetivos do Estado estampados na Constituição, há que se atentar para a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e promoção da igualdade. Um projeto nacional que atenda somente algumas das finalidades seria claudicante e inconstitucional. Deve-se conjugar crescimento com a construção de uma sociedade justa, promovendo-se o bem de todos.

2.2.3 Objetivos da Constituição Financeira

A atividade financeira do Estado, de maneira resumida, circunda tudo aquilo que se arrecada (receita) e tudo que se despense (despesas). Ao se incumbir o Estado de prestar tarefas, o ente público acaba necessitando de recursos financeiros, e por conseguinte, deve

¹⁸⁸ *Ibidem.* p. 344.

efetivar as despesas para alcançar os objetivos eleitos na legislação. Como afirma Regis Oliveira “o ordenamento normativo traça os fins; o direito financeiro busca os meios para das condições a que sejam satisfeitos”.¹⁸⁹

A atividade financeira pública é definida como o conjunto de atos praticados pelo Estado com o escopo na obtenção, gestão e aplicação dos recursos financeiros visando a atingir os fins entendidos como socialmente relevantes. Existe uma dimensão finalista clara que é a de servir a comunidade de modo que os recursos comuns possam “inequivocamente resultar, a todos os níveis, uma tão ampla quanto possível satisfação das necessidades comuns, visando a plena e integral realização do homem em comunidade”.¹⁹⁰

A Constituição da República (constituição total) estabelece as normas gerais sobre a atuação estatal, conferindo competências e responsabilidades, e as normas constitucionais sobre a atividade financeira do Estado (constituição financeira) especifica como deverá ocorrer a atuação dos entes públicos em relação às finanças. Segundo Ricardo Lobo Torres, “a constituição financeira é o subsistema constitucional que dispõe sobre os princípios e regras constitucionais da atividade financeira do Estado”.¹⁹¹

O direito constitucional financeiro “tem por objeto o conjunto de normas do sistema nacional que regulam, direta ou indiretamente, a atividade financeira do Estado, na sua manifestação de poder financeiro”.¹⁹² De um lado ele se ocupa das regulações e limitações do poder financeiro do Estado, e de outro, preocupa-se na “irradiação dos direitos fundamentais no sentido da concretização dos direitos e deveres via legislação. Estuda as teorias da conformação dos direitos fundamentais e da efetivação dos direitos sociais”.¹⁹³

A constituição financeira como um subsistema da chamada constituição total não pode ser interpretada de maneira dissociada desta última. É a constituição total quem deve guiar os objetivos da constituição financeira, determinando a atividade financeira do Estado. Nesse ponto, parte-se do mesmo pressuposto que Heleno Torres na sua teorização da Constituição Financeira, o qual concebe esta como “parcela material da constituição total que rege a atividade financeiro do Estado Social e Democrático de Direito”.¹⁹⁴

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 153.

¹⁹⁰ CATARINO. *op. cit.* p. 18.

¹⁹¹ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 3.

¹⁹² TORRES, Heleno. *op. cit.* p. 54.

¹⁹³ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 63.

¹⁹⁴ TORRES, Heleno. *op. cit.* p. 72.

As decisões fundamentais descritas na Constituição estatal devem ser parâmetro de aplicação das respectivas normas financeiras e o vetor interpretativo do subsistema da constituição financeira. “A Teoria da Constituição Financeira não pode deixar de ostentar a mesma dimensão política, que decorre da política ínsita no programa da Constituição”.¹⁹⁵ As normas contidas na constituição financeira deve seguir o programa da Constituição. É nessa linha que Scaff também define o direito financeiro como “o direito que regula o aspecto financeiro das políticas públicas voltadas ao cumprimento dos objetivos constitucionais”.¹⁹⁶ Segundo o autor o objeto de estudo do direito financeiro é “como o Estado arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como isso é organizado e controlado, visando a consecução dos objetivos constitucionais”.¹⁹⁷

Devido ao fato de o Estado conter obrigações e objetivos delineados na Constituição, o direito financeiro não é apenas uma regulação procedimental e protocolar estatal. Mesmo antes do fenômeno relativamente recente de constitucionalização de alguns campos dos direitos, tais como do direito civil e processual, já era possível afirmar que o direito financeiro já era imbuído dessa característica constitucional. O direcionamento e eleição de prioridades para gastos públicos é da própria essência do Estado.

A ideia de que a regulação financeira do Estado tem por utilidade tão somente a manutenção das existentes atividades estatais, pressupõe que o Estado sempre existiu nesse formato com as atribuições atuais, e eternamente será dessa maneira. O Estado democrático, entendido como um ente composto por indivíduos e direcionado pela vontade da maioria destes, pode com o decorrer do tempo alterar suas prioridades, e cabe ao direito financeiro propiciar que o Estado atinja seus desideratos. Muito mais que um simples pagador de salários, o Estado deve planejar e executar as políticas públicas. Para isso tem que arrecadar, e posteriormente realizar a despesa pública. O direito financeiro não se limita a organizar o Estado internamente, realizando a contabilidade pública e a ordenação das despesas. “Debruça sobre interesses máximos da sociedade, como a formação do patrimônio estatal, fluxo de riqueza, assim como a forma como o Estado aplica seu patrimônio e arrecada suas receitas”.¹⁹⁸

Assim, o direito financeiro e seu regramento constitucional por meio do subsistema da constituição financeira deve ter por finalidade propiciar que o Estado atinja seus

¹⁹⁵ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 168.

¹⁹⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, república e direito fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 80.

¹⁹⁷ *Ibidem.* p. 80.

¹⁹⁸ TORRES, Heleno. *op. cit.* p. 62.

objetivos maiores. É dotado de autonomia científica, fins e objetivos próprios, no entanto, sua feição de servir como o motor para a efetivação das decisões fundamentais do povo deve ser sua marca inerente. O objetivo do direito financeiro é “dar efetividade aos direitos constitucionais”.¹⁹⁹ Isso porque sem recursos financeiros o Estado é incapaz de cumprir suas funções. A Constituição Financeira, tomada como um subsistema, “visa a garantir certeza do direito e a estabilidade sistêmica ao longo de toda a aplicabilidade das competências do direito financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social”.²⁰⁰

Em suma, o objetivo maior da constituição financeira é a efetivação da constituição total. Segundo afirma Scaff, o direito financeiro não deve ser instrumento de *qualquer* finalidade, “ele deve ser estudado como um instrumento que busque atingir determinada finalidade e que tenha conteúdo específico. No Brasil, essa finalidade e esse conteúdo constam dos fundamentos (art. 1º) e dos objetivos fundamentais (art. 3º) da Constituição”.²⁰¹

2.3 DIREITO DAS DESPESAS NA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Primeiramente, explica-se o uso do termo “direito das despesas”²⁰². A expressão mostra-se útil em vista de todo o arcabouço que regula a atividade estatal de alocar recursos públicos. O termo “direito financeiro” não capta a especificidade jurídica e política do fenômeno do gasto público. Ela é ampla em demasia, uma vez que abarca o crédito público, orçamento e até mesmo o direito tributário. Direito das despesas, pelo menos no âmbito do presente trabalho, refere-se à juridicidade que circunda o fenômeno da decisão referente ao gasto público, as regras que determinam a alocação dos recursos públicos.

Se no campo da arrecadação o direito tributário é bastante normatizado constitucionalmente, estabelecendo uma gama de princípios e direitos dos contribuintes (p. ex.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Regis. 2019 *op. cit.* p. 437.

²⁰⁰ TORRES, Heleno. *op. cit.* p. 75.

²⁰¹ SCAFF. *op. cit.* p. 81.

²⁰² A expressão “direito das despesas” é utilizada por João Ricardo Catarino e se relaciona com as regras de realização da despesa pública, incluindo regras de contabilidade pública, funcionamento do tesouro público e demais regras de direito público. CATARINO. *op. cit.* p. 26.

princípios da capacidade contributiva, anterioridade, irretroatividade, não-confisco etc.), no que tange às despesas públicas, a Constituição da República não se mostrou tão prolífica. Comparativamente à forte regulação do poder arrecadatório, quanto à utilização do dinheiro público, concedeu ao tomador de decisão uma maior discricção no tocante à sua disposição.

A Constituição estabeleceu algumas vinculações explícitas quanto ao gasto público. Determinou, por exemplo, um piso para os gastos com saúde e educação da União e dos demais entes subnacionais. Trouxe regras e restrições quanto ao manejo do dinheiro público, inserindo vedações concernentes a manobras orçamentárias. No entanto, diferentemente do direito tributário, na regulação das despesas, não trouxe uma gama de direitos individuais para os cidadãos.

Isso impacta na possibilidade de intervenção judicial. Os tribunais, de uma forma geral, não admitem um cidadão demandar individualmente para o gestor direcionar o gasto público para realizar obras de saneamento básico, ou para solicitar que seja colocada iluminação pública na sua rua. Salvo alguns casos envolvendo o direito à saúde, a imposição de obrigatoriedade do gestor de gastar em fim específico é bastante restrita. Por mais que se aceite a ideia de intervenção judicial nas políticas públicas, a hipótese em nada assemelha à litigiosidade do meio tributário, o que reflete a normatização distinta entre as matérias. O tomador de decisão tem muito mais liberdade na alocação dos recursos públicos do que na sua arrecadação.

Catarino entende que essa diversidade de tratamento entre o direito arrecadatório e o direito das despesas é paradoxal. A singeleza na qual é analisada a despesa pública em comparação à pujança do direito tributário advém de uma ideia geral incorreta de que os gastos do Estado estão atrelados à um controle muito estrito, que devido aos órgãos de controle financeiro, eventuais problemas seriam dirimidos. No entanto, os temas envolvendo a despesa pública tem ganhado corpo, principalmente, em razão da consciência da fragilidade do controle e da necessidade de se observar uma perspectiva mais substancial do que formal do gasto público.²⁰³

A despeito da existência de liberdade na realização das despesas públicas, o tomador de decisão deve ficar vinculado aos fundamentos e objetivos constitucionais. É por meio do gasto público que é possível o Estado atingir, ou pelo menos mirar, nas finalidades delineadas na Constituição. É por meio dele que o Estado deve buscar garantir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, e erradicar a pobreza. As rodovias,

²⁰³ CATARINO. *op. cit.* p. 406.

portos, aeroportos, pontes, hospitais na quase totalidade das vezes depende de dinheiro público. Desde os programas de conscientização contra a discriminação até a instituição de tipos penais para coibí-la depende de direcionamento de recursos financeiros do Estado. Sem a realização de despesas públicas não se é possível implementar políticas visando o bem-estar coletivo.

Se a forma como Estado utiliza o dinheiro do contribuinte não é disciplinada da mesma maneira que a forma como o Estado angaria seus recursos, há se investigar quais os parâmetros para a realização das despesas públicas. Nesta toada, os gastos devem obedecer à constituição total. A eleição das prioridades e das políticas públicas devem estar consonantes com as decisões fundamentais da sociedade.

As políticas públicas não devem ser encaradas de modo estático. Com a evolução da sociedade há que se atentar para as alterações nas formulações das mesmas. No entanto, há que se atender ao estatuído na Constituição.²⁰⁴ Ao tratar da adequação do direito financeiro à teoria da constituição financeira, Heleno Torres estabelece pressupostos, que se encaixam na questão relativa aos gastos. O primeiro é relativo ao Estado democrático de direito. Considerando a Constituição como decorrência dos anseios do povo, a constituição financeira depende do modelo de Estado que a constituição total constitui juridicamente. O gasto estatal deve ser orientado pelos valores da democracia de participação de todos. Há que se conferir a legitimidade do gasto público para uma adequação à Constituição.²⁰⁵ O segundo é que os fins constitucionais são os definidores dos objetivos da constituição financeira. Assim, os gastos públicos para atender os objetivos da constituição financeira devem buscar atingir os fins constitucionais. E o terceiro é que para o direcionamento dos gastos devem ser considerados a constituição econômica, político-federativa e social.²⁰⁶

Há uma coincidência de fins entre a constituição total e a constituição financeira, e não podia ser outra maneira, pois a atividade financeira do Estado serve justamente para a consecução dos fins da constituição total (o que revela sua instrumentalidade). Aliás, caso se tenha que estabelecer um fim específico para a constituição financeira poder-se-ia apontar sua tarefa de propiciar a execução dos objetivos estatais. Sendo a constituição financeira um conjunto de normas e princípios que orientam a atividade financeira do Estado, seja no campo da arrecadação ou na seara da alocação dos recursos, importa dizer que não se pode entender a disciplina dos gastos públicos de maneira totalmente dissociada das receitas públicas.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 134.

²⁰⁵ TORRES, Heleno. *op. cit.* p. 76.

²⁰⁶ *Ibidem.* p. 77.

Não se mostra coerente estabelecer um regramento totalmente autônomo para o direito tributário e outro para as despesas públicas, quando ambos fazem parte da atividade financeira do Estado e estão abarcados pela denominada constituição financeira. Não se defende que a arrecadação e o gasto devam ter exatamente a mesma normatização, mas que devem compartilhar os mesmos fundamentos.

2.3.1 Aproximação entre os princípios direito tributário e o direito das despesas

Tendo em vista que as despesas públicas, assim como a tributação, fazem parte da atividade financeira do Estado, seria natural a existência de compartilhamento de regras e princípios aplicáveis tanto na arrecadação como na alocação dos recursos públicos. Contudo, a Constituição não disciplina da mesma maneira a arrecadação e a disposição dos recursos públicos, sendo o direito tributário mais explícito e pormenorizado. No direito financeiro, cabe precipuamente a doutrina extrair o regramento.

A importância de se parificar alguns princípios do direito tributário e do direito das despesas reside no fato de que tanto a atividade de arrecadação tributária, quanto a de efetivação dos gastos serem a atividade financeira do Estado. Considerando que ambas estão albergadas na mesma Constituição seria incoerente a fixação de regras contraditórias. Por exemplo, a Constituição prevê como objetivo do Estado a redução das desigualdades, o que implica no direito tributário o princípio da capacidade contributiva. No entanto, caso se admita que os gastos públicos sejam todos direcionados todos para atender a parcela mais abastada da população, implicaria na prática uma “anulação” do princípio tributário. O Estado daria com uma mão e retiraria com a outra.

No direito tributário a Constituição estabelece o princípio da legalidade tributária, impedindo a exigência ou aumento de tributo sem que lei estabeleça (art. 150, I). No direito das despesas, aponta-se o princípio da legalidade com base no artigo 165 da Constituição, regulador das leis orçamentárias, o que poderia supor o direito do indivíduo postular pela justa distribuição das receitas.²⁰⁷ Quando a lei orçamentária inclui em seu texto alguma despesa, o gestor deveria ser vinculado à realização da mesma.

O princípio da legalidade funciona de maneira diferente no campo a arrecadação e da despesa. Quanto uma lei institui um tributo, a administração pública tem o poder-dever de

²⁰⁷ OLIVEIRA, Regis. 2019 *op. cit.* p. 438.

realizar a exigência daquele tributo, conforme previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional. A autoridade tributária não tem o poder discricionário de exigir ou não o tributo. No tocante à realização dos gastos, ressalvado os casos de despesas obrigatórias (saúde e educação), é comum a prática de o gestor descumprir a lei orçamentária. Devido à não observância do princípio da legalidade, há uma “baixa vinculação/aderência dos gestores às peças orçamentárias”. Caso a execução do orçamento fosse mais atenta ao princípio da legalidade haveria menos manobras visando descumprir a lei orçamentária.²⁰⁸ A inserção da despesa na lei orçamentária acaba não gerando a previsibilidade do gasto e tampouco vincula o gestor.

Uma prática bastante comum é o contingenciamento de despesas, que não passa de um corte de despesas que seriam empregados para determinada finalidade. É um corte porque não se tem garantia alguma que a verba será alocada para aquele fim em um futuro próximo. Conforme a doutrina, o contingenciamento das despesas realizado pelo gestor somente seria legítima nos casos em que houvesse arrecadação abaixo da previsão orçamentária.²⁰⁹ A não realização da despesa prevista no orçamento não acarreta somente uma frustração para o destinatário do gasto. A tradição de não se cumprir o que está determinado no orçamento importa na impossibilidade de planejamento para os setores que executam a despesa.

A regra da anualidade tributária era prevista constitucionalmente. Inserida na Constituição de 1946 por influência deputado constituinte Aliomar Baleeiro, constava no texto constitucional que nenhum tributo “será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária”. A previsão orçamentária para a receita tributária era ato-condição para a exigência do tributo. Tal fato acarretava um direito para o contribuinte de se antecipar por um período razoável para a nova exação. Com o tempo a anualidade perdeu força e se transformou na anterioridade.²¹⁰ Atualmente, o princípio da anterioridade tributária está consubstanciado na regra constitucional da não exigência do tributo no mesmo exercício financeiro no qual foi criado (art. 150, III, b). No direito tributário, ainda existe a regra da noventena que impede de exigir o tributo antes de noventa dias da data da edição da Lei (art. 150, III, c). É uma garantia para o contribuinte de não ser surpreendido pela nova exação.

²⁰⁸ PINTO, Elida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, n. 5, p 71-100. 2014. p. 74.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 446.

²¹⁰ FERAZ; GODOI; SPAGNOL. *op. cit.* p. 224.

No campo dos gastos públicos pode-se apontar como seu semelhante a “regra da anualidade”, sob a qual toda despesa pública deve estar contida na lei orçamentária previamente aprovada. Regis Oliveira aponta diversas passagens constitucionais que indicam a existência da regra, tais como a vedação de início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I); a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II); a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital (art. 167, III); e a necessidade de dotação orçamentária suficiente para atender aumento de remuneração de servidores públicos (art. 169, § 1º, I).²¹¹

Na atividade financeira estatal faz-se de supina importância a existência de uma regra que permita a não-surpresa. Seja ela denominada de anualidade ou anterioridade. Os cidadãos e os membros dos setores econômicos privados devem ter a capacidade de conhecer de maneira antecipada as ações do governo para poder se preparar e se planejar. Da mesma forma que é relevante alguém saber do montante de sua carga tributária no exercício seguinte para realizar o planejamento e investimentos, faz-se importante conhecer como o governo fará o direcionamento do dinheiro por ele arrecadado.

Para se ter uma ideia da seriedade da situação envolvendo a regra da anualidade/anterioridade do gasto público, basta imaginar a execução de uma obra envolvendo uma grande reforma de uma movimentada avenida, ou o pagamento de auxílio financeiro para uma grande parcela da população. Essas situações demandam a formulação de estratégia para a preparação na alteração no volume das atividades comerciais. A observância mais estreita da regra da anualidade mostra-se importante também para a segurança jurídica, mais precisamente na calculabilidade, possibilitando os cidadãos poderem calcular e programar acerca das ações estatais. A calculabilidade, enquanto elemento da segurança jurídica, “é instrumento para que o indivíduo seja capaz de planejar e de conceber o seu futuro, aumentando o seu âmbito de livre ação”.²¹² Portanto, a ideia de anualidade das despesas públicas, na qual se permite o cidadão se preparar para o gasto público é ínsito à segurança jurídica.

O princípio da capacidade contributiva no direito tributário, segundo a doutrina, é corolário da igualdade e está em consonância com o objetivo da República relativo ao princípio da solidariedade. Busca-se atingir a máxima de que “cada contribuirá com quanto

²¹¹ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 438.

²¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 610.

puder para o bem de todos”.²¹³ O cidadão deve contribuir para as despesas públicas na proporção de sua capacidade econômica. O Estado deve fazer incidir os tributos sobre a externalização latente da riqueza. Na Constituição, o princípio vem expresso no artigo 145, §1º ao afirmar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. No direito das despesas públicas, um princípio similar ao da capacidade contributiva foi nomeado pela doutrina de princípio da capacidade receptiva. Segundo o qual “aqueles que têm menos devem ser aquinhoados pelo Estado com maior aplicação de recursos”.²¹⁴ Atendendo ao comando constitucional de construção de uma sociedade solidária, a capacidade receptiva deve guiar as despesas públicas para alocar os recursos públicos no atendimento aos que detém maior necessidade.

O princípio da seletividade com previsão expressa para o ICMS e IPI é vinculado à essencialidade do produto sobre o qual incide a tributação. Nos casos referidos, os impostos “podem ter alíquotas variadas, não em função da base de cálculo, como na progressividade, mas em função dos próprios produtos”.²¹⁵ Pelo princípio, a atividade financeira do Estado deve incidir de maneira menos gravosa sobre os produtos mais essenciais para a população, tais como gêneros alimentícios de primeira necessidade, e itens de higiene pessoal. Se a arrecadação do Estado deve evitar atingir os produtos mais essenciais para a população, por via transversa, os gastos públicos deveriam priorizar o fomento para a produção desses produtos. Pode-se dizer que a existência de um princípio da essencialidade do gasto público, no qual a despesa deve ser direcionada para os setores que produzem itens essenciais, e se for caso, para auxiliar na compra de produtos essenciais para os cidadãos. Assim, o poder público teria que se esmerar em propiciar uma infraestrutura para a produção de itens de primeira necessidade da população.

A atividade financeira estatal de alocar recursos públicos deve guardar correspondência com a atividade de arrecadar do Estado. A tributação pelo Estado e a alocação dos recursos públicos devem atender à mesma finalidade constitucional.

²¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 356.

²¹⁴ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 439.

²¹⁵ SCHOUERI. *op. cit.* p. 425.

2.3.2 Não neutralidade do Estado

Na antiguidade, a atividade financeira estatal não tomava em consideração a riqueza possuída ou capacidade contributiva dos cidadãos. Assim ocorreu no período medieval até o estado absolutista, inclusive. Com o fortalecimento do Estado não houve mudança significativa da estrutura do poder financeiro público. Com o liberalismo no século XVIII e o abandono do Estado patrimonial, ganhando a tributação maior importância no cenário econômico, surgiu a ideia da atividade financeira neutra do Estado.²¹⁶

As finanças neutras tinham como pilares: um modelo econômico privado detidos por agentes agindo em um mercado livre; poucas funções do Estado e ausência de intervenção estruturante na economia; atividade econômica pública mínima ou inexistente, não cabendo ao Estado exercer funções econômicas em concorrência com os agentes de mercados; e, como consequência um sistema financeiro público simplificado, sendo a tributação bastante suavizada devido à diminuta prestação de serviços pelo Estado.²¹⁷

É comum encontrar juristas realizando a defesa da neutralidade da atividade financeira do Estado, principalmente no campo da tributação. Entende-se que para uma maior eficiência econômica, o Estado deveria se distanciar de um modelo intervencionista, adotando uma postura mais neutra em relação aos agentes econômicos.²¹⁸ O Estado deveria propiciar a autorregulação do mercado. A defesa da neutralidade é interessante em certos aspectos (p. ex. uma menor carga tributária e a manutenção de uma estrutura estatal menos sobrecarregada) mas se adotada de forma radical é um tanto discrepantes dos objetivos constitucionais.

O princípio da neutralidade da tributação prega a tributação neutra quanto aos seus efeitos na economia.²¹⁹ A exação fiscal era encarada com um mal necessário, e que não deveria interferir no natural desenvolvimento do fenômeno econômico. O entendimento era bastante difundido até a ideia de extrafiscalidade tributária ganhar força com Adolph Wagner. Até então, a atividade do Estado era pautada na Regra de Edimburgo da máxima neutralidade

²¹⁶ CATARINO. *op. cit.* p. 39-46.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 48.

²¹⁸ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação e Política Fiscal. in Eurico Marcos Diniz de Santi; Paulo de Barros Carvalho (orgs.), *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*, São Paulo: Noeses, 2005, pp. 557-579.

²¹⁹ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. in: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e limites da tributação 2: Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Lantin. 2009. p. 331-371. p. 341.

tributária (*leave them as you find them*). Estabeleceu-se uma nova concepção do fenômeno tributário, atribuindo ao tributo finalidade sociopolíticas.²²⁰

A doutrina aponta que ressaltados certos modelos tributários de impossível aplicação prática, a neutralidade fiscal é utópica, uma vez que ao se exigir tributos dos particulares, naturalmente acarreta uma intervenção que exclui a possibilidade da atuação neutra do Estado. Ao invés de se defender a neutralidade, cabe ao legislador ponderar as medidas econômicas de suas medidas, fazendo-as menos danosas à economia. Na realidade, em termos de tributação, quando se analisa a neutralidade, refere-se à concorrencial, não devendo o Estado promover o desequilíbrio da livre concorrência, significando que os produtos similares devem ter a mesma carga fiscal.²²¹

A discussão sobre a neutralidade estatal, principalmente da sua atividade financeira, vem à tona com a assunção de governos liberais. Se a total da ação neutra do Estado não se mostra possível, a tentativa de aproximação seria passível de algum amparo. A questão da defesa de um Estado neutro não é uma simples opção política oriunda do liberalismo, mas sobretudo em relação ao próprio entendimento do que seja neutralidade e de suas implicações.

O Estado neutro é primeiro produto da técnica, não possui valores. Independe de conteúdos substanciais de justiça ou moral. Não há a preocupação se o Estado é bom ou mau, mas sim se a máquina estatal funciona ou não, deve apenas garantir a segurança do indivíduo em troca da obediência às suas leis. "Nesse processo de neutralização e tecnicização do direito em lei (e da Constituição em lei constitucional), o Estado se transforma em um sistema positivista de legalidade, em um Estado de Direito, formal e neutro, reduzindo a legitimidade à legalidade".²²²

Há duas características indicadas por Bercovici relativo à neutralidade do Estado. Diferentemente do que se possa imaginar, a neutralidade do Estado pressupõe um Estado forte, que consegue se impor frente aos anseios da parcela da população. "O Estado neutro é um Estado forte". A neutralização e despolitização da economia necessitam de um Estado com liderança política.²²³ A intervenção do Estado, mormente aquelas realizadas por governos populistas, muitas das vezes denota divergências entre os cidadãos. O governante é obrigado a atender certas camadas da população e intervir na sociedade para conseguir

²²⁰ ADAMY, Pedro. Origens teóricas da extrafiscalidade. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, p. 367-376, 2018. p. 370.

²²¹ SCHOEURI. *op. cit.* p. 52.

²²² BERCOVICI. 2003. *op. cit.* p. 59.

²²³ *Ibidem.* p. 84

estabilidade institucional. A outra característica é de que o Estado não-intervencionista tinha autonomia frente a sociedade. Havia uma separação bastante clara entre a sociedade e o Estado. Somente com o aumento da representação popular por meio do sufrágio universal, o povo passou a ocupar o espaço na formação da atuação estatal e cessou a dissociação entre o poder público e sociedade. Em consequência, o Estado passou a agir para satisfazer as necessidades e demandas da população, abandonando os postulados da neutralidade e não-intervenção estatais.²²⁴

O estudo da neutralidade do Estado não circunda apenas a atividade financeira estatal. A análise também é realizada sob qualquer aspecto relativo à intervenção do poder público sobre a vida social, como por exemplo a postura do Estado sobre a religião, educação e costumes.

A defesa da neutralidade estatal e de sua atividade financeira nasce da ideia de que o Estado não deveria impor o que ele mesmo considera como “vida boa” aos seus cidadãos. Seria contrário à liberdade. O germe da ideia é que ninguém tem o direito de reivindicar autoridade política afirmando ter uma visão privilegiada ou mais avançada de questões que ele próprio julga sensíveis.²²⁵ Então, em um modelo liberal não caberia ao Estado neutro promover ações que visem atingir certas finalidades, tais como a redução da desigualdade. Um governo liberal deve se recusar a tratar qualquer pessoa, ou plano de vida, como moralmente superior à de qualquer outro. Não deve endossar nenhuma teoria do que é o bem ou que é o mal.²²⁶

Um Estado neutro é avalorativo. Não interfere na vida dos cidadãos pelo fato de conceber que uma conduta é melhor que outra. A ideia da neutralidade fortemente conectada ao liberalismo é deixar que a sociedade se autorregule. O modo de vida das pessoas é preservado e o Estado assume um papel mínimo de apenas fornecer serviços essenciais. O denominado princípio da neutralidade estatal, ainda hoje controverso, induz que nas democracias modernas o Estado não deve forçar seus cidadãos a levar vidas que eles próprios não endossam.²²⁷

Mesmo em estados liberais, no entanto, é possível apontar dois entraves para a defesa do princípio da neutralidade estatal de maneira mais contundente. O primeiro é que a neutralidade não é o único princípio que os Estados devem satisfazer.²²⁸ Mesmo em estados que

²²⁴ *Ibidem.* p. 77.

²²⁵ ACKERMAN, Bruce. Social justice in the liberal state. New Haven: *Yale University Press*. 1980. p. 10

²²⁶ MURRAY, James R. Murray. Book Review: social justice in the liberal state. *Notre Dame Law Review*, vol. 58, p. 942-957. 1983. p. 945.

²²⁷ KIS, János. State Neutrality. in: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 318-335. p. 319.

²²⁸ KIS. *op. cit.* p. 321.

adotem o liberalismo de maneira mais explícita há que se atender outras questões impostas pela sociedade.

O segundo ponto é que a defesa da não intervenção do Estado em setores econômicos ou sociais, nada mais é do que a manutenção do *status quo*. Ao se erigir um ente supraindividual, e afirmar que ele deve intervir minimamente, o que se faz é que o Estado atue como o mantenedor da ordem socioeconômica vigente. Por outro lado, quando ocorre a não-intervenção do Estado há uma imposição de uma moral para os cidadãos, que é justamente a ordem vigente.²²⁹ Na verdade está se escolhendo um modo de vida, e nesse aspecto, não há neutralidade. Por exemplo, os movimentos que defendem a “meritocracia” como uma forma de não-intervenção do Estado, apenas enuncia que se adotou a posição não-neutra de que a pessoa deve ser recompensada com seus “próprios méritos”, não devendo o Estado adotar ações afirmativas.

Conforme Becker sustenta, a doutrina liberal capitalista ao defender a neutralidade, criticando o planejamento estatal intervencionista, olvida que o liberalismo capitalista se assenta sobre também sobre um planejamento: o programa do *status quo*. Existe um planejamento realizado pelas forças econômicas privadas para poder manter a hegemonia a partir do poder econômico natural, “intervencionismo da força bruta”, orientadas pelas “leis naturais” da economia política. Segundo o autor “o planejamento intervencionista do Estado destrói este planejamentos egoístas; estes são o instrumento da liberdade de alguns; aquele, o instrumento da liberdade de todos”.²³⁰

O Estado neutro é uma construção em que nada existe de neutralidade. Os cidadãos em posição de comando, ao estabelecer a suposta neutralidade estatal, utilizam da ferramenta para poder manter suas posições vantajosas. Não é avalorativo, mas escolhe os valores repousados na sociedade em determinado momento. Desse modo, é difícil, senão impossível, conceber a neutralidade estatal. O que existe é uma maior ou menor intervenção do Estado. Pode-se ter o aparato estatal para alterar a estrutura socioeconômica ou pode existir para mantê-lo.

Nesse passo, a Constituição do Brasil com seus fundamentos e objetivos delineados de maneira expressa, não condiz com uma defesa de que seja neutra. Ao se elencar os fins para o Estado, impregnou-o com valores e atribuiu diversas finalidades. A política liberal

²²⁹ MURRAY *op. cit.* p. 948.

²³⁰ BECKER. *op. cit.* p. 631

perdeu espaço para um planejamento no qual foi imposta a execução de políticas de aumento de bem-estar para os cidadãos.

No direito financeiro brasileiro, Massoneto e Bercovici apontam que a constituição financeira tende a ser considerada erroneamente pela doutrina como neutra. Acentuam que após as sucessivas crises financeiras do Estado, e ainda diversos planos que não conseguiram livrar o país da recessão econômica, a reestruturação das finanças públicas se esgotou no controle sobre os gastos públicos. A constituição financeira que deveria ser um suporte da constituição total e da constituição econômica passou a ser interpretada como neutra, “meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia”.²³¹ Essa ideia vai de encontro ao estabelecido pela constituição total em que a constituição financeira deve desempenhar um papel para consecução dos objetivos constitucionais em conjunto com os outros subsistemas.

2.3.3 Formulação e execução das políticas públicas

A formulação e implementação das políticas públicas não podem ser dissociadas das despesas públicas. Difícil imaginar um governo agindo de alguma forma, sem que acarrete alguma despesa. O simples fato de o Estado existir já é suficiente para que ocorram despesas para conservação de patrimônio e pagamento de seus servidores. A discussão sobre política pública não pode passar ao largo do direito financeiro, como se fosse apenas uma matéria afeta apenas ao direito constitucional e administrativo, ou somente algo fora do campo jurídico. Como toda despesa pública depende de um ingresso nos cofres do Estado, o direito financeiro se faz presente para o financiamento da política pública. E não só isso. Os gastos e o orçamento público em sua inteireza devem ser analisados para qualquer movimento estatal visando a formulação e implementação de políticas públicas.

Existe uma confusão sobre a expressão “política pública” que na realidade deriva muito pelo fato de a língua portuguesa utilizar o termo “política” para designar atividades distintas. Tudo relativo à *polis* recebe a adjetivação de político. Dentro do nosso contexto, cabe destacar que a gramática britânica tem vocábulos distintos para o que traduzimos para o

²³¹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciência Econômicas da Universidade de Coimbra*, vol. XLIX, pp. 57-77, 2006. p. 67.

português como “política”: o primeiro é *politics* que se relaciona às atividades do governo ou das pessoas que tentam influenciar a maneira como um país é governado; o outro é *policy* que significa um plano de ação ou um conjunto de regras acordado por uma empresa, um grupo político ou um governo.²³² Numa acepção é considerado como algo vinculado ao jogo de poder, em outra, como uma meta ou plano de ação.

Não se pode deixar enganar pelo termo de políticas públicas como sendo o vocábulo “política” algo despido de juridicidade. Dependendo da extensão da legislação de um Estado, uma questão “política” em determinado contexto, pode ser jurídica em outro. Dworkin relata que os tribunais norte-americanos tiveram um papel diferente dos tribunais ingleses na formação do direito do século XIX frente às necessidades da industrialização. O constitucionalismo estadunidense transformou em questões legais os problemas que na Inglaterra eram apenas políticos. Na Inglaterra discussões sobre a legislação do salário mínimo era um tema político, mas nos Estados Unidos tornou-se um tema constitucional, ou seja, jurídico.²³³

Política pública, apesar de o nome sugerir que seja uma atividade relacionada à relação de poder, não deve ser entendida como um fenômeno que envolve apenas os interesses dos tomadores de decisões do Estado. Política pode ser entendida como um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Dworkin distingue da ideia de princípio, sendo este “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.²³⁴ Embora próximos são conceitos distintos.

Essa ideia de política como objetivo ou plano de ação é compartilhado por Bucci, para quem “a política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo”. É um programa, um quadro de ação governamental com objetivo de movimentar a máquina do governo para realizar algum interesse público, ou na ótica dos juristas, concretizar um direito.²³⁵ As políticas públicas tem

²³² Cambridge Dictionary. <<https://dictionary.cambridge.org/pt/gramatica/gramatica-britanica/politics-political-politician-or-policy>> Acesso em: 07 de out. 2020.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 06

²³⁴ DWORKIN. *op. cit.* p. 36.

²³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 1-50. p. 19.

distintos suportes legais. Pode vir tanto de disposições constitucionais, como das leis, ou ainda de normas infralegais, como decretos e portarias. Algumas leis são expressas em se autodenominar como política como ocorre com a Lei 6.939/1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prevendo "fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos e sistema".²³⁶

Há um comando advindo da ordem jurídica de formulação e implementação de políticas pública. Frise-se que "política pública" tem mais conotação jurídica do que propriamente política. Os tomadores de decisão devem se esmerar para dar cumprimento às obrigações. E nisso se relaciona de maneira inexorável os gastos públicos. Deve-se planejar as políticas públicas para atender as mais diversas demandas sociais dentro de um quadro de limitação orçamentária.

A relação que se impõe entre obrigação, políticas públicas, e despesas públicas são resumidamente as seguintes: a Constituição estabelece seus fins essenciais; as políticas públicas são o meio pelo qual, de forma sistematizada, os fins constitucionais devem ser realizados; o gasto de dinheiro público se faz necessário para implementação das políticas públicas; devido a limitação de recursos públicos financeiros é preciso fazer escolhas; e devido às possibilidade e necessidade de escolha do gasto público, retorna-se à Constituição, uma vez que esta vincula as escolhas e prioridades em matéria de políticas públicas.²³⁷

Em vista da inserção dos direitos individuais e sociais na Constituição e na legislação ordinária, as políticas públicas assumem uma forte conotação jurídica, tornando imperativo a sua implementação para o atingimento dos fins constitucionais. Contudo, devido à insuficiência de recursos financeiros do Estado, deve-se fazer uma escolha sobre o direcionamento prioritários dos gastos públicos. O ordenamento jurídico concede direitos e impõe políticas públicas, mas não realiza escalonamento das políticas prioritárias. Assim, abre-se uma brecha para atuação política (não jurídica) no gasto público.

²³⁶ *Ibidem*. p. 12.

²³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direito fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, 2005. p. 91.

2.3.4 Escassez de recursos públicos

Diante a infinidade de direitos individuais a serem satisfeitos e deveres atribuídos ao Estado pela Constituição, alguns deles devem ser priorizados, e por isso a importância de se analisar a escolha. Deve-se ter um critério para se eleger quais as despesas vão ser priorizadas e quais programas serão levados a cabo pelo governo.

A decisão é sob certo ponto política porque tanto o conceito de interesse público como bem comum partem de noções éticas que podem ou não ser juridicizadas.²³⁸ No entanto, não podem ser consideradas exclusivamente políticas, pois devem obediência à Constituição da República, sendo ela o grande balizador das despesas públicas. A “decisão política não está se referindo a uma decisão aleatória, discricionária, pois o direito brasileiro impede isso. Trata-se de uma decisão política limitada pelos preceitos jurídicos, em especial pelos objetivos e fundamentos da Constituição de 1988”.²³⁹

O problema que permeia a garantia e efetivação dos direitos é a escassez de recursos públicos. Escassez não é tomado aqui como uma ausência de recursos para cumprir determinadas finalidades, ou uma completa inexistência de dinheiro para financiamento, mas no sentido de que para a promoção de uma política de bem-estar social (como parece determinar a Constituição) seria necessária uma fonte quase que inesgotável de recursos financeiros.

Ao se conceder direitos aos cidadãos como o direito à saúde, segurança, moradia e lazer (CRFB, art. 6º) é difícil se chegar à uma situação uniforme e perene na qual se poderia dizer que o cidadão está sendo plenamente atendido em suas necessidades. Tempos atrás, se um cidadão tivesse uma porção de terra para plantar e sobreviver seria considerado o suficiente em termos de prestação estatal. Bastava o Estado respeitar e garantir a propriedade individual que satisfazia a pretensão do cidadão.

O cidadão buscava uma não intervenção do Estado, por isso eram direitos de cunho “negativo”. Essa fase é vista como a afirmação dos direitos dos indivíduos frente ao Estado, direitos de defesa. Assumem importância os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, e à igualdade perante a lei. Posteriormente são complementados por um leque de liberdades, tais como a liberdade de expressão, política, reunião, associação, eleitoral, que se relacionam com a ordem democrática. É que a denomina de direito de primeira geração ou dimensão.²⁴⁰

²³⁸ SCAFF. *op. cit.* p. 129.

²³⁹ *Ibidem.* p. 299.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 56.

O importante dessa fase é a pouca necessidade de gastos públicos para a realização de direitos individuais específicos. Não existia necessidade (ou possibilidade jurídica) de o indivíduo demandar em face do Estado alguma prestação positiva. Como ao cidadão não era facultado exigir do Estado determinadas prestações, na prática inexistia custo relativo a esses direitos.

Posteriormente, advém uma nova fase de direitos fundamentais do cidadão a serem assegurados pelo Estado. Os direitos de segunda geração, ou de segunda dimensão, caracterizam-se por “outorgarem ao indivíduo direitos de prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.²⁴¹ Os indivíduos passaram a poder exigir do Estado alguns direitos que antes não eram provisionados. Não obstante poder se falar em direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, a questão colocada em pauta é acerca da segunda geração de direitos fundamentais, os quais impõe ao Estado prestações positivas. Os direitos passaram a corresponder gastos públicos, relacionando diretamente os direitos fundamentais do cidadão com obrigações estatais geradoras de custos financeiros.

Com a evolução tecnológica e social o elenco de “direitos” vai se modificando e incrementando. À medida que se conhece novas formas de bem-estar, essas novidades tendem a se incorporar na base de direitos. Por exemplo, há algumas décadas alguns tipos de câncer tinham poucas alternativas farmacológicas, sendo até mesmo comum as pessoas morrerem sem conhecer o motivo do óbito. Com o progresso da medicina tornou-se possível diagnosticar o câncer com mais precisão e com maior antecipação, o que acarreta em maior possibilidade de tratamento.

Como a prestação de assistência à saúde pelo Estado se tornou direito do indivíduo, a cada nova descoberta científica, o Estado tende a despender de mais recursos para poder realizar suas obrigações. Pode até ocorrer de descobertas científicas venham a simplificar procedimentos, e fazer com que se gaste menos, mas o que se vê é justamente o contrário. Todavia, não é só com novas descobertas médicas que as despesas do Estado são aumentadas. Quando se passa a entender, por exemplo, que o *bulling* no ensino infantil afeta o bem-estar das crianças, e que tal prática deve ser combatida pelo Estado, isso gera obrigação para o ente público, e conseqüentemente, mais despesa.

Quando o Estado cumpre eficientemente seu papel de garantir o que está disposto na Constituição e nas Leis, acaba inserindo no seu orçamento despesas com as mais

²⁴¹ *Ibidem.* p. 57.

variadas prestações. Jeffrey Straussman denunciava na década de 1980 que 40% do orçamento federal do Estados Unidos eram destinados à seguridade social, programa de alimentação, seguro desemprego, auxílio para famílias com filhos, benefícios para veteranos de guerra, programas de saúde (*medicare and medicaid*).²⁴²

Diante de tantas necessidades a serem atendidas pelo Estado, necessidades que acabam impondo uma despesa maior que a possibilidade de receita, resulta em uma permanente crise, haja vista a escassez de recursos para suprir todas as obrigações estatais impostas pela legislação. Por isso se fala em “Direito Administrativo da escassez” no qual se cogita duas soluções: ou se aumenta a receita ou se diminuem os gastos públicos (seja pela supressão de direitos, seja pelo aumento da eficiência).²⁴³ E a consequência seria a crise permanente dos direitos fundamentais, os quais não conseguem ser realizados satisfatoriamente, e em uma pressão no orçamento para a execução de tais direitos.

Quanto à alocação dos recursos públicos em prol de direitos estabelecidos pelo legislador, Straussman anota que embora os direitos raramente sejam absolutos, a retirada de um direito, uma vez criado, não é facilmente justificável do ponto de vista constitucional. Além de ser um processo politicamente difícil. São problemáticos do ponto de vista de equilíbrio orçamentário. Isso porque a criação de direitos que dependam de rubricas orçamentárias para se aperfeiçoarem afeta uma característica essencial do legislador orçamentário que é justamente o *trade off* das alocações orçamentárias. Assim, ele resume que os direitos são “inimigos” do orçamento porque inibem as escolhas entre os concorrentes.²⁴⁴

Nesse contexto, faz-se importante o vínculo entre a teoria da reserva do possível e a fixação de um conceito de mínimo existencial, como um núcleo intangível do ser humano, um mínimo do qual o Estado não poderia deixar de realizar. Diante de um cenário no qual o legislador orçamentário deve realizar escolhas de como efetivar as despesas públicas, não raramente irá se deparar com situações que demandem fazer escolhas de alocação dos recursos públicos, atendendo alguns setores da população e deixando outros com suas necessidades em aberto.

Segundo Calabresi e Bobbitt não se pode mensurar um custo adequado para a manutenção da vida de um ou outro grupo. A tomada de risco individual desafia a paridade de

²⁴² STRAUSSMAN, Jeffrey D. Rights-based budgeting. In: RUBIN, Irene S. (org.) *New Directions in budget theory*. Albany (USA): State University of New York Press. 1988. p. 101.

²⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 61, p. 55-76, 2018, p. 65.

²⁴⁴ STRAUSSMAN. *op. cit.* p. 103.

gastos, uma vez que não tem relação consistente com o custo por vida. Onde não existe um fundamento racional amplamente aceito para justificar os gastos em uma área ao invés de outra, tem-se um problema no que pode ser gasto em cada uma delas. Isso faz com que uma grande variação de valor seja possível dentro de uma única categoria. Em contextos como esses, uma abordagem que faça saltos quânticos na despesa, de modo a obter suficiência na categoria preferida, será vista como validadora da vida. As categorias podem ser prontamente vistas pela sociedade como verdadeiramente diferentes, desde que o risco seja aparente e compreensível.²⁴⁵

A alocação de recursos em determinados casos, revela-se, pelo menos na maior parte da cultura ocidental, uma escolha trágica. A priorização de certas políticas públicas deveria ser orientada por diversos critérios, que nem sempre são objetiváveis. E é nesse momento que se faz importante que o legislador orçamentário seja plural, democrático, ao invés de representar pequenos grupos. O que faz o responsável pela alocação da despesa entender pelo inaceitável direcionamento do gasto considerado supérfluo ao invés de outro setor que seria essencial, é em razão do reconhecimento do direito e da dignidade do outro.

A questão indígena ou de uma vítima da seca do semiárido nordestino, por exemplo, serve para ilustrar que se está dizendo. Somente aquele que possui o entendimento do que é estar em determinada situação que pode realizar as escolhas com razoável discernimento. Isso não se confunde com uma doutrina socialista ou de extremismo humanitário, mas simplesmente de conhecimento de problemas sociais estruturais.

O legislador orçamentário, para seguir os comandos constitucionais, deve, em primeiro lugar, estar ciente dos problemas e saber que existe uma escolha trágica a se realizar. Caso contrário, de nada adianta se falar em alocação de recursos, pois nem mesmo saberá que existem necessidades urgentes para fins de alocação de recursos orçamentários. Como afirmam Calabresi e Bobbitt: a escolha de um mecanismo de alocação deve ser precedida pelo reconhecimento de que há muitas outras decisões a serem tomadas. Assim, é preciso determinar a vantagem comparativa de usar instrumentos políticos.²⁴⁶

Além de conhecer o problema da escassez, pode-se dizer que para a realização dos fins constitucionais, tais como a construção de uma sociedade justa e solidária, o legislador orçamentário não pode adotar uma concepção de governo que destoe da própria Constituição da República. Quando um governante resolve optar por cortar problemas de combate a fome

²⁴⁵ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company. 1978. p. 137.

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 36.

para realizar investimentos em infraestrutura, na tentativa de incrementar o crescimento econômico, passando de 2% para 2,1% a projeção de aumento do PIB, há um descompasso com a Constituição. No título constitucional relativo à ordem econômica é expresso o objetivo de redução das desigualdades sociais (art. 173), não sendo consentâneo com a Constituição uma política desenvolvimentista em que propositalmente acarrete em aumento da desigualdade social.

Os limites à liberdade do tomador de decisão (impostos pela Constituição) são de fundamental importância no estudo de um orçamento sob o prisma republicano, “em razão de o mesmo se caracterizar como um sistema de vasos comunicantes, isto é, qualquer movimentação em uma rubrica de receita ou de despesa acarretará necessariamente um rearranjo no sistema orçamentário”.²⁴⁷ Desse modo, as escolhas públicas realizadas pelo legislador orçamentário são limitadas pela Constituição, mas nem sempre a normatização constitucional oferecerá balizas necessárias para conferir segurança às escolhas difíceis. A atual Constituição da República estabelece algumas determinações dos gastos públicos, mas não se consegue extrair do texto constitucional uma escala de valor para os direitos fundamentais.

2.4 GASTO PÚBLICO COMO UM PROCESSO

O gasto público não se resume no momento em que há a transferência de titularidade do dinheiro ou quando é autorizada a despesa. Tampouco se limita na figura de um agente público que decide onde o recurso será alocado. O gasto público deve ser compreendido como um processo complexo, em que participa vários agentes influenciando a tomada de decisão.

Embora cotidianamente os cidadãos (e boa parte dos juristas) concebam as despesas públicas vinculadas somente ao chefe do poder executivo, o fato é que o fenômeno vai muito além dessa percepção. Devido à robustez do Estado, o tamanho do orçamento já indica a complexidade para realizar as despesas. Entre os mais de cinco mil entes federativos existentes no Brasil, basta utilizar a União como exemplo: o orçamento de despesa da União para o ano de 2020 foi de R\$ 3,5 trilhões (Lei 13.978/2020, art. 3º). É sobre esse montante que o direito das despesas deve se debruçar e entender sua dinâmica.

²⁴⁷ SCAFF. *op. cit.* p. 294.

As deliberações tomadas sobre as finanças públicas não se resumem a um único centro decisório. Existe uma gama de agentes com poder de decisão em diversos órgãos e espalhados em diferentes entes federativos. Catarino denomina essa característica de “finanças plurilocalizadas”. Na organização governamental federativa o setor público opera através de múltiplos centros decisórios.²⁴⁸ Coexistem instrumentos do governo central com outros centros administrados pelos entes subnacionais. Além disso, devido à autonomia administrativa derivada da repartição dos poderes, ainda existem centros decisórios espalhados horizontalmente.

2.4.1 Processo de interação dos agentes

As decisões referentes ao gasto público produzem interações entre vários agentes. Brubaker divide esses agentes em três grupos: o primeiro é o público em geral, ou o povo; em seguida os representantes eleitos (chefe do executivo e parlamentares); e o terceiro grupo são funcionários da administração pública (burocratas). Os dois últimos são os agentes principais dessa estrutura, pois são eles que recebem as demandas e decidem sobre a alocação de despesas. As decisões orçamentárias resultam de interações contínuas e complexas entre todos esses atores.²⁴⁹

Sendo o Estado brasileiro de natureza democrática, na qual uma Constituição foi erigida com base na vontade do popular, aponta-se esse elemento volitivo o principal fio condutor dos gastos públicos. É da vontade de cada um dos indivíduos que se extrai as decisões fundamentais do Estado. Conforme o preâmbulo constitucional, os congressistas que votaram a Constituição Federal de 1988 eram representantes do povo. Ao se estabelecer as decisões políticas fundamentais, o povo aponta qual o caminho a ser seguido para a ação do Estado. Erige os pressupostos sobre os quais se ordenará a sociedade e estabelece os parâmetros para a atuação do Estado.

Recebendo toda a gama de influências, entra em cena o legislador ordinário, também eleito pelo povo para formular e dar maior concretude às decisões políticas fundamentais estabelecidas constitucionalmente. É o legislador quem definirá algumas políticas

²⁴⁸ CATARINO. *op. cit.* p. 185.

²⁴⁹ BRUBAKER, Earl. The tragedy of the public budgetary commons. *The Independent Review*, Oakland (CA), vol. 1, n.3, p. 353–370, 1997. p. 354.

públicas e fixará a obrigação do governo de agir desta ou daquela maneira; cria as obrigações que devem ser cumpridas pela administração pública; define regras e planos que servem como guia para o governo; cria direitos para os cidadãos e obrigações para o Poder Público, com isso impactando nos gastos públicos. Quando o legislador, por exemplo, edita uma lei concedendo direito adicional aos segurados pelo regime geral de previdência social, faz com que a administração pública tenha que direcionar o respectivo numerário para atender a nova obrigação. Da mesma maneira ocorre quando cria um direito dos cidadãos a um serviço público.

Em boa parte, os direitos dos cidadãos são exigíveis do Estado, assim, a criação de um direito resulta em uma obrigação do Estado. E todo direito a ser garantido pelo Estado importa em gasto público. Existe um custo dos direitos. Os direitos, por mais basilares que sejam, ao serem implementados acarretam custos, Holmes e Sunstein citam, por exemplo, que o direito de propriedade é custeado por meio de tributos, assim como o direito de o cidadão ser julgado pelo júri.²⁵⁰ Isso porque ao se garantir a propriedade o Estado deve ofertar segurança pública (preventiva), e se mesmo assim ocorrer algum esbulho cabe à “justiça pública” mantida pelo Estado intervir para a garantia do direito.

Nesse contexto, entra em cena o poder executivo, que tem a atribuição de planejar o orçamento tendo por meta o atendimento dos direitos engendrados pelo poder competente. O art. 165 da Constituição estabelece ser da iniciativa do poder executivo as leis que disponham sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Interessante apontar que embora teoricamente a vontade popular tenha que ser a prevalente na formação do orçamento, a iniciativa popular da lei orçamentária não se mostra constitucionalmente possível,²⁵¹ sendo esse entendimento do Supremo Tribunal Federal.²⁵²

Mesmo o poder executivo tendo a iniciativa privativa para elaboração de seu plano orçamentário, após a formação do projeto da lei orçamentária, o Congresso Nacional examina, emite parecer e pode propor emendas à proposta orçamentária.²⁵³ As emendas

²⁵⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2019.p. 10

²⁵¹ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 605.

²⁵² “Inconstitucionalidade da norma que determina a execução obrigatória de orçamento elaborado com participação popular, inserida no § 4º do artigo 149 da Constituição Estadual. Vinculação da vontade popular na elaboração de leis orçamentárias contraria a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.” (STF. ADI 2.680. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE 16-6-2020).

²⁵³ Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

permitem que o parlamento negocie com o Poder Executivo.²⁵⁴ Por mais que Poder Executivo queira utilizar o numerário de acordo com as promessas eleitorais ou de acordo com certa ideologia, a liberdade do gestor está vinculada aos planos e metas traçados pelo constituinte e pelo legislador.

O trabalho do poder executivo poderia ser entendido como aquele que interpreta as Leis e retira do ordenamento jurídico as prioridades e direcionamento do gasto público. No entanto, na prática, ao se formular o orçamento de gastos, o Poder Executivo não se vincula somente ao que está disposto nas decisões fundamentais da sociedade ou nas Leis. Observa uma gama de fatores, principalmente questões referentes à popularidade das medidas. O papel do legislador, segundo Comparato, perdeu importância com a ascensão da figura do Estado dirigente, uma vez que a Lei deixa de ter a supina importância como majestade de expressão da soberania popular para se tornar como mero instrumento de governo. A maioria das leis se inserem no quadro de políticas governamentais para a solução de questões de conjuntura, regulamentação de atividades privadas, regulação de procedimentos no campo administrativo, e menos para a declaração de direitos.²⁵⁵

Em um cenário onde os partidos políticos almejam a consolidação de poder, e alguns grupos buscam a reeleição, o principal norte para as despesas públicas acaba sendo a opinião pública e aprovação do seu eleitorado. Como afirma Catarino, “a ação dos agentes públicos expressa-se frequentemente através dos gastos financeiros. Todavia, as opções de fundo sobre as prioridades da ação pública são o reflexo dos valores da sociedade globalmente considerada”.²⁵⁶

Como o Poder Legislativo tem participação na formulação do orçamento apresentando e negociando emendas, acaba também tomando decisões levando em consideração mais o reflexo das medidas no eleitorado do que nas diretrizes constitucionais ou das leis que ele próprio editou. Todavia, embora pareça que os agentes pautem suas condutas no interesse da população, não é bem assim que ocorre. Isso porque há déficit informacional, sendo que os eleitores somente tomam conhecimento de parte dos gastos, aqueles mais sensíveis. Além disso, falta ao eleitorado uma visão global do gasto público. Assim, a maior parte do orçamento é alocado sem maior preocupação quanto à aprovação popular.

²⁵⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima López; GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. Quem decide o gasto público: controle constitucional de leis orçamentárias pelo Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 111, p. 109-130, 2018. p. 114.

²⁵⁵ COMPARATO. *op. cit.* p. 45.

²⁵⁶ *Ibidem.* p. 19.

Outros órgãos dotados de autonomia administrativa e orçamentária também devem se adequar à Constituição e às leis. As decisões fundamentais do Estado e as regras concernentes às despesas públicas devem ser obedecidas por quaisquer órgãos estatais. A vinculação à Constituição e à legislação emanada pelo parlamento também deve ser obedecida pelos demais órgãos com autonomia administrativa e orçamentária. A autonomia orçamentária “significa que determinado órgão, com ou sem personalidade jurídica própria, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas”.²⁵⁷ A autonomia administrativa é a atribuição de se autogovernar, administrar seu orçamento.

Além da autonomia orçamentária alguns órgãos ainda possuem a atribuição de formular seu próprio orçamento. A Constituição prevê, por exemplo, que o Poder Judiciário (art. 99, § 1º), o Ministério Público (art. 127, § 3º) e a Defensoria Pública (art. 134, §2º) elaborem sua própria proposta orçamentária. A proposta será votada pelo Poder Legislativo. Para que haja unidade, todos os órgãos a quem foi atribuída iniciativa do Projeto de Lei Orçamentária encaminha suas propostas ao Poder Executivo. Este consolida as despesas e compatibiliza com os recursos disponíveis. Não cabe ao Poder Executivo efetuar cortes ou mutilar a proposta orçamentária do outro Poder, “sua competência se exaure na apuração das receitas disponíveis e disponibilidades de caixa”.²⁵⁸

É o Poder Legislativo quem detém a competência para intervir no orçamento dos outros Poderes, emitindo a decisão final sobre as receitas e despesas em matéria orçamentária.²⁵⁹ Mesmo tendo o Poder Executivo a atribuição de arrecadação da quase totalidade das receitas do Estado, não é dele a capacidade de intervir no orçamento dos outros poderes, e sim do Legislativo.

O orçamento de todos os órgãos e poderes passa pelo crivo do Poder Legislativo, que detém o poder de efetuar as devidas correções. A proeminência do papel do legislador se justifica no sentido de que o parlamento é um órgão plural de expressão máxima democrática. É no parlamento onde estão representados todos os setores da sociedade. Portanto, o orçamento passar pelo crivo do Poder Legislativo teria o condão de conferir legitimidade à despesa pública.

Ato contínuo, após a aprovação do orçamento, o poder de decisão cabe à máquina burocrática. A burocracia nesse aspecto é um conjunto de instituições com a função a

²⁵⁷ HARADA, Kiyoshi. *Autonomia Orçamentária*. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2019/05/17/autonomia-orcamentaria/>. Acesso em: 23 de set. 2020.

²⁵⁸ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 582.

²⁵⁹ CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. 2a. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 95.

de implementar decisões políticas. É sinônimo de governo e administração pública. O caráter peculiar dessa forma de organização deve-se à sua relação com o poder político e seus objetivos e encargos públicos. A atividade burocrática distingue-se dos outros agentes por ter caráter obrigatório, ser instituída por lei, e funcionar sob os condicionamentos impostos pelo direito administrativo.²⁶⁰

Políticos e burocratas farão a interação para a implementação das decisões orçamentárias. Nesse momento, abrem-se as licitações para as obras públicas, por exemplo. O alto escalão do poder executivo precisa contactar os servidores públicos (burocracia) para analisar a viabilidade dos projetos, verificar a qualidade dos serviços e realizar a análise do custo-benefício das atividades prestadas pela administração pública.

De acordo com disponibilidade de caixa, o gestor deve adequar a realização das despesas. Como o ingresso financeiro nos cofres públicos ocorre de maneira continuada, os gastos também são realizados no decorrer do exercício, por isso a importância de o ordenador de despesa saber controlar a execução das despesas.

Os ordenadores de despesas estão em quaisquer poderes. O Poder Executivo e seus órgãos são responsáveis pela execução da maior parte do orçamento. Os gastos com as políticas de saúde, educação e segurança, por exemplo, são vinculados ao Poder Executivo, o que demanda maior robustez financeira. Fora do Poder Executivo também se encontram ordenadores de despesas dotados de autonomia para gerir e executar o próprio orçamento. O Ministério Público e o Poder Judiciário possuem orçamento próprio e executam o mesmo de forma autônoma e sem interferência externa.

A interação de todos os citados agentes é um jogo de barganha, no qual todos os participantes devem entrar consenso para a realização da despesa pública. Essas interações podem ser esquematizadas em quatro jogos: (1) *jogo da democracia* entre cidadãos e políticos para a produção de bens públicos e redistribuição dos recursos sociais; (2) *jogo de governo* entre legisladores e governantes para a definição dos objetivos apontados no jogo anterior; (3) *jogo de burocracia* entre políticos e burocratas para a implementação de decisões políticas e a prestação de serviços com boa relação custo-benefício; e, (4) *jogo de implementação* entre os funcionários de quem é exigida a execução das políticas e os sujeitos a quem essas políticas se aplicam.²⁶¹

²⁶⁰ PALUMBO, Antonino. The Evolution of Constitutional Order: spontaneous order and analytical theories of the State in a critical perspective. 267 f. PhD Thesis. University of East Anglia. Norwich. 2000. p. 172.

²⁶¹ *Ibidem*. p. 158.

O processo de despesa pública com a necessária interação dos agentes é uma estrutura circular no qual estão envolvidos uma gama de agentes dotados de poder de decisão. Percebe-se que a concepção jurídica desse poder de decisão dos agentes políticos tem seus objetivos numa estrutura circular: “o objetivo do poder é o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder estabelece”. E para exercer de maneira eficiente a implementação das políticas públicas o papel do agente político é “adaptar-se às circunstâncias que permitem o exercício do governo. Governo é trabalhar com as diferentes finalidades que podem aparecer dentro de uma vida social, dentro da vida em comum, e o bom governo se identifica com a estão medida e sopesada de meios e fins”.²⁶²

2.4.2 Órgãos de controle dos gastos públicos

A realização das despesas públicas ou a decisão de utilizar o dinheiro estatal para determinadas atividades, vai muito além de mera escolha do administrador. Envolve uma gama de agentes e órgãos tanto na esfera da escolha quanto na parte do controle.

Por mais que os órgãos de controle da atividade financeira não participem diretamente do fluxo das escolhas públicas, a atividade de fiscalização da atividade relativa ao dispêndio do dinheiro público sofre influência na tomada de decisão pelo agente responsável pela alocação da despesa. A depender da fiscalização e controle a alocação de recursos podem ser realizadas de maneira totalmente diversas. Uma atividade sem controle é conferir um cheque em branco para o gestor público fazer o que bem entender.

O controle orçamentário exercido pelos órgão de controle tem por objeto a verificação da legalidade e regularidade financeira das receitas e das despesas públicas, bem como a apreciação da boa gestão dos dinheiros e outros ativos públicos e da dívida pública.²⁶³ Catarino elenca as finalidades do controle. Destaca que deve garantir a legalidade e regularidade da atividade financeira; permitir uma maior economia na utilização dos recursos visando a sustentabilidade do sistema; alcançar a eficiência com vista a alocação dos meios para melhor otimização do produto; e, melhorar a eficácia, entendida como a conformidade com os objetivos e ações previstas com os resultados e indicadores obtidos.²⁶⁴

²⁶² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole. 2007. p. 423.

²⁶³ CATARINO. *op. cit.* p. 354.

²⁶⁴ *Ibidem.* p. 378.

O controle dos gastos públicos é realizado internamente pela própria administração pública por vários de seus órgãos. No Poder Executivo Federal, destaca-se a Controladoria-Geral da União. Segundo a Lei 13.844/2019 é da competência da Controladoria-Geral da União as “providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal” (art. 51, I).

O Poder Legislativo entra de novo em cena na fiscalização dos gastos públicos. A Constituição prevê que é de sua competência a fiscalização e controle os atos do Poder Executivo incluídos os atos da administração indireta (art. 49). Estabelece ainda que cabe ao Poder Legislativo a “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” (art. 70). E com base nessa função, a Constituição insere como seu órgão auxiliar, os Tribunais de Contas, que não obstante seja constitucionalmente um órgão auxiliar do Poder Legislativo (art. 71), possui “dignidade político-administrativa própria”.²⁶⁵

O Tribunal de Contas tem competência para o exame imediato de toda e qualquer despesa, por menor que seja. À Corte de Contas é atribuída a “fiscalização e controle das contas de todas as pessoas jurídicas e físicas que lida com recursos públicos, apreciação da legalidade dos serviços funcionais, podendo impor sanções em casos de infração”.²⁶⁶ O Tribunal de Contas exerce o relevante papel de fiscal dos gastos públicos, fazendo com que os gestores realizem as despesas públicas com maior desvelo.

Os aspectos a serem fiscalizados não se relacionam apenas às normas orçamentárias. Relacionam-se com a legislação e princípios financeiros que garantem a defesa do interesse público. A doutrina elenca os seguintes: legalidade: que significa o atendimento às normas de direito financeiro; legitimidade: refere-se às condições materiais e valorativas decorrentes das necessidades públicas; economicidade: verificação da máxima eficiência, realizando o ato com maior ganho e com o menor custo.²⁶⁷

E quanto à modalidade de fiscalização ou conteúdo fiscalizado ainda se pode classificar da seguinte maneira: fiscalização contábil: realizada através de registros contábeis,

²⁶⁵ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 759.

²⁶⁶ *Ibidem.* p. 759.

²⁶⁷ ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 312.

balanços, escrituração, análise dos resultados econômicos e financeiros; fiscalização financeira: controle dos ingressos de recursos e da realização dos gastos públicos; fiscalização orçamentária: objetiva mensurar o nível de concretização das receitas e despesas frente à lei orçamentária; fiscalização operacional: objetiva exercer o controle sobre as operações de crédito e de despesas que não constem de previsão no orçamento; e fiscalização patrimonial: monitora a situação dos bens móveis e imóveis integrantes do acervo patrimonial do Estado.²⁶⁸ O controle da atividade financeira não é simplesmente adequação com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). É algo que vai muito além. Muito mais que verificar a gestão responsável em termo de gasto público, é analisar se a despesa está sendo de fato realizada, se chega a seu destino e se há conformidade com o estabelecido na legislação.

Externamente cabe ainda o controle judicial caso se constate alguma ilegalidade.²⁶⁹ Pode-se elencar também o controle social exercido pelo povo, pela pressão popular.²⁷⁰

2.4.3 Grupos de pressão

No contexto dos gastos públicos aparecem dois importantes personagens que não figuram legalmente entre os influenciadores das decisões do Estado. O primeiro são os chamados grupo de pressão que se destacam na sociedade em razão de possuírem poder de organização para exercer *lobby* nas decisões do Estado. E o segundo são os partidos políticos que configuram um centro de poder que muitas das vezes determinam o direcionamento da ação estatal.

Marcello Caetano define os grupos de pressão como “agrupamento que se destina a fazer valer certos interesses econômicos, morais ou espirituais mediante uma ação continuada destinada a influir no ânimo e na decisão dos governantes”.²⁷¹

Os grupos de pressão podem ter uma atuação positiva ou negativa. Agem positivamente quando são interlocutores de grupos sociais e levam informações para o processo

²⁶⁸ *Ibidem.* p. 312.

²⁶⁹ Em Portugal, quanto aos órgãos de controle, podem ser divididos em três: o controle administrativo realizado pela própria administração; o controle jurisdicional feito pelo Tribunal de Contas, excluindo os demais Tribunais; e controle político realizado pelo Poder Legislativo (Assembleia da República). CATARINO. *op. cit.* p. 381.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Regis. 2019 *op. cit.* p. 526.

²⁷¹ CAETANO. *op. cit.* p. 404.

democrático. Atuam de maneira negativa quando na sua luta desenfreada por interesses particulares utilizam expedientes antidemocráticos. A influência dos grupos de pressão sobre o governo e os membros do parlamento pode se exercer de maneira sorrateira chegando previamente a um acordo para que determinada matéria seja regulada no sentido de seus interesses.²⁷²

No contexto das despesas públicas os grupos de pressão agem com único objetivo: captura do orçamento público. A conduta é sempre um caça das rubricas orçamentárias. Diferentemente das pautas relativas à direitos individuais, tais como a normatização do aborto por exemplo, o direito das despesas é um jogo em que tem vencedores e perdedores. O grupo vencedor é aquele que consegue abocanhar a maior parcela do orçamento.

Para elaboração do orçamento deveria ser feita uma lista de prioridades, levando-se em conta os vetores constitucionalmente estabelecidos e as necessidades de cada setor, ao lado da quantidade de recursos disponíveis. Após, considerando a finitude dos recursos, a alocação seria feita levando-se em considerando as prioridades eleitas. Porém, o que ocorre na prática é que grupos de interesse defendem proveitos particulares.²⁷³

Empresas de construção civil querem que o Estado realize obras públicas de todo o tipo; entidades educacionais querem que os gastos sejam direcionados para a distribuição de bolsas de estudos, e programas de inclusão da parcela mais pobre da população no ensino superior; servidores públicos buscam majorar seus vencimentos sem qualquer contrapartida. Todos almejam que uma parcela cada vez maior do orçamento de forma a aumentar seus lucros ou vencimentos.

Funcionando de certo modo como um grupo de pressão, estão os partidos políticos.²⁷⁴ No entanto, a dinâmica é um pouco distinta. Há uma disputa entre o partido do governo e os partidos de oposição. O governo disputa votos (aprovação popular) com outros partidos políticos, nesse momento fora do poder. Isso faz com que o planejamento do governo

²⁷² GONÇALVES, Kildare Carvalho. *Direito constitucional*. 14a ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 857.

²⁷³ CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Custo das políticas públicas: um olhas para o orçamento com foco no gasto. *RDIET*, Brasília, vol. 9, n. 1, p. 1-18, 2014. p. 10.

²⁷⁴ “No sentido mais amplo, um partido político é uma coalizão de homens que buscam controlar o aparato de governo através de meios legais. Por coalizão, entendemos um grupo de indivíduos que têm certos fins em comum e cooperam entre si para atingi-los. Por aparato de governo, entendemos o equipamento físico, legal e institucional que o governo usa para cumprir seu papel especializado na divisão do trabalho. Por meios legais, entendemos ou eleições devidamente constituídas ou influência legítima.” DOWNS. op. cit. p. 46.

leve em conta não apenas as funções de utilidade dos eleitores, mas também as propostas feitas pelos partidos da oposição”.²⁷⁵

2.4.4 A atuação do Poder Judiciário

A intervenção do Poder Judiciário sobre a atividade financeira do Estado e sobre a formulação das políticas públicas é um tema que traz dificuldades. Discussões em torno do excessivo ativismo judicial em matérias afetas à formulação e execução de políticas públicas não são incomuns. Devido à prestação estatal deficiente em alguns setores, vicejam demandas judiciais visando o atendimento de prestações pelo Estado, e surgem teorias sobre o papel do Poder Judiciário frente à alocação dos recursos públicos.

Um campo de bastante atuação judicial, impactando o orçamento público e determinante para o gasto público, é relativo ao direito à saúde. Chama a atenção o vertiginoso aumento nos últimos anos. Segundo o Tribunal de Contas da União, o gasto da União para cumprir as decisões judiciais envolvendo prestação de serviço de saúde saltou de R\$ 70 milhões em 2005 para R\$ 1 bilhão em 2015.²⁷⁶ No município de São Paulo, o gasto com judicialização da saúde em 2011 é o equivalente a 6% do que o município gastou com sua política de assistência farmacêutica e 10% do total gasto com fornecimento de medicamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico. Além disso, constatou-se que cerca de 55% desse gasto são relativos à medicamentos que seriam de responsabilidade dos Estados e União, e por volta de 45% para tratamentos nem mesmo são contemplados pelo Sistema Único de Saúde.²⁷⁷

As decisões judiciais determinando o cumprimento de obrigações pelo Estado, principalmente na área de saúde, analisa o direito individual e tende de desconsiderar o impacto orçamentário. Tal fato acarreta em uma interferência do Poder Judiciário de maneira pontual, mas cada vez mais comum, resultando em consideráveis despesas públicas para se obedecer as determinações judiciais.²⁷⁸

A interferência do Poder Judiciário nos gastos públicos tem sustentação na concepção da obrigação de o Estado prover os direitos fundamentais individuais. A doutrina

²⁷⁵ DOWNS. op. cit. p. 72.

²⁷⁶ <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>

²⁷⁷ WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 48. p. 1191-1206, 2014. p. 1199.

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 1193.

aponta que devido à existência do dever de o Estado garantir direitos básicos ao cidadão, cabendo zelar pela dignidade da pessoa humana, atribuiu-se a ele a obrigação de guardião dos direitos individuais previstos na norma fundamental. O Estado tem o dever de implementar as políticas públicas em prol dos cidadãos.

Em razão da consolidação do entendimento de que a Constituição é dotada de normatividade, de que suas normas são imperativas e superiores ao restante do ordenamento, legitimou-se a prática de intervenção do Poder Judiciário nas questões acerca das despesas públicas. Não obstante a definição dos gastos públicos ser tipicamente uma “deliberação político-majoritária”, impõe-se “alguns condicionantes jurídico-constitucionais”. A Constituição como norma jurídica central teria o condão de vincular todos dentro do Estado, sendo que os direitos fundamentais dos cidadãos, por integrar um núcleo normativo, recebeu um tratamento privilegiado.²⁷⁹

Disso resulta um acirramento do papel do Poder Judiciário frente aos outros poderes, conquistando cada vez mais espaço no orçamento com a justificativa de que está zelando pela garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Passou a agir não somente como uma correção pontual de determinados gastos, mas também como legislador positivo, como implementador de políticas públicas.

No julgamento da ADPF 45, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que não é função institucional do Poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, mas pode se atribuir a ele em caráter excepcional se os entes competentes descumprirem os seus “encargos político-jurídicos” e vierem a “comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. O caráter programático das regras inscritas na Constituição não poderia se converter em “promessa constitucional inconsequente”.²⁸⁰

A doutrina justifica e entende por legítima intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas pelo manejo de ações individuais e/ou coletivas em razão da unidade do poder

²⁷⁹ BARCELLOS. *op. cit.* p. 92.

²⁸⁰ Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (STF. ADPF 45 MC/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 4.5.2004)

estatal. Este somente existiria para a consecução dos fins almejados na constituição do Estado. Não podem ser consideradas como um fim em si mesmo. Os poderes estatais, tradicionalmente divididos em legislativo, executivo e judiciário, somente existem para cumprir os fins delineados para o Estado e cumpre ao Poder Judiciário interferir sobre os outros poderes caso desobedeçam à ordem constitucional.²⁸¹

Como a realização de políticas públicas deve ocorrer dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, isso implica que as políticas públicas sejam reconhecidas e tuteladas pelo direito, de modo que podem gerar efeitos jurídicos.²⁸²

Em trabalho sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover defende o que o controle da constitucionalidade das políticas públicas via judicial não se faça apenas quando exista ataque frontal à Constituição pelos gestores públicos, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado. Entende que Poder Judiciário poderia “exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF)”.²⁸³ Todavia, a autora limita a interferência judicial, permitindo-a somente se preenchido três requisitos: (1) a intervenção deve ser pautada para garantir o denominado “mínimo existencial” do cidadão; (2) deve haver um exercício de razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público; e (3) a existência de disponibilidade financeira do ente responsável pela garantia do direito individual ou social, ou seja, reserva do possível. Assim, a estrita observância desses limites seria necessário para coibir eventuais excessos do Poder Judiciário.²⁸⁴

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é aceito, mas condicionado. Parte-se da ideia de que os direitos fundamentais dos cidadãos possuem prioridade sobre outros objetivos constitucionais. Mais que isso, somente alguns direitos individuais ou sociais que seriam albergados pela proteção máxima que permitiria o Poder Judiciário se imiscuir nas políticas públicas. Tais direitos seriam aqueles entendidos como dentro do mínimo existencial. Assim, escorado nessa concepção, estar-se-ia legitimada a intromissão judicial para assegurar o direito à saúde, e opostamente, o direito à moradia digna

²⁸¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 67.

²⁸² BUCCI. *op. cit.* p. 37.

²⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. p. 35.

²⁸⁴ *Ibidem.* p. 17.

por não ser considerado como mínimo existencial não seria passível de interferência judicial.²⁸⁵ Em outros termos, o Poder Judiciário poderia determinar que se façam procedimentos cirúrgicos, mas não que se construa imóveis para população de baixa renda.

2.4.4.1 Função judicial de compatibilizar os atos da administração com a legislação

Nos Estados Unidos, o papel do Poder Judiciário em relação às políticas públicas promovidas tende a ser bastante diverso ao do que é usualmente atribuído no Brasil. Na realidade, o modelo norte-americano aparenta ser mais condizente com o nosso modelo constitucional, sendo mais apropriado diante da realidade brasileira.

O papel do poder judiciário americano junto às agências administrativas nos servem de comparativo para a análise de um controle judicial mais adequado dos gastos públicos. As agências públicas americanas são dotadas de competências executivas, de implementação de políticas públicas, e com algumas atribuições legislativas (regulamentação) e judicantes. A agência administrativa é órgão governamental autorizado a implementar as diretrizes legislativas por meio do desenvolvimento de regras técnicas, sendo que muitas delas também têm responsabilidades de aplicação da lei.²⁸⁶

A regulação dos atos das agências administrativas pelo Poder Judiciário é circunscrita ao cotejo com a Constituição e com a legislação em vigor. Não se atribui uma ampliação dos direitos dos cidadãos por via judicial, cabendo ao poder judiciário zelar pelo cumprimento da legislação.

A Legislação sobre o Procedimento Administrativo Federal tem disposição específica sobre o controle judicial das agências²⁸⁷. A legislação que trata do controle judicial das agências estabelece duas funções primárias para o Judiciário: primeiramente ele deve garantir a fidelidade ao direito positivo; e em segundo, o Judiciário deve invalidar decisões das agências que sejam arbitrárias.²⁸⁸

²⁸⁵ Nada impede que com o tempo o conceito de mínimo existencial se altere e a doutrina e jurisprudência passe a considerar o direito à moradia como algo imanente ao mínimo existencial devendo o Estado garantir a moradia a todos os cidadãos.

²⁸⁶ CORNELL LAW SCHOOL. *Legal Information Institute*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/administrative_agency. Acesso em: 07 de out. 2020.

²⁸⁷ Administrative Procedure Act (APA), 5 U.S. Code § 706

²⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo, *et al.* (org). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 131-242. p. 163.

O interessante, que de certo ponto discrepa da realidade brasileira, é a amplitude da interferência do Poder Judiciário na matéria afeta à execução das políticas públicas. Cass Sunstein relata que durante um longo período, somente as entidades reguladas pelas agências administrativas poderiam se recorrer no Poder Judiciário, excluindo o beneficiário da regulação. Caso os beneficiários da regulação necessitassem, eles deveriam requerer alguma compensação junto ao Poder Legislativo, uma vez que o papel do Judiciário era a compatibilização com a legislação, não abrindo espaço para a discussão de direito subjetivo. Após 1970, chegou-se ao entendimento de que “se a fidelidade à legislação era o objetivo, o Judiciário deveria proteger os beneficiários da regulação assim como entidades reguladas”. Afinal, sugere o autor, seria estranho que às vítimas de práticas trabalhistas desleais, de poluição, e de práticas discriminatórias, fosse vedado o acesso ao Judiciário.²⁸⁹

O Poder Judiciário assume um papel de supervisão ao verificar a compatibilidade entre os atos emanados das agências e a legislação ordinária e constitucional. Segundo Rose Ackerman, o desafio para os juízes está em interpretar e desvendar o real sentido do texto legal frente à não rara linguagem vaga. Cabe aos juízes analisar os objetivos legais e compatibilizar com as ações das agências, sempre prestando a necessária deferência às decisões políticas dos Poder Executivo.²⁹⁰

Sobre essa função judicial existe um princípio no direito norte-americano denominado de *hard-look doctrine*, o qual estabelece que os juízes devem revisar cuidadosamente a decisão de uma agência administrativa de modo a verificar a consonância com a legislação. Em alguns casos os tribunais analisam até mesmo o atendimento do interesse público, ocorrendo uma verificação judicial substantiva sobre o ato da agência administrativa. Transforma o Poder Judiciário em uma espécie de parceiro no processo de formulação de políticas públicas, garantindo que as decisões da agência obedeçam a legislação vigente.²⁹¹

Como é perceptível, a intromissão judicial, diante de uma legislação muitas vezes pouco precisa em seus objetivos, pode servir para uma grande variedade de propósitos substantivos. Cass Sunstein defende que a atuação judicial, da mesma forma que propicia uma maior proteção do direito positivado, apresenta um entrave na captura das agências

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 171.

²⁹⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. Public Choice, Public Law and Public Policy. Keynote Address. *First World Meeting of the Public Choice Society*, Amsterdam, March, 2007.

²⁹¹ GARRY, Patrick M. Judicial review and the “hard look” doctrine. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 13-39, 2017. p. 16.

administrativas pelos setores regulados, e ainda garante com que os valores públicos relevantes sejam identificados e implementados, porém, ao custo de um maior ativismo judicial.²⁹²

Tem-se que pelo menos em relação às agências administrativas dos Estados Unidos, os juízes atuam não somente para garantir os direitos individuais, agem principalmente para compatibilizar as ações das agências à legislação. Interpretam a Constituição e a Leis de modo a verificar se as escolhas do governo estão condizentes com os fins propostos pela legislação. Analisam os objetivos constitucionais e legais, mesmo que as vezes vagos, para exercer o controle judicial sobre as ações das agências.

Essa realidade do direito estadunidense outorga ao Poder Judiciário uma maior responsabilidade nas questões relativas ao orçamento. Discrepando da prática brasileira de se realizar várias intervenções pontuais.

2.4.4.2 Orçamento das minorias e a função contramajoritária

A atuação do Poder Judiciário mostra-se especialmente importante quando se coloca em pauta o direitos das minorias e das classes despidas de qualquer influência política econômica. Isso porque, a despeito da supina importância dos critérios de alocação dos recursos públicos para os cidadãos, é inexistente uma normatização que imponha proteção de certos setores da sociedade ou que impeça o benefício desarrazoado de algum grupo.

Suponha-se um país rico com a Constituição garantista nos moldes da Constituição brasileira. Nesse país hipotético não existe problemas na saúde pública. Os níveis de educação são bons. A população em geral tem oportunidade de acesso à escolas e universidades. Os demais direitos fundamentais previstos na Constituição desse país hipotético são devidamente atendidos. Ocorre que nesse país, a carga tributária é bastante alta. E ao se estudar os gastos do governo, verificou-se que os gastos públicos com a população da região sul é muito maior que na população da região norte. Não obstante o povo tenha conquistado os níveis de bem-estar assegurados pela Constituição, há uma verdadeira transferência de renda da região norte para a região sul.

Os Poderes da República, principalmente o Legislativo e Judiciário conseguem zelar pelos direitos fundamentais de natureza “não financeira” descritos na Constituição, tal

²⁹² SUNSTEIN, Cass R. A in defense of the hard look: judicial activism and administrative law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, n. 1, p. 51-59. 1984. p. 53.

como ocorreu no julgamento na ADPF 132 relativa à união homoafetiva.²⁹³ Até mesmo em hipóteses específicas de casos envolvendo recursos públicos o Poder Judiciário consegue agir, como ocorreu na ADPF 738 envolvendo a distribuição do fundo partidário para candidatos negros²⁹⁴ e a ADPF 347 relativa ao descontigenciamento do fundo penitenciário.²⁹⁵ No entanto, de maneira geral, a atuação judicial depende de flagrante lesão aos direitos individuais fundamentais.

No exemplo hipotético exposto acima, no qual haveria uma transferência de recursos de uma população para outra, o “direito das despesas” positivado seria incapaz de inibir qualquer tentativa dos governantes de realizar a citada redistribuição. Tal problema é agravado quando existe um Estado forte e centralizador como o brasileiro, uma vez que eventual benefício de certos grupos ou regiões pode ser realizada com mais facilidade. Se o orçamento dos entes subnacionais fosse maior, e do governo central menor, esse tipo de hipótese poderia ser menos factível.

A menos que se interprete as políticas fiscais e os gastos públicos de forma mais jurídica e menos política, é difícil conceber a Constituição como um instrumento eficaz para evitar que os recursos públicos sejam alocados de forma que contrarie os objetivos constitucionais. Se o Poder Legislativo falha ao defender alguma minoria na distribuição dos recursos públicos, o Poder Judiciário terá poucas chances de combater alguma irregularidade desse tipo.

O Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, consegue realizar sua função contramajoritária da forma esperada quando se está em jogo a defesa dos direitos fundamentais individuais em hipóteses específicas. No entanto, quando é analisado o direcionamento dos recursos orçamentários essa função contramajoritária se anula, pois a interferência judicial em matéria orçamentária não é aceita.

A ideia de o Poder Judiciário exercer um controle mais rigoroso sobre os gastos públicos não se mostra contrário à Constituição. Seria até mesmo imperativo que se faça a compatibilização legal e constitucional das despesas governamentais. Não obstante o Poder Judiciário não ser vocacionado à formulação e implementação de políticas públicas, cabe a ele zelar pelo cumprimento dos objetivos traçados pela Constituição e do regramento realizado pela legislação ordinária.

²⁹³ ADPF 132. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Pub. 14/10/2011.

²⁹⁴ ADPF 738. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pub. 29/10/2020.

²⁹⁵ ADPF 347. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Pub. 19/02/2016.

Eventual alteração do papel do Poder Judiciário poderia acarretar em um aumento do ativismo judicial e agravar a politização da justiça. Como diz Elida Graziane Pinto o controle judicial de políticas públicas parece “ter chegado a uma encruzilhada no seu atual estágio de maturação jurídico-constitucional. Ou avança sobre o controle da dinâmica normativa dos orçamentos ou persistirá no modelo de respostas pontuais para omissões crônicas”.²⁹⁶

Sendo coerente com a ideia de existe decisões fundamentais formadoras do Estado, uma Constituição que vincula a atividade estatal e uma legislação que todos cidadãos e gestores devem obediência, para o controle judicial das políticas públicas seria desnecessário que a atuação judicial tivesse como supedâneo algum direito individual fundamental. Em outras palavras: diante da ordem constitucional vigente, a atuação judicial em matéria orçamentária não deveria ficar circunscrita a alguma hipótese de descumprimento de direito fundamental individual, mas sempre que houvesse descompasso do orçamento com os fins constitucionais.

Frise-se que não se está defendendo uma maior atuação do Poder Judiciário. Muito pelo contrário. O que se sustenta é que o Poder Judiciário deve se ater e zelar pelo cumprimento pela administração pública das decisões constitucionais e legais tomadas pela sociedade, independentemente de se envolver direitos individuais, ou discussões relativas ao mínimo existencial. Toda atividade governamental, inclusive as despesas públicas, devem se compatibilizar com a Constituição em qualquer situação.

Sustentar que certas decisões seriam de “natureza política” ou que seriam “questões de governo” não justifica a desobediência à Constituição. Segundo Comparato, a declaração de guerra ou a (antiga) licença para que um congressista seja processado não são atos de competência do Poder Judiciário, mas não ficam imunes ao juízo de compatibilidade com as regras especificamente previstas na Constituição.²⁹⁷ Não se mostra correto a justificativa que certos atos estariam imunes ao controle judicial unicamente por serem considerados de natureza política.

Comparato defende que o juízo de constitucionalidade das políticas governamentais deve atingir “não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins”. Por exemplo: uma política de estabilidade monetária baseada em taxa de juros elevada gerando desestímulo no empreendedorismo e recessão econômica poderia se revelar incompatível com os fundamentos

²⁹⁶ PINTO. *op. cit.* p. 72.

²⁹⁷ COMPARATO. *op. cit.* p. 46.

constitucionais da ordem econômica, tais como a valorização do trabalho, busca do pleno emprego e exigência de se assegurar a todos uma existência digna (art. 170). De igual modo, seria a hipótese da adoção de uma política de incentivo indiscriminado de exploração agrícola ou minerária que poderia se mostrar incompatível com princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI).²⁹⁸

O papel do Poder Judiciário deve ser repensado de forma a realizar menos intervenções pontuais, e se mirar em corrigir problemas da estrutura política. Conforme defende Rose-Ackerman, o controle judicial não deveria ser realizado sobre as políticas públicas, mas em relação às fraquezas do modelo representativo. O Poder Judiciário como guardião da Constituição e das Leis deveria exercer uma atividade que adeque as políticas públicas às normas vigentes.²⁹⁹

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 46.

²⁹⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito - e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo, et al. (org). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243-280. p. 267.

3 LEGITIMIDADE DOS GASTOS PÚBLICOS EM UM CONTEXTO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Propõe-se nesse capítulo a análise do gasto público não apenas no plano normativo, como se fosse um exercício de subsunção entre a alocação de recursos e a normatização legal e constitucional, mas também um estudo da atuação estatal no contexto democrático. Há que se analisar a legitimidade democrática das políticas fiscais e dos gastos públicos; se as mesmas estão condizentes com a ordem democrática e constitucional; se a atuação do Estado nas despesas públicas atende aos interesses do povo.

Devido à extensão da Constituição da República é possível albergar diferentes tipos de interpretações normativas, muitas vezes não compatíveis entre si. Por exemplo, um incremento na remuneração dos servidores pode ser considerado uma despesa legítima, mas sob o prisma da redução das desigualdades sociais, ou se analisado sob o aspecto da erradicação da pobreza, o gasto público já não seria condizente com tais diretrizes.

O termo legitimidade é polissêmico, o que impede sua utilização com rigor analítico.³⁰⁰ Isso requer uma explicação prévia sobre a abordagem de qual legitimidade está em análise. O termo legitimidade utilizado nesse capítulo não possui a conotação do artigo 70 da Constituição.

A interpretação que a doutrina confere para a análise da legitimidade das despesas públicas, refere-se, de maneira geral, ao atendimento das necessidades públicas.³⁰¹ Outros autores afirmam que a legitimidade é aferida com o cotejo entre a ação estatal e o fim público que se busca atingir;³⁰² “relação entre o gasto e a sua valoração diante do atendimento do interesse público”.³⁰³ Portanto, vincula-se a legitimidade do gasto com o interesse ou a necessidade pública. Ocorre que a necessidade ou interesse público é definido em dado momento histórico pela Constituição e pelas leis.³⁰⁴ É aquilo que os indivíduos entenderam conveniente sair do plano da ação individual para a ação coletiva.

Quando se extrapola o campo do direito positivado, experimenta-se alguns problemas conceituais da legitimidade, pois a ideia de interesse público visto como interesse

³⁰⁰ FRAGA, Ana. *Os parlamentos nacionais e a legitimidade da Constituição europeia*. Lisboa: Edições Cosmos. 2001. p. 32

³⁰¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 642.

³⁰² ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 312.

³⁰³ LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 6ª ed. Salvador: Juspodvm. 2017. p. 496

³⁰⁴ OLIVEIRA, Regis. 2019. *op. cit.* p. 152.

geral da sociedade (majoritário), não necessariamente estaria positivado. Com isso, a dificuldade para o entendimento do interesse público advém do pluralismo, próprio das sociedades democráticas contemporâneas. Há ainda que se ressaltar a existência de um conceito ético-político do interesse comum.^{305 306} Existem muitas variáveis na determinação pelo Estado sobre o interesse público, o que traduz o gasto público como um decisão política.³⁰⁷ “A decisão de gastar é, em essência, política. É o aferir das necessidades públicas que leva à decisão da despesa”.³⁰⁸ Portanto, a legitimidade do gasto público pode ser levado tanto sob o aspecto mais legalista, quanto para uma decisão política, mais próxima à ideia de aprovação do povo.

Utilizemos a obra de Mario Vargas Llosa, *Pantaleão e as visitadoras*,³⁰⁹ para expor algumas nuances acerca da legitimidade do gasto público.

O livro parte da narrativa de um problema enfrentado pela população civil peruana residente na floresta amazônica. Devido ao fato de os militares do exército ficarem acampados, isolados, ou em pequenos vilarejos na floresta, surgem relatos de vários estupros das populares locais. A quantidade de estupros é tamanha que os tribunais nem conseguem julgar tantos casos, gerando um distúrbio social e problemas no próprio exército.

Na narrativa, o problema era de difícil solução. Os militares passavam boa parte do tempo na floresta e nas vezes que paravam em algum vilarejo, não era possível manter relação com nenhuma mulher, pois além dos povoados serem pequenos, a maioria das mulheres eram compromissadas.

O comando do exército, diante da gravidade da situação e da dificuldade de contornar o problema, resolve conferir uma missão para um competente oficial, o capitão Pantaleão Pantoja. A missão era a instituição de um serviço sigiloso de prostituição para atender os militares, que foi nomeado como “Serviço de Visitadoras para Guarnições, Postos de Fronteiras e Afins”. O “serviço de visitadoras” levava as meretrizes até aos acampamentos do exército para elas prestarem serviços sexuais aos militares. O trabalho da meretriz era pago com o dinheiro do próprio militar, mas a estrutura do serviço era custeada pelo exército. Em suma,

³⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 12.

³⁰⁶ Regis Fernandes de Oliveira entende que embora a legitimidade tenha um sentido axiológico, sendo legítimo apenas aquilo que atende à natureza do homem, não é esse o sentido empregado pelo legislador constituinte no art. 70 da Constituição. OLIVEIRA, Regis. 2019 *op. cit.* p. 643.

³⁰⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 23.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Regis. 2019 *op. cit.* p. 427.

³⁰⁹ LLOSA, Mario Vargas. *Pantaleão e as visitadoras*. Trad. Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012.

o comando do exército resolve alocar recursos públicos para instituir um programa de prostituição.

Embora a execução do serviço de visitadoras tenha tido alguns problemas, tais como a inclusão de oficiais e suboficiais do exército, embates com alguns setores da população civil e divergência no próprio exército quanto a necessidade do serviço, se analisada a finalidade para a qual foi criada, a ação do Estado foi bem-sucedida, uma vez que se constatou a redução dos casos de estupro e agressão contra a população nativa.

A questão que se coloca quando se tem em foco a aceitação popular é a legitimidade do programa. Obviamente que o serviço de visitadoras não era legal, e muito menos seria defensável constitucionalmente. Porém, existia um problema grave de estupros que não era resolvido pelos meios legais. Se para os cidadãos que desconheciam os problemas enfrentados pela população nativa o gasto público era ilegal e imoral, para os cidadãos que enfrentavam os problemas de agressão e estupros, o “serviço de visitadoras” foi uma despesa estatal essencial como forma de garantir a dignidade para as famílias mais suscetíveis à violência dos militares.

Apesar de ser pouco crível, Llosa afirma que a história se baseia num fato real, tendo o exército peruano organizado o serviço das visitadoras para “desafogar as ânsias sexuais das guarnições amazônicas”.³¹⁰ E na realidade, em termos de gasto público, tiradas algumas questões relativas à moral, pouco ou nada diferencia a despesa pública descrita por Llosa da hipótese em que se aumenta a remuneração de servidores públicos quando justificado como forma de inibir a corrupção. Realiza-se uma despesa pública para evitar o cometimento de ilegalidades dos próprios agentes estatais.

A legitimidade dos gastos públicos deve ser enfrentada além da subsunção entre legislação e alocação da despesa. Em termos de democracia, um gasto pode ser ilegal e ao mesmo tempo possuir legitimidade. A justificação democrática da ação estatal pode ser vista de diversas maneiras, e sofrerá variação em razão do tempo e do espaço. Todavia, a legitimidade funciona como “critério supremo de aferição da justificação da atuação do Estado”.³¹¹

Utiliza-se o termo legitimidade para designar e problematizar as ações estatais dentro de um espectro democrático. O corte que se faz quando se trata de legitimidade neste trabalho é a aferição da ação estatal tendo por parâmetro as preferências individuais. Não se faz

³¹⁰ Ibidem. p. 10.

³¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 123.

a análise apenas em relação à compatibilidade legal e constitucional, e sim, se as ações do Estado estão de acordo com anseios dos cidadãos, se resultam do consenso destes.³¹² Conforme assevera Friedrich Müller “para o poder do Estado o povo é ponto de partida de legitimação e simultaneamente a instância perante a qual esse poder se deve responsabilizar permanentemente”.³¹³

Sobre o prisma da teoria da escolha pública, o Estado, quando por meio de seu agente, toma uma decisão, o conteúdo de tal ato deve respeitar simultaneamente “as preferências individuais de cada um dos seus membros e o conjunto de valores que a sociedade perfilha”.³¹⁴

Neste ensejo, quanto à atuação estatal, mormente em relação às despesas públicas, faz-se necessário analisar o real papel do Estado no contexto democrático.

3.1 MODELO ECONÔMICO CONSTITUCIONAL

A importância de se analisar o modelo econômico advém como pressuposto da verificação da legitimidade do gasto público. Um Estado no qual a legislação impõe uma forte intervenção terá uma configuração das despesas públicas diferente daquele Estado em que se adotou uma maior preponderância do mercado privado.

Murphy e Nagel entendem que para aferir a legitimidade dos impostos deve se ter como pressuposto "a legitimidade do sistema político e econômico". A mesma lógica se aplica sobre o restante da atividade financeira. Para se aferir a legitimidade das despesas realizadas pelo Estado há que se considerar o sistema político e econômico.³¹⁵

A política fiscal do Estado é relevante para determinar como será a atuação estatal frente as demandas sociais. A sua determinação é uma questão política fundamental ao direcionamento da ação coletiva a ser determinada pelo ente estatal, e vai se guiar de acordo com os fins do Estado. A política fiscal poderá ter “objetivos puramente econômicos, como seu

³¹² CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 95.

³¹³ MÜLLER *op. cit.* p. 60.

³¹⁴ CORREIA. p. 244.

³¹⁵ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 46.

desenvolvimento e industrialização, ou também alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado até o ponto de absorção completa deste”.³¹⁶

Entender o exato papel do Estado na sociedade determinado pela Constituição não é algo simples. Um reflexo dessa dificuldade é um certo movimento pendular constante no Brasil sobre a intervenção estatal na economia. A Constituição traz em seu corpo diversas normas que as vezes se mostram um tanto contrastantes para fins de classificação da diretriz econômica da Constituição brasileira. O problema de categorização, não necessariamente pode ser atribuído à diversidade e amplitude constitucional, mas da própria singeleza do modelo classificatório. Impingir a Constituição de socialista, liberal ou neoliberal seria reduzir o sistema constitucional à uma ideologia que não explica a diversidade normativa. Contudo, não inibe que se faça uma aproximação de um modelo ideológico e econômico.

O papel do Estado na economia é um fator essencial em termos de democracia. Atualmente temos assistido discussões sobre a implantação de uma agenda pretensamente liberal em que se simplifica conceitos e confunde ideias. E a correta identificação do sistema econômico assume relevância para interpretação da própria constituição.

3.1.1 Advento do Estado liberal

Com a crise europeia do século XIV ocasionada em grande parte pela pandemia de peste bubônica (período ainda que conviveu com a Guerra dos 100 anos e revoltas camponesas), a Europa experimentou um processo de redução do poder da nobreza feudal e desestruturação da sociedade. A nobreza não era mais capaz de fornecer a necessária segurança e proteção às feiras, tampouco para as atividades comerciais e o transporte de mercadorias. As constantes e violentas insurreições camponesas demonstravam que a aristocracia feudal não tinha como organizar a sociedade. A demanda por segurança da burguesia e nobreza criou o panorama para o surgimento do Estado moderno.³¹⁷

A ascensão do Estado moderno trouxe de imediato um sistema de forte intervenção estatal, denominado mercantilismo. Entendia-se que os ganhos decorrentes do comércio ficariam somente na esfera privada e pela intervenção estatal é que se poderia

³¹⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16ª ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 57

³¹⁷ OLIVEIRA, de Roberson; GENNARI, Adilson Marques. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 31.

transferir para a coletividade (e para o Estado) algum benefício decorrente das atividades do mercado privado. Foi somente no século XVIII que o liberalismo começou a ganhar corpo.³¹⁸

A teoria acerca do livre mercado ganhou ainda mais força com a obra de Adam Smith, *A Riqueza das Nações*, o qual explica como “o sistema de perfeita liberdade” (capitalismo comercial), tomava forma e como ele funcionava. Segundo a teoria, mesmo os homens trabalhando para o atendimento do próprio interesse resultaria em benefício coletivo. Isso porque o interesse próprio individual, em um ambiente de indivíduos motivados, resulta em competição. Denominou de mão invisível o meio pelo qual os interesses e paixões particulares dos homens eram orientados na direção “mais benéfica para o interesse da sociedade inteira”.^{319 320}

Para Smith, o Estado deveria atuar em dois campos. O primeiro seria assegurar a sociedade contra a violência interna e a invasão externa, cabendo a manutenção de um exército para funções de defesa. O segundo, na proteção “de cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro dela mesma”, referindo-se à polícia e ao sistema judicial.³²¹

Mesmo não sendo conceitualmente vinculados, o liberalismo e a democracia se uniram para combater o inimigo comum: o Estado monárquico autoritário.³²² O Estado de Polícia, defensor da economia mercantilista, assegurador do interesse de seus súditos, com o seu absolutismo político, “foi historicamente substituído pelo Estado Fiscal, com sua estrutura econômica capitalista e o seu liberalismo político e financeiro”.³²³

Se em um primeiro momento os setores produtivos defendiam o Estado sem qualquer intervenção na sociedade, apenas com a função de possibilitar as trocas (comércio)³²⁴

³¹⁸ *Ibidem*. p. 35.

³¹⁹ HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. Trad. Sylvio Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1996. p. 54.

³²⁰ Para Smith e os grandes economistas que o acompanharam, a sociedade não é concebida como uma realização estática da humanidade que continua se reproduzindo, intocada e imutável, de uma geração para a seguinte. Ao contrário, a sociedade é vista como um organismo que tem sua própria história de vida. (HEILBRONER. *op. cit.* p. 54).

³²¹ OTTESON, James. *Os fundamentos do capitalismo: o essencial de Adam Smith*. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Faro Editorial. 2019. p. 106.

³²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 52. O autor ainda afirma que segundo Leibholz o encontro histórico do liberalismo com a democracia, como aconteceu na elaboração dos princípios da Revolução Francesa, norteadas pelo pensamento de Rousseau, Voltaire e Montesquieu, tem caráter contingente e não necessário ou inelutável.

³²³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 64.

³²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole. 2007. p. 427.

em que a atuação seria neutra, a burguesia acabou percebendo a importância do Estado para a sua própria manutenção. “Para tanto, o Estado precisaria ser politicamente poderoso, tanto para garantir o mercado nacional, como para poder se expandir em busca de novos mercados (imperialismo)”. A neutralidade do Estado não era mais interessante para os detentores dos meios de produção.³²⁵

O liberalismo, principalmente na Inglaterra, berço da revolução industrial, não trouxe benefícios para a sociedade inteira. Houve um acirramento social, permitindo que a classe abastada industrial oprimisse os trabalhadores. Como o Estado não intervinha para a proteção dos direitos dos trabalhadores, estes eram forçados ao trabalho em condições subumanas, do qual nem mesmo mulheres e crianças eram poupados. Por outro lado, fora das fábricas, quase não existia prestação estatal para compensar os desgastes sofridos pela classe operária. Era evidente a existência de “uma dívida social de assustadoras proporções e que o dia do acerto de contas não poderia ser adiado para sempre”.³²⁶

A ausência de intervenção estatal conduzia a situações graves. No domínio econômico, expunha os fracos à sanha dos poderosos. A primeira fase da Revolução Industrial, com a liberdade contratual, resultou em uma desumana espoliação do trabalho e o emprego de métodos brutais de exploração econômica. O esmagamento da autonomia individual e supressão da personalidade compeliram a uma correção conceitual da ideia de liberdade propalada pelo liberalismo tradicional, que posteriormente foi inserido nas Constituições democráticas.³²⁷

A partir do momento que o Estado liberal não pôde mais ficar indiferente à crise social, sob o risco de colocar em xeque a paz social e se instaurar o caos na sociedade, o Estado entra em sua fase social.³²⁸

³²⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003. p. 40.

³²⁶ HEILBRONER. *op. cit.* p. 101.

³²⁷ BONAVIDES. *op. cit.* p. 59.

³²⁸ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina. 2015. p. 27.

3.1.2 Estado socialista

Diante da realidade resultante do liberalismo surge uma opção à economia de mercado, o socialismo, iniciando-se com os socialistas utópicos, cujo maior expoente foi Robert Owen, proprietário de uma fábrica que se preocupava com a qualidade de vida de seus empregados. Essa corrente, que não chegou a formar uma escola, contribuiu para se consolidar uma crítica à sociedade burguesa, e no plano do debate ideológico, repercutiu as lutas sociais que vinham sendo travadas desde o início do século XIX na Europa.³²⁹

Com a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels, a busca por melhores condições de vida dos substratos inferiores da população se torna ainda mais pujante. A luta que era por melhores condições de vida, altera-se para uma busca de liberdade. A propriedade aprisionava, por meio dela que o proprietário dos meios de produção se aproveitava da força de trabalho da classe operária, resultando no ponto central da teoria comunista: “supressão da propriedade privada”.³³⁰

O Estado, pelo menos em um primeiro momento, assume o papel central da economia. O mercado privado que promovia a acumulação capitalista, afasta-se dos interesses individuais para se tornar um modo de acumulação socialista. Era necessária uma ruptura em que o Estado passasse a assumir um papel primordial. Segundo Preobrajensky, enquanto o capital comercial podia desenvolver-se nos poros da sociedade feudal, e o mercado privado pode se evoluir naturalmente na sociedade, “o complexo da produção estatal socialista só pode nascer em consequência da ruptura do antigo sistema em todas as suas frentes, somente como resultado da revolução social”.³³¹ E a forte intervenção estatal era um pressuposto para isso.

Na União Soviética, após a vitória dos bolcheviques na Revolução 1917, foi iniciada a experiência de implantação da economia de traços socialistas. Foram então dados os primeiros passos para a criação de uma “economia planificada”. Os primeiros atos nesse sentido foram a formação do Conselho Superior da Economia Nacional, e a emissão de decretos do controle operário, de modo a preparar a classe operária para avançar na implementação do socialismo.³³²

³²⁹ OLIVEIRA; GENNARI. *op. cit.* p. 105.

³³⁰ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Alvaro Pina. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Boitempo Editorial. 2005. p. 52.

³³¹ PREOBRAJENSKY, Eugen. *A nova econômica*. Trad. Leôncio Martins Rodrigues. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979. p. 90.

³³² ANDRADE, Everaldo de Oliveira. A Revolução de Outubro de 1917 e a planificação econômica socialista. Verinotio - *Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, v. 23, n. 2, p. 22-38. 2017. p. 24.

Partiu do Estado um controle econômico e um plano de desenvolvimento, passando o Estado a controlar parte da economia. Houve a criação da “nova política econômica” na qual o principal agente da econômica era o próprio Estado, tendo por objetivo a industrialização do país e uma reestruturação do setor agrário. Esse modelo econômico é chamado de economia centralmente planejada, no qual Estado intervém fortemente na economia, podendo estabelecer metas de produção, quantidade de investimento em cada setor produtivo, sendo que comumente, o próprio Estado desempenha as funções de produção de bens e prestação de serviços.³³³

Até mesmo os serviços domésticos estariam inicialmente albergados na teoria socialista de Estado, o que ajudava expor a situação de desigualdade vivida pelas mulheres. Segundo os precursores do socialismo na União Soviética, haveria a transferência do trabalho doméstico para a esfera pública. Seria como se transformasse o trabalho doméstico em serviço público. As tarefas realizadas pelas mulheres em casa seriam realizadas por trabalhadores assalariados em refeitórios, lavanderias e creches comunitárias.³³⁴

Segundo Torres, na fase da ditadura do proletariado, o fenômeno da tributação quase desaparece no estado socialista. Como o Estado é proprietário dos meios de produção, as entradas necessárias para o financiamento das despesas é realizada a título de preço público ou de contraprestação pelos bens e serviços prestados.³³⁵

Devido ao fato de a União Soviética ter experimentado uma industrialização significativa e ter aumentado a produção agrícola, o modelo de economia planificada juntamente com o ideologia socialista ganhou ainda mais força.³³⁶ Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial em que o mundo ficou dividido entre duas superpotências que tentavam impor seu modelo econômico. De um lado o regime de mercado dos Estados Unidos e de outro o regime de economia planificada.

³³³ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Plano X Mercado na História do Pensamento Econômico: Quatro Rodadas de um Grande Debate. *Estudos Econômicos*, São Paulo, 38, p. 373-395, 2008. p. 380.

³³⁴ GOLDMAN, Wendy. *Mulher, estado e revolução: política da família soviética e da vida social entre 1917 e 1936*. trad. Natalia Angyalossi Alfonso. São Paulo: Ed. Boitempo. 2014. p. 17. Segundo a autora “só assim as mulheres se veriam livres para ingressar na esfera pública em condições de igualdade com os homens, desvencilhadas das tarefas de casa. As mulheres seriam educadas e pagas igualmente, e seriam capazes de buscar seu próprio desenvolvimento e seus objetivos pessoais”.

³³⁵ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 530.

³³⁶ ANDRADE. *op. cit.* p. 36.

3.1.3 Estado Social

Em um meio termo entre o Estado liberal e o socialista, surge o Estado social ou prestacional. Nesse modelo, não há centralização e condução da economia pelo Estado, mas os cidadãos são colocados no centro da atuação estatal. Cria-se direitos individuais a serem respeitados pelo Estado e pelos próprios indivíduos. Mais que um dever de o Estado não intervir na esfera individual, a ele ainda é atribuído uma série de prestações positivas. É o Estado-providência, prestacional, impactando fortemente na sua política fiscal.

O Estado não se limita a proteger as liberdades individuais. Além dessa proteção, entrega bens e serviços orientados pela ideia de justiça ou de utilidade. O Estado social é inspirado “nos princípios jurídicos decorrentes dos valores fundamentais da liberdade, da justiça, e da utilidade, não se cifrando com exclusividade na proteção individual. É a simbiose entre o Estado tutor das liberdades individuais e o Estado redistribuidor de rendas”.³³⁷

Torres entende que o Estado social é o mesmo Estado de Direito do liberalismo, mas voltado para o social.³³⁸ Nesse aspecto não haveria modificação alguma na figura do liberalismo e dos objetivos estatais, apenas acrescentando políticas sociais na ação do governo. Seria o Estado social mais humanista, no qual os dirigentes compreenderam as prementes necessidades de uma fatia do povo. Ou, adotando perspectiva diversa, as políticas sociais estariam simplesmente sendo utilizadas como uma estratégia para acalantar as massas populares com o fim de perpetuação da classe dominante no poder.

De maneira semelhante entende Onofre Batista, segundo o qual no Estado prestacional as políticas públicas distributivas atuam basicamente como estruturas funcionais do capitalismo mais avançado para solucionar os problemas de legitimidade do próprio capitalismo, evitando a subversão da ordem. Exige-se do Estado um papel de compensação para as classes desfavorecidas e reconciliação dos interesses gerais da sociedade com os interesses do próprio capital, como condição de continuidade do sistema. Em resumo, “o modelo social do Estado entrou no meio do confronto entre capital e trabalho, evitando que esse duelo competitivo colocasse em causa a paz social”.³³⁹ Bonavides entende de maneira diferente. Para o autor “quando se chega ao Estado social, já ficou para trás toda uma concepção de vida, com as tradições de um passado morto e irrecuperável”. Vê-se o Estado com maioria política,

³³⁷ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 533.

³³⁸ *Ibidem.* p. 532.

³³⁹ BATISTA JÚNIOR. *op. cit.* p. 101.

social e econômica.³⁴⁰ O Estado social é resultado de uma mudança social, na qual os trabalhadores e a classe média aumentaram suas demandas por serviços sociais.³⁴¹

Tanto no liberalismo, quanto no socialismo científico, a ação política se move com os vínculos de classe.³⁴² Enquanto no socialismo prepondera a classe proletária, no liberalismo, pelo menos na feição clássica, a atuação estatal é projetada para não interferir no domínio da classe abastada. O Estado social é outro. Ele “parte do pressuposto de que a plena realização dos direitos individuais depende necessariamente da compatibilização destes com o desiderato da justiça social, mantendo as instituições democráticas, e, pelo menos a princípio, a filosofia individualista que as fundamenta”,³⁴³ buscando compatibilizar direitos individuais com justiça social. Ele incorpora alguns dos anseios democráticos, e se propõe a atender uma parcela da população antes excluída de qualquer prestação estatal ou de proteção.

Basta rememorar as teorias acerca da formação do Estado para aclarar a importância da legitimidade e do avanço democrático do Estado social. Não se mostra concebível um ente supraindividual, consensualmente constituído, atender somente os interesses de uma pequena parcela dos indivíduos. Um ente coletivo que preserva os interesses de apenas uma minoria não detém legitimidade, e tampouco, seria minimamente crível que o mesmo seja condizente com a democracia.

Ao inserir a vontade coletiva do aparato estatal, sobretudo a vontade da parcela menos favorecida, faz com que o Estado assuma obrigações de proteger e tutelar os menos abastados. O Estado deixa de ser aquele prestador mínimo para entregar a população uma gama mais variada de bens e serviços. Isso porque os indivíduos mais ciosos com seus direitos não se satisfazem com um Estado que mantém a ordem posta.

O Estado liberal e o Estado socialista, frutos de movimentos muitas vezes violentos, buscavam ajustar o corpo social com o propósito de sustentar o novo sistema econômico adotado por meios revolucionários. Já o Estado social deriva do “consenso das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais”.³⁴⁴

³⁴⁰ BONAVIDES. *op. cit.* p. 24.

³⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, Estado social e reforma gerencial. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, 2010, p. 112.

³⁴² BONAVIDES. *op. cit.* p. 166.

³⁴³ BATISTA JÚNIOR. *op. cit.* p. 32.

³⁴⁴ BONAVIDES. *op. cit.* p. 32.

O Estado social não é apenas um Estado liberal com algumas políticas sociais. Ele é fruto de um amadurecimento democrático e de uma inserção e informação da população mais carente no processo político. A ausência de condições razoáveis de vida para a parcela da população menos favorecida economicamente, aliada à maior comunicação faz com que exista uma pressão para o Estado oferecer alguma contrapartida. No Estado social, existe mais sociedade e menos Estado. A sociedade dita os rumos da atuação estatal e não se estatiza valores, impondo-se padrões a serem seguidos para os cidadãos. A liberdade e igualdade não necessariamente se contradizem. Conforme afirma Bonavides, no Estado social “as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno”.³⁴⁵

O resultado é um Estado que está no meio termo entre o Estado liberal e o de feição socialista. No entanto, não existem apenas esses três modelos.³⁴⁶ Entre um modelo que nada intervém na vida e no mercado privado, e outro que centraliza fortemente a economia e controla a vida dos cidadãos, existem infinitas possibilidades de atuação do Estado. Conceitualmente, podemos até mesmo entender como sendo um Estado social aquele que possui, no mínimo, políticas de moradia e transporte para população de menor renda. Da mesma maneira, podemos considerar como sendo Estado social sem a existência de tais políticas específicas, podendo ser outras desde que exista uma integração entre sociedade e Estado.

A extensão e amplitude do sufrágio e da democracia derrubam a separação entre Estado e sociedade. "O Estado não está mais acima das forças sociais, pois o povo ocupa o Estado, que passa, então, a ser auto-organização da sociedade. Consequentemente, o Estado deve satisfazer todas as necessidades e demandas da população, intervindo nos domínios econômico e social".³⁴⁷

A Constituição brasileira, tendo por base a classificação acima, diante do extenso rol de direitos dos cidadãos, dos fundamentos e objetivos da república, tais como a redução das desigualdades, indubitavelmente formata a República Federativa do Brasil como um Estado social.

³⁴⁵ *Ibidem* p. 33.

³⁴⁶ Segundo Claude Jessua, existem pelo menos dois modelos de estados capitalistas de desiderato social: o “modelo renano” (estado de bem-estar universalista e igualitário) que resulta de uma combinação da economia de mercado com uma intervenção estatal visando a redistribuição fiscal e proteção social; e o “modelo anglo-saxão” (estado de bem-estar conservador e liberal), no qual tem um papel limitado aos serviços de educação, saúde e previdência social. (BATISTA JÚNIOR. *op. cit.* p. 95).

³⁴⁷ BERCOVICI. 2003. *op. cit.* p. 77.

3.1.4 Eleição dos limites da intervenção estatal

O sistema econômico do Estado mostra-se relevante como guia das despesas públicas, uma vez que limita a atividade financeira estatal. O entendimento do modelo econômico do Estado é essencial para interpretação dos objetivos traçados pelo poder constituinte. Não se pode dissociar a discussão das despesas públicas com o sistema econômico adotado pelo Estado, sob pena de não se possibilitar a compreensão das decisões fundamentais da sociedade.

Segundo Weber, a ordem econômica é a distribuição do poder de disposição efetiva sobre bens e serviços.³⁴⁸ Somente pelo fato de o Estado existir já acarreta interferência na ordem econômica, pois altera o poder sobre a disposição de bens e serviços. Quando o Estado atua arrecadando ou realizando despesas, há uma interferência na ordem econômica. O sistema econômico de um Estado é algo essencial para a determinação da própria natureza desse Estado, bem como para aferir a legitimidade de suas ações.

Um erro um tanto comum, talvez por certas experiências históricas, é associar o capitalismo à democracia e o socialismo à ditadura (ditadura do proletariado). Como se a democracia fosse vinculada à alguma espécie de ideologia ou modelo econômico. A democracia é um sistema político que independe da ideologia.

Ao tratar sobre o tema, Kelsen parte da definição sobre os dois sistemas econômicos. Capitalismo seria o sistema econômico no qual é essencial a propriedade privada dos meios de produção, prevalecendo a livre iniciativa e concorrência. É um sistema que pressupõe a liberdade econômica com uma menor presença de intervenção governamental direta na vida econômica. Por sua vez, no socialismo haveria um controle público dos meios e processos de produção e distribuição de bens e serviços. É um sistema econômico que implica restrição econômica e uma intervenção maior do Estado.³⁴⁹

Segundo o mesmo autor, nenhum dos dois sistemas econômicos estão relacionados a um sistema político definido. Tanto podem ser estabelecidos em um sistema democrático como autocrático. Enquanto forma de governo, um sistema político é um processo ou método para a criação e aplicação de uma ordem social, “não existe uma relação necessária entre um sistema político definido e um sistema econômico definido. O método democrático

³⁴⁸ WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría. Madrid: Fondo de cultura económica. 2002. p. 251.

³⁴⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benetti et al. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 253.

ou autocrático pelo qual uma ordem é criada e aplicada não exclui nenhum conteúdo econômico dessa ordem”.³⁵⁰

O capitalismo, no qual impera os meios de produção privados e a livre concorrência, tende a consolidar o poder de forma associada aos setores produtivos. Para isso o Estado serve de instrumento para a manutenção do poder conquistado pela elite econômica. O Estado, conseqüentemente, fortalece-se, mas a sociedade acaba se deparando com uma economia organizada hierarquicamente, e não democraticamente. O Estado passa a ser controlado pela oligarquia capitalista.³⁵¹

Quando se pensa em capitalismo de um estado liberal, no qual o Estado não intervém de forma alguma na vida privada, o que ocorre é uma omissão do Poder Público para as necessidades dos cidadãos, deixando-os desprotegidos. Ademais, uma tendência natural é que os setores produtivos se acomodem. Com a acumulação de capital, alguns setores conseguem exercer influência por meio de grupos que pressionam as decisões do Estado, deslegitimando as ações coletivas. O Estado não vai ser neutro. Ele vai adotar a bandeira do grupo que é o beneficiário da atuação ou omissão do Estado.

O Estado pode ser utilizado para o atendimento de determinados grupos que nem sempre coincidem com o interesse da maioria. E a ideia da não intervenção, na verdade se trata de intervenções pontuais para atender determinados setores. Conforme pontua Buchanan o estado democrático foi concebido como o conjunto de restrições a uma sociedade que administrava seus assuntos econômicos, em grande parte, por meio de uma ordem econômica competitiva. Nesse sistema, o interesse econômico do indivíduo é essencial como motivador da ação.³⁵²

A democracia do Estado com viés liberal tende a regular a economia e as relações sociais de modo a permitir a competição entre os agentes econômicos. Porém, quando certos grupos conseguem acumular capital e se consolidar economicamente, acabam fazendo com que o Estado trabalhe para a manutenção desse grupo. Desvirtua a democracia, retirando a legitimidade das ações estatais.

Já o socialismo, pelo menos o da época de sua implantação na União Soviética, também era justificado democraticamente pelos seus teóricos. Afirmavam que como a massa proletária era a maioria na sociedade, a tomada do poder pela classe operária significava a maior

³⁵⁰ KELSEN. *op. cit.* p. 254.

³⁵¹ BERCOVICI. 2003. *op. cit.* p. 41

³⁵² BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund. 1999. p. 21.

parte da população sendo investida do poder político. Segundo Lenin, o movimento proletário era caracterizado como “o movimento autoconsciente e independente da imensa maioria, voltado para os interesses da imensa maioria”.³⁵³

Passada essas questões históricas, não se deve perder de vista que o sistema democrático comporta tanto o socialismo quanto o capitalismo. E o mais importante é que existem muitas possibilidades de sistemas econômicos entre o capitalismo liberal e o socialismo. A legitimidade das ações do Estado advém de quando suas ações e a forma de atuação estão de acordo com os anseios do povo.

O denominado Estado social está entre o capitalismo liberal e o socialismo. É um Estado democrático em que se admite intervenção estatal para dar cabo dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte. A intervenção estatal será em maior ou menor escala a depender dos fins estabelecidos na Constituição e do estágio evolutivo da sociedade.

Por exemplo, um determinado serviço pode ser considerado serviço de interesse público em determinada sociedade, mas não em outra. Uma sociedade pode entender que certos bens serviços constituem um mínimo existencial para seu povo, e em outra podem entender de maneira diferente.

Ao tratar do Estado social, Bonavides afirma que diferentemente do Estado social antidemocrático instaurado em regimes socialistas, o Estado social das democracias admite a mesma ideia do dirigismo do Estado socialista, com diferença que se trata de um dirigismo consentido pela sociedade e que conserva intactas as bases do capitalismo,³⁵⁴ tal como a manutenção da propriedade privada.

O fato de existir uma maior ou menor intervenção do Estado na economia e na sociedade não faz com que se perca a legitimidade democrática. O que importa em termos democráticos é se o “dirigismo” está de acordo com o modelo econômico escolhido pela população.

3.2 AÇÃO ESTATAL DE PROTEÇÃO E FOMENTO DO MERCADO

A Constituição da República dispõe que o mercado interno integra o patrimônio nacional. Impõe que o Estado o incentive “de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e

³⁵³ KELSEN. *op. cit.* p. 146.

³⁵⁴ BONAVIDES. *op. cit.* p. 25.

socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País” (art. 219). Estabelece ainda que o Estado estimule a formação e fortalecimento da inovação nas empresas, “a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia” (art. 219, §1º).

Cabe ao Estado proteger e fomentar o mercado interno, ele lança mão do direito moderno justamente para preservar os mercados. O direito posto pelo Estado moderno “existe fundamentalmente para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar ‘domesticar’ os determinismos econômicos”.³⁵⁵ Como bem resumem Murphy e Nagel: "não existe mercado sem governo e não existe governo sem impostos; o tipo de mercado existente depende de leis e decisões políticas que o governo tem a fazer e tomar".³⁵⁶

O mercado, segundo a concepção de Eros Grau, é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo. O mercado não é mais aquele lugar medieval onde se realiza a feira. A partir do século XVIII, assume uma feição mais extensa e dinâmica, uma ideia que agrupa uma série de atos, fatos e objetos. O mercado deixa de representar o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político. Como é o direito estatal que constitui o mercado, ele é uma instituição jurídica e reclama do Estado, a um só tempo, a realização de sua regulamentação e a garantia de liberdade econômica.³⁵⁷

Embora boa parte das discussões relativas ao gasto público circundem temática de implementação e execução de políticas públicas para as classes menos favorecidas, há que se ter em vista a despesa pública enquanto instrumento para função do Estado. As finanças públicas têm objetivos que muitas vezes não são expandidos pela doutrina do Direito, sendo encampados pelas ciências econômicas e refugado de análises jurídicas.

Como se trata de um trabalho jurídico, a análise é jurídica. No entanto, deve-se enxergar além dos lugares comuns de atendimento de direitos fundamentais para vislumbrar o papel da alocação dos recursos públicos em um ambiente supraindividual, como um fenômeno também econômico. Na realidade, pode-se conferir um viés jurídico à própria política econômica, adequando-a aos fins estabelecidos na Constituição. O que não se pode olvidar, contudo, é que existem funções estatais para além dos direitos fundamentais individualmente considerados.

³⁵⁵ GRAU. 2018. *op. cit.* p. 18.

³⁵⁶ MURPHY; NAGEL. *op. cit.* p. 46.

³⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 33.

Não se pode dissociar o direito financeiro dos aspectos econômicos. Os gastos públicos devem possuir um propósito que também atenda a função estatal no mercado privado e no desenvolvimento nacional. Como se pode ver dos fundamentos e objetivos constitucionais, a garantia do desenvolvimento nacional também é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II).

Por mais que a Constituição brasileira seja alcunhada de cidadã e albergue uma imensa gama de direitos individuais e sociais, não se adotou um modelo de economia planejada ou centralizada. O texto constitucional deixa claro a opção pela economia de mercado. A força motriz do Estado é mercado privado. A Constituição da República em diversas passagens deixa claro tal intento, como a proteção à propriedade privada ser direito fundamental (art. 5º, caput e XXII) e a livre iniciativa ser fundamento da República (art. 1º, IV).

Inclusive, o presente trabalho tem por fundamento a existência de um mercado privado que deve ser protegido pelo Estado. Como descrito no início do trabalho, uma concepção de formação do Estado nacional baseada na teoria do contrato social advém da necessidade de proteção do mercado privado, no qual os indivíduos comercializavam entre si e precisavam de uma estrutura supra-individual para conferir segurança às relações sociais e comerciais. Segundo Eros Grau foi o comércio que determinou a criação do Estado e fortalecimento do Direito. O desenvolvimento do trabalho e das trocas impôs a necessidade de uma maior previsibilidade das relações jurídicas. O cumprimento dos contratos não poderia ficar ao alvedrio da equidade. Engendrou-se um sistema rígido de normas a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas. “Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir”. A confiança dos agentes econômicos no funcionamento da ordem jurídica constitui uma exigência vital do capitalismo racional. O capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões minimamente seguras para poder se desenvolver.³⁵⁸

Não se pode pensar em sociedade e desenvolvimento nacional sem mercado. Nossa Constituição, embora tenha nítido colorido social, não se afasta do capitalismo e do livre mercado. A Constituição da República parece ser clara no sentido de que nosso sistema econômico prepondera à atividade do mercado privado, devendo o Estado atuar somente em casos específicos. Não se mostraria constitucional, por exemplo, o Estado constituir uma empresa para fabricar calçados, por exemplo.

³⁵⁸ GRAU. *op. cit.* p. 30.

Constitucionalmente, o Estado deve atuar diretamente, ou por regime de concessão ou permissão, quando envolver a prestação de serviços públicos (art. 175). Não sendo prestação de serviço público, não seria o caso de atuação estatal. Fora dessa hipótese, a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, tem por função a “fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174).

O Estado deve zelar por uma autocontenção pela intervenção, e quando planejar alguma intervenção, deve analisar os efeitos na atividade privada. Há que conceder tratamento equitativo dos agentes econômicos. Isso deriva diretamente da livre iniciativa (binômio liberdade/igualdade), sendo elemento essencial do livre mercado. Conforme assevera Ferraz Junior, “um dos sentidos fundamentais do livre mercado é o de que as forças de mercado devem ter prioridade na formação de preços, no aperfeiçoamento quantitativo na produção de bens e serviços, na alocação de recursos”.³⁵⁹

Neste ponto, podemos retornar à questão sobre a necessidade do setor público. É a pergunta que Musgrave faz no início de sua obra: Por que o setor público é necessário? Por que não deixar tudo da economia para o setor privado? Segundo o autor nem tudo se reflete em ideologias políticas e sociais. O fato mais importante é que o mecanismo de mercado por si só não pode realizar todas as funções econômicas. A política pública é necessária para guiar, corrigir, e complementar o mercado em alguns aspectos.³⁶⁰

Quando se fala em mercado, o termo é empregado na sua acepção mais ampla. Mercado como sendo qualquer prestação de utilidade para a vida das pessoas. Por exemplo, a iluminação pública das ruas pode ser de difícil implementação sem a atuação governamental. Isso porque a utilidade não seria divisível. O mesmo ocorreria com os serviços de tratamento de esgoto e segurança pública.

A existência de um Estado e de um setor público com a alocação de recursos para determinadas atividades, que proteja o mercado e o estabilize, mostra-se importante para a sociedade. Além de organizar serviços que dificilmente seriam realizados por particulares, ainda confere segurança e estabilidade nas relações sociais.

³⁵⁹ FERRAZ JUNIOR. *op. cit.* p. 366.

³⁶⁰ MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. *Hacienda Pública: teorica y aplicada*. 5a. ed. Trad. Juan Francisco Corona Ramon, Juan carlos Costas Terrones, Amelia Diaz Alvarez. Madrid: McGraw-Hill. 1991. p. 06.

Pode-se apontar algumas razões pelas quais seria imperiosa a existência do Estado e de políticas públicas para corrigir e complementar os mercados.³⁶¹ Em primeiro lugar, a operacionalização do mercado exige uma estrutura de proteção que vai desde a previsão legal (como contratos) até a possibilidade de instrumentos de execução forçada em caso de inadimplemento. Um segundo ponto é que mesmo que os mercados funcionassem sob concorrência perfeita, certos bens e serviços, em razão de suas próprias características, não poderiam ser fornecidos pelo sistema do mercado (ou seria muito difícil), tais como iluminação e segurança públicas. Em terceiro, parte-se da premissa que a mão invisível do mercado não acarreta um maior grau de eficiência e tampouco em um maior bem estar para a população. O livre funcionamento do sistema do mercado não necessariamente induz um elevado nível de emprego, estabilidade dos preços e um desenvolvimento econômico esperado pela sociedade. Assim, a ação do governo é fundamental para assegurar tais objetivos.³⁶²

Por último, o Estado se faz necessário para resolver problemas de externalidade e falhas de mercado, seja atuando oferecendo subsídios para algumas atividades que julga ser benéficas ou importantes para a sociedade, ou penalizando atividades que considera perniciosas. Além disso, valores sociais podem requerer algum ajuste na distribuição de renda resultante do funcionamento do mercado.³⁶³

3.2.1 Funções da política financeira do Estado

Tendo em vista o modelo econômico constitucional, a função primária do governo é fornecer a estrutura legal dentro da qual todas as transações econômicas ocorrem. Stiglitz e Rosengard dividem as atividades governamentais em quatro categorias: (1) a produção de bens e serviços; (2) a regulamentação e subsídio ou tributação da produção privada; (3) a compra de bens e serviços, de mísseis a serviços de limpeza de ruas; e (4) a redistribuição de renda. Essas quatro categorias - produção, regulamentação, compra e redistribuição - são

³⁶¹ É possível parificar essa necessidade com os objetivos e fundamentos constitucionais analisados no capítulo anterior, mormente com os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, IV), garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III).

³⁶² GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2000. p. 30.

³⁶³ GAMBIAZI. *op. cit.* p. 30.

simplesmente uma maneira conveniente de agrupar a vasta gama de atividades governamentais.³⁶⁴

Com vista nessas necessidades, Musgrave faz uma importante divisão da atividade financeira do Estado. Segundo o economista de finanças públicas, a ação do Estado através da política fiscal abrange três funções básicas: alocativa, distributiva e estabilizadora.³⁶⁵ Atualmente, conforme assevera Stiglitz, reconhece-se que as atividades do governo em todos os três ramos estão interligadas e não podem ser compartimentadas, mesmo assim, os três ramos fornecem uma maneira conveniente de se examinar os gastos públicos.³⁶⁶

3.2.1.1 Função alocativa

Ao realizar despesas públicas nas quais se aloca recursos com o fim de ofertar à população determinados bens e serviços, o Estado está realizando uma função alocativa. Por meio do gasto estatal são colocados à disposição da população todos os serviços e bens públicos. Sem a atuação estatal, provavelmente os bens e serviços não seriam disponibilizados aos indivíduos ou o seriam de maneira insuficiente.

O policiamento de uma rua, o banco de uma praça, serviços relativos à justiça pública são exemplos de alocação de dinheiro estatal, estando açambarcada por essa função alocativa que é exercida pelo Estado por meio das despesas públicas.

O que se mostra interessante, principalmente em termos de mercado, é a necessidade dessa função alocativa em situações específicas. Devido à característica de alguns setores, os quais não são supriáveis inteiramente pelos agentes privados, o Estado acaba tendo que intervir para gerar comodidades para a população.

Diferentemente dos bens privados, os bens sociais ou públicos não podem prover-se mediante o sistema do mercado, ou seja, através de transações entre consumidores e fornecedores individuais. Considerando a preponderância dos agentes privados no mercado, a atuação do Estado seria necessária para os casos em que o sistema de mercado não funcionaria

³⁶⁴ STIGLITZ, Joseph; ROSENGARD, Jay. *Economics of the public sector*. 4a ed. New York: W. W. Norton & Company Inc. 2015. p. 29.

³⁶⁵ MUSGRAVE. *op. cit.* p. 07.

³⁶⁶ STIGLITZ; ROSENGARD. *op. cit.* p. 18.

adequadamente. Em alguns casos, o mercado falha totalmente enquanto em outros pode funcionar de maneira totalmente ineficaz.³⁶⁷

Podemos lançar a seguinte questão para clarificar a ideia exposta: supondo uma praça pública, que na verdade nada mais é que um terreno baldio, desconsiderando que seja atribuição do Poder Público zelar pela área, e que a área seja pública para fins de intervenção particular, nada impediria que os moradores do entorno do local fizessem uma construção ou uma reforma na praça. Apesar de nada impedir a intervenção dos particulares para construção da praça, é pouco provável que os vizinhos se juntem e arquem com a construção da praça pública.

Destaque-se que na hipótese acima não seria função do Estado construir a praça pública para lazer da população.

Suponhamos que o ordenamento jurídico determine que cabe ao Poder Público somente a delimitação da área da praça, e se os particulares quiserem, eles devem se organizar e promover a construção da praça. Talvez nos bairros mais ricos algumas praças sejam construídas, mas não seria crível a conclusão de que teríamos uma quantidade razoável de praças construídas e conservadas, ainda mais nos bairros mais humildes.

Ora, é difícil imaginar que os particulares se organizem e despendam de dinheiro próprio para construir uma praça que seria utilizável por toda a população, tenha o possível utente contribuído ou não para a construção da praça. A conclusão é de que, nesse caso das praças, os agentes privados não conseguiriam suprir a demanda de construção das praças da cidade. Faltaria espaços públicos de lazer, e a cidade ficaria cheia de terrenos baldios aguardando os particulares se organizarem para construir as praças.

Em alguns casos, pela própria natureza do bem ou do serviço é impossível que a população frua do bem sem intervenção do Estado. Segundo Musgrave, uma diferença essencial entre bens públicos e particulares é a possibilidade de uma pessoa fruir do bem sem rivalizar com outra pessoa, como por exemplo, o ar limpo ou iluminação pública. No mercado privado a fruição é excludente. Se alguém compra uma camisa, outra pessoa não pode fruir da mesma camisa. Se alguém quiser o bem, tem que comprar. Quando são bens sociais seria ineficaz excluir a participação de um consumidor aos benefícios daquele bem ou serviço, já que a participação de uma pessoa não reduz a da outra.³⁶⁸

³⁶⁷ MUSGRAVE. *op. cit.* p. 08.

³⁶⁸ *Ibidem.* p. 08.

Seguindo a mesma linha, seria pouco provável que os indivíduos sejam capazes de conseguir se organizar para dividir os custos de modo a realizar a manutenção de um sistema de policiamento ostensivo e preventivo. Esse serviço de policiamento ostensivo, assim como o exemplo da construção de praças, não é capaz de ser provido mediante o sistema do mercado, através de transações entre consumidores e fornecedores.

Por isso a importância de se destacar a função alocativa do Estado. Sem a atuação do Estado em determinados setores, o serviço seria completamente inviável, uma vez que o mercado privado não conseguiria atender a demanda de maneira eficiente.

Há que se identificar quais os setores são importantes para que o Estado exerça sua função alocativa, e nesses setores considerados importantes, quais deles o mercado privado não consegue atender de forma satisfatória. São dois momentos de análise, o primeiro para a definição do que é importante para a sociedade, e o segundo, se o mercado privado consegue suprir a demanda.

Em uma sociedade que preza pela livre iniciativa, a função alocativa do Estado deve ser realizada quando o mercado privado não é capaz de suprir a demanda de setores reputados importantes, de maneira satisfatória, ou houver algum motivo de Estado que contraindique a prestação pelo mercado privado, tal como razões de segurança nacional. É também nesse aspecto que deve ser considerada a legitimidade do gasto público.

3.2.1.2 Função distributiva

O Estado ao realizar a política financeira, tanto por meio dos gastos públicos quanto na tributação, exerce uma função distributiva. A renda e o bem-estar dos indivíduos sofre alteração com a intervenção estatal. A depender da forma de atuação do Estado, pode resultar na diminuição das desigualdades, como também pode aumentá-las.

Considerando que a estrutura estatal tem como objetivo o aumento do bem-estar do seu povo, o Estado deve direcionar a economia de modo a distribuir a renda para majorar a eficiência e o bem-estar. Nesse aspecto, a tarefa do Estado, não necessariamente envolve a redução das desigualdades sociais. Não se está dizendo que não deva ser um objetivo das ações estatais, o que se assevera é que a redução das desigualdades sociais pode ou não coincidir com o aumento do bem-estar geral.

Segundo Musgrave, na análise econômica moderna, a essência da economia de bem-estar exclui as considerações distributivas. Afirma-se que as condições econômicas são eficientes se a posição de uma pessoa melhora, desde que a posição das outras não piore. A regra de alguém ganhar sem ninguém perder tem servido de avaliação de eficiência dos mercados. A resposta para questão de distribuição justa adentra em considerações de juízos de valor e filosofia social.³⁶⁹

O fato de algumas constituições nacionais, tal como a Constituição Brasileira, conterem como objetivo a redução das desigualdades, reflete uma posição política fundamental do povo não necessariamente ajustada à melhoria do bem-estar social. O Estado, na busca do aumento do bem-estar dos indivíduos, deve proporcionar que todos tenha condições de melhoria e que melhorem suas vidas.

A intervenção do Estado, em questões de distribuição de renda, pode se dar por critérios não conectados à justiça social. Se uma dada sociedade tem um renda muito concentrada, de modo que a esmagadora maioria não tenha acesso à renda alguma, a existência de um mercado consumidor ficaria comprometida. Para fins de progresso e crescimento econômico seria interessante que houvesse programa do governo para incrementar o consumo. Em outras palavras, independentemente de questões ligadas à justiça social, dependendo da distribuição patrimonial na sociedade, a intervenção Estado pode ser interessante para assegurar um maior desenvolvimento econômico.

Aliás, a própria atuação estatal ao fornecer e manter serviços básicos de segurança pública por exemplo, é suficiente para alterar a conjuntura inicial da renda e patrimônios privados. Os bens e serviços públicos são mantidos por meio da tributação dos contribuintes, e a maioria dos serviços prestados pelo Estado não é divisível, de modo que não é possível dizer que alguém pagou exatamente o que consumiu. Por outro lado, é difícil imaginar um sistema tributário que realize a exação de maneira totalmente equânime entre os contribuintes. Assim, mesmo que não exista política governamental de redistribuição de renda, a própria existência da atividade financeira do Estado já é suficiente para alterar a configuração de patrimônio e renda dos indivíduos.

Quanto à essa questão de redistribuição e desigualdade social, retornaremos ao assunto no próximo capítulo.

³⁶⁹ *Ibidem.* p. 12.

3.2.1.3 Função estabilizadora

Por meio da política fiscal o Estado exerce o papel de promover a estabilidade econômica do mercado. A importância dessa função decorre do fato de que todo mercado passa por flutuações importantes, não tendo a capacidade de auto ajustar de maneira que consiga a conferir segurança para todos os indivíduos. A política fiscal do Estado deve ser atuante para corrigir falhas no mercado e proporcionar o mínimo de estabilidade e segurança.

Basta imaginar uma sociedade sem a presença do Estado para se ter ideia da importância da função estabilizadora. Mesmo em sociedades rudimentares, dependentes de atividade agropecuária, é possível que alguma adversidade climática impacte fortemente na qualidade de vida dos indivíduos. Se por motivos climáticos a produção agropecuária fosse reduzida drasticamente, já seria razão suficiente para gerar uma onda inflacionária, resultando em um processo de desabastecimento e desestruturação da economia.

Na ausência de um ente supraindividual capaz de alocar recursos na economia e conter crises temporárias, a sociedade estaria sujeita a várias oscilações econômicas gerando inflação e desemprego. Além disso, a inexistência do Estado e de sua função de conferir estabilidade, acabaria por inibir investimentos por agentes privados, uma vez que os mesmos não teriam a necessária segurança para o retorno de seus investimentos.

Segundo Catarino, a evolução da atuação do Estado na economia evoluiu, deixando para trás o pensamento liberal, porque a realidade dos fatos permitiu a constatação que nem o Estado, nem suas finanças poderiam ficar alheados por fatos econômicos. Houve uma transição da neutralidade financeira do Estado para as finanças intervencionistas. Conforme o autor, a evolução dos ideais sociais e econômicos “levou à compreensão de que a intervenção pública era necessária para o equilíbrio natural dos mercados uma vez que este não era, afinal, um dado adquirido”.³⁷⁰

Ao comentar sobre a orientação finalística da ação governamental, Comparato afirma que mesmo nos Estados marcados pelo liberalismo mais triunfante e diante das proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, aceita-se a intervenção estatal na economia (no caso, exercendo função de estabilização). É unânime entre os economistas liberais o reconhecimento de que “toda política econômica estatal deve orientar-se para a realização das quatro metas constitutivas do chamado ‘quadrilátero mágico’: a estabilidade

³⁷⁰ CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 57.

monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego”.^{371 372}

A política fiscal do governo, por meio de tributação e gastos públicos exerce tarefa importante como função de conferir estabilidade econômica. É importante no sentido de proteger a economia de flutuações bruscas. Conforme Giambiagi e Além: “o funcionamento do sistema do mercado não é, por si só, capaz de assegurar altos níveis de emprego, estabilidade de preços, e altas taxas de crescimento econômico”.³⁷³

Esses objetivos coincidem com os fins propostos pela Constituição do Brasil de desenvolvimento nacional (art. 3º, II), e com a diretriz da atividade econômica na busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII). Ademais, a ideia de estabilidade está indissociavelmente relacionada com a segurança (art. 5º), permitindo que os indivíduos possam traçar planos para o futuro.

Há que se fazer uma ressalva, contudo. As flutuações de mercado que ocasionam recessão econômica, com a conseqüente diminuição do consumo, queda na produção e aumento de desemprego, devem ser evitadas ou ter seus impactos minorados. Contra a intervenção estatal para fins de estabilização, critica-se o fato de a política fiscal operar com atraso, por causa do longo processo político que rege as mudanças nas despesas do governo e no sistema tributário.³⁷⁴

Com a globalização, esse papel de estabilização se mostrou ainda mais importante, porém menos eficaz. A mundialização do capital reduziu substancialmente a condição de os Estados de controlar e regular suas economias. Os governos nacionais não dispõem de instrumentos regulatórios capazes de frentes à novos problemas. Há uma impotência para conter as crises,³⁷⁵ que podem ser abrandadas, mas não impedidas.

Mesmo que a atuação financeira do Estado não seja a esperada ou receba muitos adeptos, é inegável a importância para minorar as crises. Essa intervenção é essencial na sociedade atual. Basta lembrar das medidas tomadas pelos estados nacionais no combate aos

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, p. 39-48, 1998. p. 43.

³⁷² De maneira semelhante Musgrave aponta também quatro objetivos da política fiscal: “alto nível de emprego, razoável grau de estabilidade de preços, solidez das contas exteriores e aceitável taxa de crescimento”. MUSGRAVE. *op cit.* p. 13.

³⁷³ GIAMBIAGI; ALÉM. *op cit.* p. 35.

³⁷⁴ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning. 2009. p. 812.

³⁷⁵ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina. 2015. p. 127.

efeitos econômicos da pandemia da COVID-19, para se concluir pela relevância das despesas públicas nesse aspecto.

3.2.2 Gastos públicos para a proteção da livre iniciativa (cumprimento dos contratos)

A Constituição brasileira adotou um estado social em que apregoa como princípio fundamental da República a livre iniciativa. É dever do Estado proteger a livre iniciativa e fomentar o desenvolvimento do mercado privado.

Pode parecer um tanto contraditório que o Estado intervenha no mercado para assegurar sua liberdade. O livre mercado nos moldes liberais é justamente a ausência de intervenção do Estado. O mercado se autoregularia, entrando em jogo a mão invisível. Em um livre mercado, o Estado deveria adotar uma posição de neutralidade deixando os agentes econômicos privados se alocarem e se desenvolverem.

Ocorre que a Constituição prevê expressamente a defesa da livre iniciativa (art. 1º) e da livre concorrência (art. 170, IV), mas não do “livre mercado”. Segundo Ferraz, há uma distinção dos dois primeiros em relação ao chamado “livre mercado”: “quando se fala em mercado livre, quando se diz que o regime é do livre mercado, estamo-nos referindo à ausência de uma interferência externa (estatal) no próprio funcionamento”.³⁷⁶ Nessa hipótese é uma neutralidade do Estado. Não agindo no mercado privado.

Não necessariamente o livre mercado conduzirá à livre iniciativa. Enquanto o primeiro é compreendido como uma ausência de intervenção do Estado, a última é a liberdade para exercer as atividades econômicas e terem direito ao resultado dessa atividade. Está relacionada à ideia de competição entre agentes econômicos, possibilidade de trocas voluntárias (comércio) e realização de lucro. O livre mercado pode caminhar em sentido oposto à livre iniciativa, exemplos disso são as práticas monopolísticas, cartéis, dumping e demais formas de abuso do poder econômico.

Se do livre mercado não decorre livre iniciativa ou esta é inibida, cabe ao Estado proporcionar medidas capazes de proteger e incentivar a livre iniciativa no contexto do livre mercado. As políticas fiscais do Estado devem ter por meta a implementação da livre

³⁷⁶ FERRAZ JUNIOR. *op. cit.* p. 367

iniciativa.³⁷⁷ É dentro dessa perspectiva que as políticas fiscais e os gastos públicos devem ser direcionados.

Pelo menos sob o prisma constitucional, a política fiscal do Estado não deve ser planejada como se a Constituição direcionasse de maneira prioritária para o atendimento das demandas sociais. Existe uma normatização sobre o sistema econômico e a própria gênese do Estado indica a importância da proteção do mercado privado. Não se pode realizar um estrangulamento do mercado privado para atender outros fins constitucionais, até mesmo porque com a adoção do Estado social, a atividade privada é imprescindível para o desenvolvimento e possibilita a arrecadação do Estado. O que se quer dizer é que a tributação deve permitir a livre iniciativa.

As despesas estatais devem ser direcionadas a permitir e incentivar a livre iniciativa. Em nosso sistema econômico é papel do Estado a proteção da concorrência, possibilitando que agentes econômicos obtenham os seus lucros. Deve facilitar a abertura de novos empreendimentos, manutenção das atividades produtivas e principalmente, o cumprimento dos contratos.³⁷⁸

Quanto ao dever do Estado de zelar pelo cumprimento dos contratos, essa atribuição é tão antiga quanto à própria formação do Estado moderno. Além de antigo, esse dever estatal é de suma importância para o mercado privado, haja vista que confere segurança e propicia seu desenvolvimento. Como o Estado concentrou o monopólio da força, o particular não pode cobrar seus créditos com seus próprios meios. Ele depende do aparato estatal para sanar eventual descumprimento contratual.

O Poder Judiciário é o principal órgão que deve zelar pelo cumprimento dos contratos. Na engrenagem do mercado privado, ele é uma das peças centrais para a diminuição dos custos das transações e das políticas para concessão de empréstimos. O Estado deve garantir o cumprimento dos contratos. Deve também fazê-lo em um prazo aceitável e razoável. Se o Poder Judiciário é ineficiente, demorando meses para efetuar uma citação de um devedor, ou vários anos para finalizar um procedimento de execução judicial, impacta negativamente no mercado privado e por consequência na livre iniciativa.

Alguns estudos constataram algo que é um tanto intuitivo: a inadimplência influencia no *spread* bancário. Estudos indicam que há uma relação entre a insolvência o mercado de crédito. As instituições financeiras aumentam os juros, supostamente a título de

³⁷⁷ *Ibidem.* p. 376.

³⁷⁸ BUTLER, Eamonn. *Foundations of a Free Society*. Southampton: Hobbs the Printers Ltd. 2013. p. 89

prêmio de risco, quando constatam uma maior probabilidade de inadimplência de seus mutuários.³⁷⁹ Tal fato indica que o índice de recuperação do crédito e o tempo para ser recuperado impacta fortemente no *spread* bancário. Em outras palavras, uma cobrança e execução judicial ineficiente faz como que os empréstimos bancários se tornem mais caros, aumente o custo das transações e iniba a livre iniciativa.

Há ainda um efeito secundário denominado *moral hazard* (risco moral), que é definido como a possibilidade de alteração do comportamento do agente econômico de acordo com o contexto das transações, maximizando seu próprio ganho em detrimento da outra parte.³⁸⁰ Há uma distorção no comportamento. Em função da taxa de juros elevada, os clientes com menor capacidade ou intenção de pagamento investem em projetos mais arriscados e com maior possibilidade de retorno, o que acarreta chances de inadimplência ainda maiores.³⁸¹ O mutuário já inicia suas atividades vislumbrando a hipótese de dar um calote.

Se a inadimplência não é inibida pelo Poder Judiciário ou não é corrigida, acaba prejudicando o mercado e a livre iniciativa. O Estado tem o dever de proteção do mercado privado e da livre iniciativa, uma vez que esta é um dos pilares da República. Analisado sob o espectro da legitimidade, os gastos com o Poder Judiciário seriam legítimos desde que atingissem essa finalidade.

Da mesma forma, o Estado deve manter a neutralidade perante a livre concorrência, proporcionando a competitividade. Como agente normativo e regulador da atividade econômica,³⁸² o Estado deve zelar pelo funcionamento normal do mercado e do comportamento legal dos agentes econômicos.

3.3 PROBLEMAS QUANTO A LEGITIMIDADE DA DESPESA PÚBLICA

O ponto seminal acerca da legitimidade dos gastos públicos é saber se a atuação do Estado é justificável democraticamente. Se existe concordância dos cidadãos sobre a forma

³⁷⁹ ARAUJO, Aloisio; FUNCHAL; Bruno. A nova lei de falências e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)*, Rio de Janeiro, vol. 36, n. 2. 2006. p. 244

³⁸⁰ KOTOWITZ Y. Moral Hazard. In: Palgrave Macmillan (eds) *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan. Disponível em <https://doi.org/10.1057/978-1-349-95121-5_1219-2>. Acesso em: 04 de dez. 2020.

³⁸¹ HAKIM, Alexandre. *A intervenção estatal sobre o mercado bancário no Brasil por meio dos bancos públicos: a tentativa de redução dos spreads em 2012*. 2016. 95f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. p. 21.

³⁸² FERRAZ JUNIOR. *op. cit.* p. 366.

que o Estado emprega seus recursos financeiros. Se os governos ao fazerem a alocação dos recursos direcionam para o local adequado, na medida correta, e executam as políticas públicas aprovadas pelos cidadãos.

Deve haver aprovação popular sobre a necessidade de o Estado prover determinados serviços e bens públicos, e em qual medida deve existir a oferta desses bens e serviços. Como dito anteriormente, a legitimidade não é tratada apenas como categoria jurídica, mas também como uma escolha pública de natureza política. Portanto, quando se fala em aprovação popular, pode ser tanto uma escolha do poder constituinte, quanto uma escolha posterior feita pelos cidadãos.

Habermas entende a legitimidade como “a capacidade de um ordenamento político de ser reconhecido. A exigência ou pretensão de legitimidade liga-se à conservação, no sentido da integração social, da identidade normativamente estabelecida de uma sociedade”.³⁸³ Quando se transpõe esse entendimento para política financeira, a legitimidade do gasto público é vista como a aceitação social do corpo normativo que rege a destinação dos recursos públicos. O autor ainda diferencia a legitimidade da legitimação, sendo que o último serve para mostrar como e por que instituições existentes estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos da identidade de uma sociedade.

Nesse quadrante, a legitimidade se “apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores”.³⁸⁴ Ela é aferida sob a ótica do povo, avaliada pelos que são submetidos ao poder. Trata da “crença de que estruturas, procedimentos, ações, decisões, políticas, funcionários ou dirigentes políticos de um Estado possuem a qualidade do que é justo, adequado e moralmente bom; e, por essas qualidades, devem merecer reconhecimento”.³⁸⁵

Aos indivíduos compete fixar suas próprias finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais. Cada indivíduo é dotado de suas preferências, devendo externá-las, e prevalecendo a vontade coletiva, o Estado deve acatá-la. Comparato critica o “estático império das leis”. Segundo o autor, em oposição a “nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados”. A legitimidade do Estado passa a fundar-se mais na realização das finalidades coletivas do que na expressão legislativa.

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense. 1983. p. 224.

³⁸⁴ TORRES, Ricardo. *op. cit.* p. 5.

³⁸⁵ HABERMAS. *op. cit.* p. 239.

A atividade governamental deve ser organizada e planejada de modo a atender as preferências dos indivíduos.³⁸⁶

A ideia não é desobedecer as leis, mas fazer com as ações do Estado tenha ligação mais estreita com as preferências dos cidadãos. Caso seja necessário, que se altere algumas disposições legais e constitucionais para atendimento da vontade da população. Como o Estado social é um “Estado prestacional”, a população tem mais interesse no que o Estado faz do que o que ele regula. Por isso, Comparato afirma que existe uma proeminência da atividade executiva do Estado.³⁸⁷

Nessa análise da legitimidade pode existir um distanciamento entre o que o povo almeja e os caminhos traçados pelos governantes e legisladores. Não raro algumas leis podem conter disposições totalmente contrárias aos anseios populares, uma vez que em grande parte as atividades dos tomadores de decisão sofrem reflexos dos chamados grupos de pressão. Além disso, ainda existe a possibilidade de os tomadores de decisão eleitos não agirem no interesse de seus representados.

Devido ao autointeresse, que de maneira geral move os agentes políticos, o Estado tem uma função social que nem sempre coincide com os fins subjetivos de seus governantes. A mera ordenação territorial e social da atual figura do Estado prestacional não é mais suficiente para manutenção da figura estatal. A justificação do Estado não se encontra na força ou na legalidade, “deve representar uma forma de assegurar o direito em uma determinada etapa de sua evolução histórica. Quando o povo perde a fé na legitimidade do Estado enquanto instituição, o Estado chegou ao seu fim”.³⁸⁸

No Estado de direito fundado em uma democracia, o poder constituinte pertence ao povo. Este é o sujeito do poder inicial. O objeto e as normas que guiam o Estado podem mudar, mas não o seu sujeito. Segundo Müller a “constituição da Constituição” não é legitimada conclusivamente como ato único, deve haver uma permanente aferição da legitimidade.³⁸⁹

No que tange à legitimidade do gasto público é interessante notar que a discussão passa não somente sobre o gasto em si, mas ainda sobre a legitimidade das próprias disposições constitucionais. A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo, sendo o povo uma

³⁸⁶ COMPARATO. *op. cit.* p. 43-44.

³⁸⁷ *Ibidem.* p. 44.

³⁸⁸ BERCOVICI. 2003. *op. cit.* p. 95.

³⁸⁹ MÜLLER. *op. cit.* p. 107.

realidade concreta.³⁹⁰ Por consequência a legitimidade das despesas estatais há que ser aferida de maneira perene.

3.3.1 Intensidade de preferências e gradação de objetivos

Quando considerada a formatação do Estado diante da vontade do povo, muitas questões podem ser levantadas quanto à conformidade volitiva entre a sociedade e as ações do Estado. Mesmo que deixados de lado alguns fatos detectados em todo Estado democrático como a corrupção, lobby de grandes corporações, ainda assim, a aferição da legitimidade de um Estado é tarefa extremamente custosa.

Um problema que surge quando se analisa a legitimidade democrática na conduta do Estado é acerca de qual parcela da povo é suficiente para se falar em legitimidade. Seria necessário atingir apenas metade mais um, ou seria necessário uma maioria qualificada para se falar em legitimação da definição do papel do Estado. Nesse caso, seria o governo da maioria. Conforme Kelsen, “a ideia que subjaz ao princípio da maioria é a de que a ordem social estará em conformidade com o maior número de sujeitos possível e em desacordo com o menor número possível”.³⁹¹

A maioria do povo é quem estabelecerá todo o regramento social, mesmo que essa maioria seja eventual. Basta que no momento da elaboração da regra, determinada parcela do povo seja a maioria.

A atual Constituição da República foi votada com a maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.³⁹² Os membros dessa assembléia nem mesmo foram eleitos para representar o povo para a formação da nova constituição. Utilizou-se dos parlamentares que já tinham assento no Congresso.

Outro problema ainda é a questão da intensidade das preferências. Pode ocorrer que a minoria queira muito alguma prestação do Estado, sendo que a maioria simplesmente não importe com aquela prestação estatal. Ao se eleger determinada regra, desconsiderando a intensidade das preferências, importa em um problema de legitimidade, uma vez que traduz em

³⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova. n. 61. 2004. p. 23.

³⁹¹ KELSEN. *op. cit.* p. 179.

³⁹² Emenda Constitucional 26/1985: “Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte”.

uma “ditadura” da maioria.³⁹³ Por exemplo, pode ocorrer que a metade mais um queira aproveitar o orçamento para pintar as vagas de estacionamento junto às calçadas, e a outra parte da população esteja mobilizada para a construção de uma importante rede de esgoto na outra parte da cidade. Se existe somente disponibilidade orçamentária para uma dessas despesas, o tomador de decisão terá que direcionar os recursos para alguma delas. Se a maioria da população resolve ignorar o problema do esgoto daquela parcela da população, a obra sanitária não será realizada.³⁹⁴

Além disso, a questão da legitimidade deve ser vista além do simples entendimento sobre a necessidade pública de determinado gasto. A alocação de recursos para determinada atividade admite gradação do montante destinado para o atendimento do objetivo, e gradação do próprio objetivo, não é uma decisão de apenas duas possibilidades (sim e não).

A legitimidade não deve ser aferida apenas em relação à necessidade da despesa com o serviço público, como por exemplo a aprovação popular para a realização de despesas para a proteção da floresta amazônica, ou para a proteção dos povos indígenas, ou com o custeio do ensino superior. Há que ser questionado ainda o montante do gasto público para determinado serviço público, mesmo que ele seja essencial e de fruição indivisível.

Normalmente a análise que se faz sobre a atuação do Estado se circunscreve sobre a necessidade ou não da intervenção estatal em determinado setor. Como se existisse uma mágica em relação ao atendimento dos cidadãos, bastaria a criação do serviço público que estaria atendido o interesse público. Quase não se menciona sobre a gradação da qualidade do serviço público, como se a amplitude da prestação fosse independente dos recursos alocados para aquele serviço público.

Supõe-se duas famílias, “A” e “B”, que em termos de economia familiar, são praticamente idênticas. Possuem a mesma renda, a mesma quantidade de filhos, e mesma a disposição de recursos e pagam a mesma quantidade de tributos. Embora tenham a mesma situação social e econômica e paguem a mesma quantidade de tributos, essas duas famílias possuem preferências distintas quanto à segurança pública. A família “A” entende que o serviço de segurança pública realizado pelo Estado não é suficiente e defende um maior investimento estatal no setor.³⁹⁵

³⁹³ BUCHANAN,; TULLOCK *op. cit.* p. 127.

³⁹⁴ Nesse contexto é que a teoria da escolha pública desenvolvida por Buchanan ganha importância, uma vez que pressupõe que o povo construa o consenso de modo a que minoria perdedora em determinada escolha possa ser compensada em outra tomada de decisão (logrolling). *Ibidem.* p. 135.

³⁹⁵ BUCHANAN, James M. *Freedom in constitutional contract: perspectives of a political economist.* College Station: Texas A&M University Press. 1977. p. 256.

Pode ocorrer que a família “A” queira um serviço de segurança de melhor qualidade. Essa família pode exigir que o Estado forneça segurança de modo em que seja possível os cidadãos deixarem suas bicicletas destrancadas na esquina e não ter risco de furto. Já a família “B” entende que esse nível de segurança estatal é supérfluo, e no caso da bicicleta, o cidadão deve trancá-la com cadeado para evitar o furto. Ocorre que a família “A” tem a preferência do nível de segurança mais elevado, e está disposta a pagar mais tributo por isso. Ou, ao invés de pagar mais tributos, prefere que o Estado invista menos em educação para poder melhorar o serviço de segurança.

Os cidadãos podem ter diferentes preferências em relação à extensão ou qualidade do serviço estatal e por consequência do gasto público. Isso dificulta a escolha de um modelo que atenda a maior parte dos cidadãos.

Buchanan aponta dois modelos para a tomada de decisão orçamentária: modelo do planejamento e modelo da escolha pública. No primeiro, as decisões sobre o tamanho do orçamento e a alocação dos gastos públicos é realizada por um planejador externo. Esse planejador externo é quem decide o que é bom ou não para a sociedade. O planejador vai interpretar as preferências individuais e definir o nível orçamentário para cada bem ou serviço público. A decisão poderá ser realizada tanto considerando a carga tributária igualitária, ou, em sentido diverso, considerando a tributação como um “preço público”, no qual o cidadão mais exigente pagaria mais impostos (preço de Lindahl)³⁹⁶. Já no modelo da escolha pública, presume-se que os resultados orçamentários resultam das interações do próprios cidadãos. Há uma negociação entre os indivíduos para definição sobre a arrecadação e os gastos públicos. Nenhuma função de bem-estar social existiria independentemente do processo de ajuste mútuo.³⁹⁷

O que aparenta ocorrer na prática é a adoção do modelo planejador externo, em que este aponta o que seria bom para a sociedade, interpretando as preferências individuais e definindo o orçamento. Devido uma ausência de compreensão dos cidadãos acerca da escassez dos recursos públicos não há uma associação da arrecadação com a despesa pública, e tampouco parece existir interação entre os cidadãos para definição das preferências.

³⁹⁶ O preço ou equilíbrio de Lindahl é considerado como o aumento da tributação individualmente considerado quando um indivíduo resolve agregar um custo acima do nível de despesas antes previsto (custo marginal da despesa). STIGLITZ; ROSENGARD *op. cit.* p. 251.

³⁹⁷ BUCHANAN. *op. cit.* p. 257-259.

3.3.2 Eficiência do gasto como um complicador da decisão

A apuração do resultado pretendido para a despesa se revela como um verdadeiro gargalo para a aferição da legitimidade da despesa pública. Isso porque a alocação dos recursos pode ser considerada correta, mas devido à execução ruim acaba recebendo desaprovação da sociedade.

Pode-se pensar no gasto em um mundo ideal no qual o objetivo é sempre plenamente atingido. Todavia, não é assim que ocorre. A mera destinação de dinheiro não garante que o serviço público será prestado de maneira minimamente adequada. Se por um acaso, o governante pretendia apenas distribuir dinheiro sem finalidade específica e o dinheiro chegou nas mãos da população, então o objetivo foi alcançado. No entanto, se o programa tiver por fim a redução das desigualdades ou a diminuição da fome e o responsável na família utiliza o dinheiro com bebida alcoólica ou drogas, o objetivo nem de longe restou atingido.

Os cidadãos podem entrar em acordo que o Estado deveria realizar determinado gasto para o atendimento de alguma necessidade pública. Podem chegar ao consenso quanto à destinação do recurso, da qualidade e extensão do serviço ou bem público colocado à disposição da sociedade. No entanto, ao se executar a política pública e realizar a despesa pública, pode ocorrer um desalinhamento com as perspectivas, as quais foram aprovadas por aquela decisão da despesa pública. Nesse aspecto, pode-se dizer que a execução mal sucedida ou ineficiente desacredita e retira a legitimidade do gasto público.

A vencedora do prêmio Nobel, Esther Duflo, descreve a importância do planejamento na implementação das políticas públicas, bem como da tarefa de antever problemas e cuidar dos detalhes para se alcançar um resultado eficiente. A autora cita como exemplo as obras de infraestrutura para disponibilizar água encanada na cidade morroquina de Tânger. A política pública comum era o Poder Público providenciar a construção das tubulações e os cidadãos pagarem as conexões entre a tubulação e a própria residência por meio de tarifas subsidiadas ou por empréstimo. Em 2007 a empresa responsável construiu grandes tubulações e toda infraestrutura para o atendimento à população, e ofereceu empréstimos sem juros para possibilitar que as famílias pobres custeassem as tarifas de ligação da água. Mas a aceitação do programa de empréstimos foi muito baixa (menos de 10%). Constatou-se que a inscrição no programa exigia que o cidadão fosse na prefeitura com uma quantidade de documentos que se revelou como uma barreira para a adesão ao programa. Quando uma equipe passou a visitar os domicílios, oferecendo assistência no procedimento, a adesão ao programa subiu de 10% para

69%. Comparado com o vulto da obra de infraestrutura, a despesa para eliminação da “barreira burocrática” era pequena, e resultou que os residentes pobres de Tânger ganharam acesso à água encanada.³⁹⁸

Uma variedade de fatores podem impactar na eficiência do gasto público. Desde a hipótese de ser uma decisão efetivamente ruim até problemas de implementação no final da cadeia. No caso citado acima, a decisão atendia uma demanda da população local e por problemas ligados à implementação da ação estatal, o gasto público teria perdido sua função.

No processo relativo ao gasto público, há uma multiplicidade de agentes que devem exercer um papel para que o custo da ação coletiva corresponda ao motivo para o qual foi criada. Cidadãos, agentes políticos, burocratas e executores da ação coletiva devem participar do processo para garantir o atendimento da política pública.

3.4 VENCEDORES E PERDEDORES DO ORÇAMENTO

Uma encruzilhada na análise da compatibilidade do gasto público com a democracia reside em um problema de legitimidade das próprias normas fundamentais do Estado. A política financeira exposta na Constituição pode ou não estar em consonância com a maioria da população.

Teorias acerca da formação do Estado, mencionadas no início desse trabalho, afirmam que o Estado teria supostamente surgido a partir de um contrato social, tendo os indivíduos delegado ao Estado o uso exclusivo da força. Com base nessas teorias, o Estado seria, hipoteticamente, justificado por um acordo entre os indivíduos. Mas o fato é que o corpo normativo estatal, em seu surgimento e na promulgação das constituições, foi elaborado pela parcela detentora do poder. É a conjunção da vontade daqueles que possuem poder na sociedade.

Na sua origem, o Estado advém da “dominação de uma pessoa sobre a outra, de uma família sobre a outra, de um grupo sobre o outro, de alguns sobre muitos”.³⁹⁹ Um exemplo está na própria proclamação da república brasileira em 1989, tendo na época o jornalista republicano, Aristides Lobo, escrito para o jornal *Diário Popular* afirmando que “o povo assistiu

³⁹⁸ DUFLO, Esther. *The economist as plumber. The American Economic Review*, vol. 107, no. 5, 2017, pp. 1-26. JSTOR, Disponível em: <www.jstor.org/stable/44250353>. Acesso em 14 de dez de 2020. p. 2.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 83.

àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem saber o que significava".⁴⁰⁰ Se nos dias atuais já é difícil imaginar que o povo, sobretudo os mais humildes, participem ativamente de alguma tomada de decisão acerca do Estado, nas constituições antigas a representação das camadas populares era bastante improvável.

Por mais que parte da elite política tente resguardar direitos da parcela sub-representada ou dotada de menor poder político, dificilmente essa elite se prejudicará em benefício alheio. O povo deveria se fazer presente e consciente. Conforme afirma Müller “não há poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si”.⁴⁰¹

A legitimidade da política financeira estatal se confunde com a legitimidade da própria constituição. Se a Constituição do Estado é fruto da elaboração de uma elite dominante, que arrogou para si a competência de determinar o certo e o errado, orientando a conduta dos governos sem qualquer preocupação com a população, a tributação e os gastos públicos provavelmente não passarão pelo crivo da democracia.

A chamada “dominação” de um grupo por outro que ocorre pelo aparato estatal não se perfaz por simples deleite, ou por uma hipótese de um setor da sociedade desejar o mal de outra parcela da população. Analisado sob o espectro racional e econômico, a dominação advém do fato de que o grupo possuidor de algum poder de decisão junto ao Estado, almeja o aumento de seu próprio bem-estar, uma majoração da utilidade. Com isso, fixa-se regras em benefício próprio. Tais regras podem ou não ser vantajosas para a sociedade por inteiro. Isso ficou demonstrado na representação gráfica do item 1.3.6.

Ao se editar as regras principais do Estado os detentores do poder erigem uma normatização protetora de seus privilégios. Teoricamente, isso é algo que é dedutível pela natureza humana; o aumento de seu próprio bem-estar. No entanto, ao longo da história, com raras exceções, os estados nacionais legislam para a manutenção de certos direitos já conquistados pela “classe dominante”. O maior exemplo é a regulação do direito de propriedade. Os títulos dominiais hoje existentes, em boa parte são frutos de esbulhos e disputas marcadas por sangue. Quando o Estado é formado e advém a Constituição, o que ocorre é um “retrato” da posição atual de cada indivíduo na sociedade.

⁴⁰⁰ Benjamin Constant e a República. Disponível em: <<https://museucasabenjaminconstant.museus.gov.br/benjamin-constant-e-a-republica/>>. Acesso em: 19 de dez de 2020.

⁴⁰¹ MÜLLER. *op. cit.* p. 27.

Com a formação do Estado, cada um quer preservar os direitos que entendem terem conquistados. Nesse entremeio podem projetar algum objetivo público desde que sua situação individual não piore.

Conforme Arendt, com a ascensão do Estado houve uma transformação da preocupação individual com a propriedade privada em preocupação pública. Ao passar à esfera pública, “a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de arrogar acesso à esfera pública em virtude da riqueza, exigiu dela proteção para o acúmulo de mais riqueza”.⁴⁰²

Não necessariamente ocorre um embate entre as classes. Na formação do Estado, pode não existir uma classe dominante, que, aliás, é um termo com uma carga valorativa bastante elevada. Têm-se perdedores e ganhadores. Uma parte do povo que detém poder político consegue aprovar regras em seu próprio benefício e o restante, menos influente, fica à mercê de alguma política inclusiva. Conforme afirma Scaff: “quem tem o poder político, tem o poder sobre o orçamento público, isto é, o poder de decidir quem deve pagar e deixar de pagar os tributos, e decidir quem deve ou não receber as prestações sociais e as vantagens governamentais”.⁴⁰³

Analisando a Constituição da República de 1988, por exemplo, não é possível verificar nenhuma reforma relevante que tenha prejudicado os setores mais abastados da sociedade. Até a configuração dos serviços notariais e registro – que em muitos casos geram substanciais rendimentos – foram albergadas pela Constituição sem trazer qualquer regramento que pusesse em risco os direitos dos atuais titulares dos serviços (art. 206). No campo das finanças públicas, previu-se o imposto sobre heranças (imposto causa mortis e doação – ITCMD), deixando à cargo do Senado Federal a instituição de alíquotas máximas. O Senado fixou para o imposto uma alíquota máxima que discrepa fortemente do que é previsto em outros países como a tributação máxima para esse tipo de imposto,⁴⁰⁴ praticamente retirando sua função redistributiva. Já o imposto sobre as grandes fortunas (art. 153, VII), que também possui uma forte conotação distributiva e igualitária, sequer foi instituído. Ou seja, quando o Poder Constituinte consegue impor uma derrota nas classes mais abastadas, o legislador ordinário consegue anular o prejuízo que a elite dominante poderia sofrer.

⁴⁰² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 78.

⁴⁰³ SCAFF. op. cit. p. 247.

⁴⁰⁴ Resolução nº 9/1992 do Senado Federal prevê a alíquota máxima de 8%.

Quando não é poder constituinte derivado ou legislador ordinário quem anula os prejuízos da elite econômica, cabe ao Poder Judiciário esse papel.⁴⁰⁵ “A dominação das massas, que de baixo para cima legitima o governo, não elimina a necessidade de dominar e encilhar, verticalmente, de cima para baixo, a interpretação jurídica”.⁴⁰⁶ Mesmo sendo acertada a decisão sob o ponto de vista econômico, pode-se citar, por exemplo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela ausência de aplicabilidade do art. 192, § 3º que previa a limitação dos juros à 12% ao ano.⁴⁰⁷

A democracia, embora seja afirmada como governo do povo, em qualquer sistema democrático real, o que se verifica é o governo de algumas pessoas sobre outras.⁴⁰⁸ É a coalizão vencedora em qualquer eleição que impõe sua autoridade aos perdedores.⁴⁰⁹ Mesmo considerado um sistema de eleição que exija a unanimidade e que as minorias e as massas estejam devidamente representadas, ainda assim as classes menos favorecidas poderão sair perdedoras, uma vez que a posição socioeconômica não lhe permite barganhar de maneira igual. É como a fábula do Lobo e o Cordeiro de La Fontaine, em que mesmo a parte mais fraca tendo os melhores argumentos, sendo mais lógica e coerente, não consegue convencer a parte mais forte de tomar uma decisão mais “justa”.⁴¹⁰

Nesse aspecto, algumas críticas têm sido direcionadas à forma com que os acordos fundamentais constitucionais são realizados – tanto em relação ao princípio da unanimidade do modelo da teoria da escolha pública quanto a regra da maioria – no sentido que a negociação das regras se baseia na suposição de que a política é realizada como uma troca de

⁴⁰⁵ Nesse aspecto, para ter razão Friedrich Müller quando afirma que “o poder constituinte seria real somente se os *pouvoirs constitués* não fosse exercidos por outros, mas pelo *pouvoir constituant*”. MÜLLER. *op. cit.* p. 26.

⁴⁰⁶ TOMELIN, Georghio. *O estado jurisdador*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 32.

⁴⁰⁷ STF. MI 470-6. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 15/02/1995.

⁴⁰⁸ Em relação à elite econômica determinar os rumos da política, Levitsky e Ziblatt entendem como um ponto positivo para a proteção das atuais democracias (pelo menos contra as ditaduras), uma vez que a elite política acaba servindo como filtro para eventuais demagogos populistas e líderes extremistas que conseguem fazer vibrar a sensibilidade pública. Porém os autores apontam que já ocorreram erros históricos, tal como a ascensão de Adolf Hitler que chegou ao poder apoiado por boa parte da elite política acreditando que poderia controlá-lo. (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar. 2018. p. 31.

⁴⁰⁹ THRASHER, John; GAUS, Gerald. James Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent. In the The Oxford Handbook of Classics in Contemporary Political Theory*, Edited by Jacob T. Levy. Oxford: Oxford Univeristy Press. 2017. p. 2.

⁴¹⁰ ROCHA, Justiniano José da. *Fábulas imitadas de Esopo e La Fontaine*. Edição eletrônica Editora Ridendo Castigat Mores. 2000. p. 18. "Estava um cordeiro bebendo água na parte inferior de um rio; chegou um lobo, e cravando nele torvos olhos, disse-lhe com voz cheia de ameaça: "Quem te deu o atrevimento de turvar a água que pretendo beber?" - Senhor, respondeu humilde o cordeiro, repare que a água desce para mim: assim não a posso turvar. - Respondes, insolente! Tornou o lobo arreganhando os dentes; já o ano passado falaste mal de mim. - Como o faria, se não tenho seis meses então ainda não tinha nascido. Pois se não foste tu, foi o teu pai, teu irmão, algum dos teus e por ele pagarás. E atirando-se ao cordeiro, o foi devorando".

parceiros livres e iguais. Na realidade, o resultado das escolhas advindas dos acordos constitucionais legitima o *status quo* das sociedades capitalistas atuais, exigindo que qualquer mudança básica no regramento social tenha que passar pela unanimidade ou por uma regra majoritária.⁴¹¹ Ocorre que em qualquer regra consensual, ou alguém perderá a votação, tendo seus interesses prejudicados, ou ganhará a votação, mantendo ou majorando seus direitos.

Isso reflete diretamente na ação do Estado. Se no Estado liberal a ideia de manutenção do *status quo* era mais perceptível, no Estado social se verifica uma maior preocupação estatal com os interesses das massas. Contudo, não se pode dizer que a atuação dos governos esteja de acordo com os anseios da população. O Estado social, mesmo com uma maior integração da sociedade com a estrutura estatal, tem se mostrado incapaz de realizar correções históricas de distribuição de renda.

3.5 O TAMANHO DO GASTO ESTATAL

Na obra sobre finanças públicas de Stiglitz e Rosengard os autores fazem a seguinte pergunta: por que o governo se envolve em algumas atividades e não em outras?⁴¹² A pergunta que a primeira vista parece não trazer complexidade, na realidade é cercada de fatores e interesses que ultrapassam questões simplesmente jurídicas.

Os gastos dos Estado, de uma maneira geral, tem se elevado ao longo do tempo. É um fenômeno interessante no qual os gastos públicos tendem somente a subir. Não só acompanha o crescimento populacional, como continuamente aumenta a fatia estatal nas rendas nacionais. Nos Estados Unidos, os gastos federais representavam 1,4% da renda nacional em 1799. Em 1879, a participação federal aumentou para 3,7%. As despesas federais e dos entes sub-nacionais norte-americanas representavam 10% do PIB em 1929, 23% em 1949 e quase 35% em 1987.⁴¹³ Os números indicam um aumento crescente e contínuo dos gastos estatais no decorrer do tempo.

Na União Europeia o aumento das despesas saiu de 35,8% do PIB em 1970 para 48,4% do PIB em 2003. Enquanto que no mesmo período os gastos cresceram 21,7 pontos

⁴¹¹ MEADOWCROFT, John. Exchange, unanimity and consent: a defence of the public choice account of power. *Public Choice*, vol. 158, p. 85-100, 2014. p. 89.

⁴¹² STIGLITZ; ROSENGARD. *op. cit.* p. 4.

⁴¹³ MUELLER. *op cit.* p. 321.

percentuais do PIB no Japão. Fator atribuível ao incremento dos direitos sociais resultante de uma alteração da compreensão dos direitos individuais.⁴¹⁴

No Brasil, a Lei 8.980/1995 fixou o orçamento de despesa do governo federal (orçamentos fiscal e da seguridade social) em R\$ 320 bilhões. Corrigido pela inflação até 2015 esse valor seria de R\$ 1.294 bilhões.⁴¹⁵ Em 2015, excluindo o montante de refinanciamento da dívida pública federal, a Lei 13.115/2015 aprovou um total de despesas dos orçamentos fiscal e seguridade social no montante de R\$ 1.972 bilhões. Houve um aumento real dos gastos mesmo com sucessivos programas de desestatização promovidas pelo governo federal.

Com o advento do chamado Estado social ou Estado prestacional a gama de bens e serviços colocados à disposição dos cidadãos aumentou. O crescimento da importância do Estado foi “justificada(o) pelo apelo à ideia da satisfação de necessidades colectivas e a uma noção geral de bem comum”.⁴¹⁶ A adoção de uma postura mais ativa e garantidora do bem-estar dos indivíduos, fez com que o Estado aumentasse seu leque de atribuições e passou a ter algumas finalidades preestabelecidas, acarretando em um aumento das despesas estatais.

Baleeiro também aponta que a participação do maior número na vida política, por efeito do progresso democrático, acarretou despesas maiores. O alargamento do número dos “cidadãos politizados”, inspira as massas com novos desejos e necessidades de bem-estar coletivo. Desse forma os governantes são pressionados a fornecer ou subsidiar essas iniciativas, o que se manifesta na prática uma “ absorção das despesas privadas pelas públicas”.⁴¹⁷

A substituição do financiamento privado de certas atividades para financiamento público, considerando que é dever do Estado promover a ação coletiva aprovada pelos indivíduos, não necessariamente é ruim. Sob o aspecto democrático, desde que exista consenso unânime, a “estatização” não pode ser questionada, pois se houve unanimidade, passou pelo crivo da democracia. Já analisando a ótica da eficiência econômica, tal decisão pode ser discutível caso o serviço não tenha a eficiência esperada. Economicante o ponto ótimo do gasto público requer que a taxas de substituição entre o bem público e o bem privado seja igual à taxa de transformação entre os dois bens,⁴¹⁸ assim , ao se transferir o serviço privado para o Estado, o custo não pode se elevar de modo a ser maior que o custo individualmente considerado.

⁴¹⁴ CATARINO. *op cit.* p. 418.

⁴¹⁵ Depois de 1994, segundo Giambiagi e Além, um dos gastos que impactaram no orçamento público foi o reajuste das aposentadorias e pensões em níveis superiores ao da inflação. GIAMBIAGI; ALÉM. *op. cit.* p. 173.

⁴¹⁶ CORREIA. *op cit.* p. 248.

⁴¹⁷ BALEEIRO. *op. cit.* p. 93

⁴¹⁸ CATSAMBAS, Thanos. Government expenditures as a citizens'evaluation of public output: public choice and the benefit principle of taxation. *Policy Research Working Paper Series*, n. 1090, p. 1-18. 1993.

Mesmo em governos de matriz econômica mais liberal, no qual se apregoa uma menor intervenção do Estado na economia, verifica-se dificuldades na redução da participação do Estado em determinados setores. Stiglitz e Rosengard relatam que nos Estados Unidos muito se falou sobre privatizações e redução da intervenção do Estado na economia. O presidente Bush propôs a privatização parcial do seguro social, mas devido à crise das subprimes de 2008, os americanos perceberam os problemas de insegurança causados caso o seguro social tivesse sido privatizado. Hoje existe um consenso geral de que os mercados e as empresas privadas estão no centro de uma economia de sucesso, mas que o governo desempenha um papel importante como complemento do mercado.⁴¹⁹

3.5.1 Lei de aumento da atividade do Estado

A doutrina tenta explicar o motivo de os gastos estatais aumentarem com o decorrer do tempo e a dificuldade de os Estado realizarem a redução do mesmo. A denominada “Lei de Wagner” ou a “lei do aumento da atividade do Estado” sugere que o gasto público aumenta na medida em que a renda da sociedade se expande. O crescimento do gasto seria observado em diversas sociedades, atendendo a uma tendência natural de demanda da sociedade por maiores condições de bem-estar.⁴²⁰

O progresso técnico, a generalização da proteção social, a modificação dos sistemas sociais e “também fatores de ordem endógena, tais como o aumento dos serviços públicos, alteração do espectro demográfico e as modificações do papel dos Estado” seriam causas do aumento do gasto público segundo a perspectiva da Lei de Wagner. Os gastos públicos cresceriam inevitavelmente mais rápido que a renda nacional, sendo uma consequência natural do progresso social.⁴²¹

As causas para o crescimento das despesas estatais podem ser agrupadas em três categorias: ideológicas, políticas e econômicas. A causa ideológica está na percepção da posição que o Estado deve ocupar na sociedade. Ideologias coletivistas ganharam apoio popular e espaço importante no ambiente democrático. Concepções de que o Estado deveria intervir

⁴¹⁹ STIGLITZ; ROSENGARD. *op. cit.* p. 5.

⁴²⁰ PEACOCK, Alan; SCOTT, Alex. The curious attraction of Wagner’s law. *Public Choice*, vol. 102, p. 1–17, 2000. p. 3. No artigo os autores criticam a difusão da teoria da Lei de Wagner em razão de a mesma ser supostamente inconsistente e não verificável.

⁴²¹ CATARINO. *op. cit.* p. 413.

mais na economia realizando políticas redistributivas, aumento de bem-estar e provendo a igualdade, são exemplos comuns.⁴²²

Dentro de uma ótica política cabe destacar os grupos de interesse que atuam junto aos tomadores de decisão dos governos passaram a se organizar e conseguir uma fatia maior do orçamento estatal. Catarino aponta que esse é um importante fator para o aumento das despesas.⁴²³ Por sua vez, o Estado social ou prestacional impôs aos governos um maior rol de competências e as atribuições passaram a ser exigidas pelos cidadãos. Mueller ainda aponta que os serviços prestados pelo Estado dependem de uma máquina burocrática estatal e que a própria burocracia do Estado induz que os governos aumentem seus gastos.⁴²⁴

Quanto às causas econômicas, Musgrave elenca alguns fatores para aumento dos gastos públicos: o aumento da renda per capita da população faz com que pressione os gastos do governo. Coincide com a industrialização da economia, com a população deixando a economia agrícola. Com a melhora dos níveis de renda da população, o Estado acaba assumindo serviços mais caros. Além disso, o aumento de renda da população impacta nos gastos do Estado, porque este teria que arcar com uma remuneração maior de seus prestadores de serviço. Por outro lado, grandes aportes de capital são necessários quando ocorre o fenômeno da urbanização. Estradas, portos, instalações de eletricidade, pavimentação de ruas e obras de saneamento dependem de grandes recursos financeiros que acabam sendo amortizados após um longo período de tempo.⁴²⁵

As alterações técnicas, com a implementação de novas tecnologias também impactam nos custos dos governos.⁴²⁶ Toda vez que surge uma nova tecnologia pode ocorrer que o Estado tenha que incorrer em novas despesas, ainda mais quando o mercado privado não é capaz de implementar o serviço. Basta imaginar quando os serviços de metrô foram inventados. Até então não existia necessidade de gasto público na construção de linhas subterrâneas desse tipo de transporte. Da mesma forma provalmente ocorreu quando houve a necessidade de se aprimorar os serviços ligados à telefonia e telecomunicações.

A diversidade de fatores e o próprio histórico do aumento do orçamento dos Estados induz a inexorável conclusão de que a tendência dos governos é aumentar o próprio

⁴²² SHIKIDA, Cláudio; ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado Brasileiro? in: MENDES, Marcos. *Gasto público eficiente: propostas para o desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks. 2006. p. 71-95. p. 80-83

⁴²³ CATARINO. *op. cit.* p. 414.

⁴²⁴ MULLER. *op. cit.* p. 338.

⁴²⁵ MUSGRAVE; MUSGRAVE. *op. cit.* p. 147.

⁴²⁶ *Ibidem.* p. 148.

tamanho. Governos tem que lutar contra a pressão de grupos que a todo tempo buscam capturar parte do orçamento público e não necessariamente possuem poder e estabilidade suficiente para suportar o enfrentamento. Seria algo próximo do ditado popular: “time que está ganhando não se mexe”. Enquanto os governantes estiverem conseguindo manter seu eleitorado e o seu grupo conseguir realizar sucessivas reeleições, não há incentivo político individual para a tomada de decisões impopulares.

Uma diminuição dos gastos do Estado ordeira depende do estágio de desenvolvimento da sociedade. A comparação pura e simples das despesas dos países desenvolvidos com países em desenvolvimento podem levar à uma falsa percepção da realidade e das necessidades. Alguns países desenvolvidos, por meio de prologados investimentos públicos, conseguiram realizar obras de infraestrutura (v.g. mobilidade urbana) e elevar os níveis educacionais da população de forma bastante satisfatória. Ainda demandará um tempo razoável (e investimentos) para que países subdesenvolvidos alcancem um nível semelhante.

Por outro lado, para um Estado caminhar contra a tendência de ampliação de suas despesas, haveria de existir um consenso da população e um Estado forte e estável. Seria necessário um caminho rumo à neutralização e despolitização da economia.⁴²⁷

3.5.2 Eleição do que é serviço e bem público

O aumento dos gastos públicos reflete na concepção da população sobre o entendimento de serviço e bem público. Não obstante poder existir um conceito econômico intrínseco sobre o que seja serviço público, o povo, ao eleger as funções estatais escolhe o que estará sob a incumbência da administração pública. Quanto mais os cidadãos entenderem que cabe ao Estado prover bens e serviços, mais impactará nas despesas públicas.

Economicamente, bens públicos são aqueles que não são nem excludentes, nem rivais. O uso de um bem público não impede que outras pessoas possam utilizar o mesmo bem, e tampouco reduz a disponibilidade dele, podendo ser utilizado por outras pessoas sem prejuízo de nenhuma delas. Um exemplo é a instalação de uma sirene de enchentes ou de desastres naturais. Quando a sirene é acionada, é impossível impedir que alguém a ouça, e quando alguém escuta a sirene isso não reduz a utilidade do benefício dos demais habitantes. Já os bens privados são tanto excludentes quanto rivais. Utilizando como exemplo um sorvete, ele é

⁴²⁷ *Ibidem.* p. 84

excludente porque é possível impedir que uma pessoa o tome (basta não entregar o sorvete a essa pessoa), e é rival porque se uma pessoa tomar o sorvete, outro não poderá consumi-lo.⁴²⁸ Como diz Murphy e Nagel “bens públicos são definidos como aqueles que não podem ser fornecidos a ninguém, a menos que sejam fornecidos para todos”.⁴²⁹

Segundo a Constituição incumbe ao Poder Público, diretamente ou por regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos (art. 175). No caso, a tarefa reside em definir juridicamente o que seria serviço público, qual o critério que permite entender que o serviço deveria ser considerado público. A doutrina entende que “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente”.⁴³⁰ Cabe notar que em uma análise subjetiva (do prestador do serviço), pode-se definir o serviço público como aquele que é prestado pelo Estado, mas não é disso que se trata no momento. A questão é por que o Estado trouxe aquele serviço para sua responsabilidade, e por que seria lícito ao Estado realizar despesa pública para o fornecimento daquele bem ou serviço.

A realidade é que a definição de serviço público remete à ideia das decisões fundamentais tomadas na constituição do Estado. A relevância atribuída a um bem ou serviço para o qual o Estado tenha que tributar seus cidadãos e alocar os recursos para promover determinados bens e serviços é uma decisão política. A função alocativa estatal, na qual realiza despesas públicas, tem, ou deveria ter, como supedâneo decisões políticas fundamentais.

Segundo a doutrina administrativista, cada povo determina o que é serviço público em seu sistema jurídico. “A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.⁴³¹

Em meados do século XIX dificilmente alguém imaginaria que serviços de internet teria a atual importância para a sociedade de modo a torná-la quase indispensável para a vida das pessoas. Com o passar do tempo, o serviço vem se tornando cada vez mais essencial.

⁴²⁸ MANKIW. *op. cit.* p. 225.

⁴²⁹ MURPHY; NAGEL. *op. cit.* p. 62.

⁴³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 695.

⁴³¹ GROTTI, 2003, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 695.

E caso o mercado privado não seja capaz de atender a população, seria natural que o Estado começasse a prestar o serviço público.

No caso de o mercado privado não conseguir suprir a demanda de algum bem ou serviço considerado essencial pela sociedade, já seria um critério justificador para a ação estatal. Por exemplo, o setor de construção civil de imóveis residenciais: se a decisão política de determinado povo é no sentido de que a moradia é essencial, o Estado deve intervir, e se for o caso, utilizar de seus recursos para fomentar ou subsidiar a construção de moradias. Como afirma Eros Grau, o interesse social exige a atuação do Estado. A noção de serviço público advém como uma “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico”.⁴³² Então primeiro se define o que é de interesse ou necessidade social para depois “delegar” ao Estado a responsabilidade pela implementação do bem ou serviço público. A sociedade diminui ou retira do campo individual a responsabilidade e passa a entender que a atividade deve ser realizada via ação coletiva por meio do Estado.

Nessa acepção qualquer atividade pode ser atribuível ao Estado e com isso ser qualificada como serviço público. Em uma sociedade democrática e extremamente religiosa, os cidadãos podem entender que para acalmar seus deuses, cabe a existência de uma ação coletiva (via Estado) para construir templos e símbolos religiosos. Ao invés de cada um professar sua fé, entendem que deve existir uma coletivização das obras para demonstração da fé de sua sociedade. Da mesma forma, poderia ocorrer com o fornecimento de determinada iguaria para a sociedade ou algum tipo de serviço. Sob esse aspecto, como se tratava de uma decisão democrática, desde que houvesse consenso, não existiria limites para a atribuição do que seja ou não interesse público, necessitando apenas o consenso para a eleição dos bens e serviços a serem tutelados pelo Estado.

Só que os bens e serviços públicos acabam por gerar dificuldade à ordem econômica, uma vez que não utilizam a mesma lógica do mercado privado, o que pode gerar problemas de eficiência. A maioria dos bens no mercado privado são alocados em mercados onde os compradores pagam pelo que recebem e os vendedores são pagos pelo que fornecem. “Para esses bens, os preços são os sinais que orientam as decisões de compradores e vendedores. Quando os bens estão disponíveis gratuitamente, contudo, as forças de mercado que

⁴³² GRAU. *op. cit.* p. 135.

normalmente alocam os recursos em nossa economia inexistem".⁴³³ A partir do momento em que a alocação de recursos deixa de ser eficiente passa a existir uma falha de mercado.

Para se colocar à disposição da população serviços que a iniciativa privada tem dificuldade de fornecer, a ação coletiva faz-se necessária, e somente por ela que o bem e o serviço seria disponibilizado. Em muitos casos, pelo menos em teoria, o serviço ou bem pode ser prestado por um particular, mas por desinteresse do particular na lucratividade do negócio, ou por ser muito arriscado, pode a iniciativa privada não colocar a disposição da população determinada comodidade. E havendo consenso de que o bem ou serviço deve ser disponibilizado a todos os indivíduos, “delega-se” ao Estado a sua prestação.

3.6 ATUAÇÃO DOS TOMADORES DE DECISÃO E DOS BENEFICIÁRIOS DA DESPESA

No campo das finanças públicas, principalmente na alocação dos recursos públicos, há uma interação entre os agentes objetivando determinar o destino desses recursos. Nem sempre os expedientes utilizados serão republicanos ou democráticos. A presente análise pretende demonstrar de maneira descritiva a atuação dos principais agentes para formação de decisão orçamentária.

3.6.1 Caçadores de renda (*rent-seeking*)

Quando a montadora norte-americana Ford se deparou com as dificuldades de competir com os veículos japoneses, a direção da companhia considerou pedir proteção do governo contra a competição estrangeira. Em 1979 o economista-chefe da Ford, William Niskanen, defendeu que a Ford deveria manter seu compromisso histórico com o livre comércio. Argumentou que o pedido ao governo deveria ser apenas a remoção das tarifas dos insumos que a empresa importava. Além disso, sustentou que seria moralmente errado uma empresa buscar privilégios especiais do governo, alertando que esses tipos de favores costumavam ter alguma exigência como contrapartida, podendo ao final, ter um custo

⁴³³ MANKIW. *op. cit.* p. 223.

elevado.⁴³⁴ Essa ideia de que a empresa deve conservar um mínimo ético, contrasta com uma frase de Friedman no qual afirma que "a responsabilidade social das empresas é aumentar seus lucros",⁴³⁵ de forma que não seria incorreto que elas interfiram nas decisões estatais, haja vista que o fim buscado pelas empresas seria a maximização de seus lucros por meio de conduta legal, mesmo que de moral duvidosa.

Na economia, o estudo do *rent-seeking* nasce dessa relação entre empresa e Estado, no qual se verificou que as empresas buscavam benefícios juntos aos governos para poder melhorar suas posições e aumentar seus lucros. O problema é que em muitos casos, as empresas almejavam intervenção estatal para uma finalidade contra o próprio mercado, como por exemplo, a instituição de monopólios, ou reservas de mercado, o que era um contrassenso. A atuação das empresas junto ao Estado provocava uma “falha de mercado”, que se configura em razão da introdução de ineficiências no mesmo.⁴³⁶

Em artigo precursor do tema, Anne Krugman, elaborou um estudo em que sugere que o resultado do *rent-seeking* é danoso para atividade econômica e para a sociedade, sendo seus custos superiores aos ganhos. Distorce o mercado competitivo, desvia a atividade empresarial, desfoca objetivos estatais e impõe custos à sociedade.⁴³⁷

A análise do comportamento das empresas junto às atividades do Estado foi tangenciada no julgamento do financiamento das campanhas eleitorais pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema entendeu que a doação para as campanhas eleitorais configurava um agir estratégico “no afã de estreitar suas relações com o poder público”.⁴³⁸ Ao financiar as campanhas eleitorais, as pessoas jurídicas estariam abrindo as portas para a prática de *rent-seeking*. Cabe ressaltar que essa prática nem sempre é ilegal. Os estudos econômicos contrários ao *rent-seeking* são baseados na perda da eficiência do mercado e não tem relação com práticas criminosas ligadas à corrupção.

O efeito no mercado pode ser potencialmente grave, impondo uma falha de mercado onde antes não existia (p. ex. monopólio). Uma empresa ao ter o Estado como seu tutor impede que o mercado competitivo tome corpo. Em uma sociedade capitalista, o Estado

⁴³⁴ KOOP, Christel; MEADOWCROFT, John. *Regulation, rent-seeking, and business ethics*. In: HEATH, Eugene; KALDIS, Byron; MARCOUX, Alexei (ed.). *The routledge companion to business ethics*. Abingdon: Routledge Companions, 2018. p. 359-375. p. 361.

⁴³⁵ *Ibidem*. p. 362.

⁴³⁶ *Ibidem*. p. 371.

⁴³⁷ KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol 64, n. 3, p. 291-303, 1974. p. 291.

⁴³⁸ STF. ADI 4.650/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 17/09/2015.

deve atuar justamente para preservar o mercado competitivo. Ao interferir no mercado auxiliando determinada empresa, o Estado atua em sentido contrário ao que seria naturalmente esperado.

Além da distorção no mercado, pode ser apontado dois desperdícios: o primeiro é o desperdício de tempo e esforços dos próprios empresários para buscar (*rent-seeking*) e para manter o benefício (*rent-defending*). Não se pode ignorar na contabilização dos custos o “investimento” das empresas que buscam esse tipo de benefício e também as malsucedidas. O segundo é o custo para a implementação do benefício pelo governo (ou a perda de tempo em se esquivar do pedido).⁴³⁹ Esses dois desperdícios foram denominados pela doutrina de custos de Tullock.⁴⁴⁰

A caça à renda é considerada um desperdício econômico porque os recursos a ela dedicados poderiam ter sido colocados em um uso alternativo. Ela impõe custos de oportunidade que podem manter uma economia ineficiente, tornando a sociedade mais pobre do que seria de outra forma. Argumenta-se que uma característica essencial da *rent-seeking* é que ela é inerentemente um desperdício.⁴⁴¹ Utilizando de um exemplo simplista, em uma sociedade onde predomina o comportamento baseado no *rent-seeking* mais “vale a pena ir a um jantar com autoridades e pessoas influentes, onde se pode fazer relacionamentos valiosos, do que ficar em casa estudando para se tornar um profissional mais eficiente.”⁴⁴²

Uma consequência grave apontada por Krugman, que parece ser observada no Brasil, é a possível criação de círculo vicioso político. A hipótese é que os indivíduos percebem que o mercado não funciona corretamente e que o exercício empresarial auxiliado pelo Estado é uma fonte certa de sucesso, sendo menos arriscado e mais lucrativo buscar “parcerias” com o Estado. Por sua vez, cria-se um consenso político de intervenção no mercado, aumentando a busca de renda e resultados adicionais de intervenção. As empresas procuram os agentes políticos para terem benefícios, por sua vez, os governos “socorrem” as empresas para manter a preservação de emprego e renda.⁴⁴³

Governos intervencionistas tendem a favorecer grupos de interesses especiais, e com o Estado agigantado, provavelmente existirão mais grupos demandando o Estado e sendo

⁴³⁹ MULLER. *op. cit.* p. 230

⁴⁴⁰ WENDERS, John. On perfect rent dissipation. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 77, n. 3, p. 456-459, 1987. p. 456.

⁴⁴¹ KOOP; MEADOWCROFT. *op. cit.* p. 368.

⁴⁴² SHIKIDA; ARAÚJO JUNIOR. *op. cit.* p. 80.

⁴⁴³ KRUEGER. *op. cit.* p. 302.

em contrapartida favorecidos. Desde que haja a possibilidade de intervenção no domínio econômico, diversos grupos de interesses especiais irão competir para influenciar o governo através de atividades de *lobby* e captura da arena pública.⁴⁴⁴ Em termos constitucionais, o resultado é um possível distanciamento entre a política de despesa pública e as metas estabelecidas na Constituição, bem como um obscurecimento dos reais motivos da aplicação dos recursos financeiros do Estado.

3.6.2 A tragédia dos comuns

O comportamento dos *rent-seeking*s pode ser analisado à luz da obra de Garret Hardin, “*The tragedy of the commons*”, no qual lança a pergunta sobre o que acontece quando indivíduos competem por recursos escassos. Em linhas gerais, sustenta-se que “o uso desordenado de recursos de propriedade de todos (ou de livre acesso a todos) tende a levá-los ao exaurimento”.⁴⁴⁵ Na ausência de coordenação, os indivíduos tendem a utilizar os recursos segundo suas necessidades pessoais imediatas.

Com base na mesma teoria, Mankiw exemplifica com o caso de uma pequena cidade medieval, na qual, das atividades realizadas, uma das mais importantes é a criação de ovelhas. Essas ovelhas pastam nas terras coletivas da comuna local. Com o passar dos anos, a população da cidade cresce, e com ela o número de ovelhas, e por causa do número crescente de ovelhas a terra utilizada para o pasto começa a perder a sua capacidade de se recuperar. A terra utilizada tão intensamente já não é capaz de sustentar as ovelhas, e a atividade de criação de ovelhas se torna impossível. Mas por que isso acontece? A causa da “tragédia” está na razão de os incentivos sociais e privados serem diferentes. Se houvesse uma ação comum, os pastores poderiam reduzir a quantidade de ovelhas para um nível sustentável. No entanto, nenhuma família tem incentivo para reduzir o tamanho de seu rebanho, porque cada rebanho representa apenas uma pequena parte do problema.⁴⁴⁶

O processo orçamentário cria incentivos e consequências semelhantes às aquelas associadas à chamada tragédia dos comuns. Isso porque a ausência de direitos (e limitações) de

⁴⁴⁴ BORGES, Andre. *Democracia vs Eficiência: A teoria da escolha pública*. Lua Nova, n. 53. 159-206. 2001. p. 164.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, Werder. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 60.

⁴⁴⁶ MANKIW. *op. cit.* p. 231.

propriedade privada sobre um recurso esgotável cria incentivos para que usuários potenciais explorem excessivamente o recurso. Os que estão à captura do orçamento agem dessa maneira porque sabe que se não explorar o recurso, outro o fará.⁴⁴⁷

A receita dos tributos cria uma “coletivização” dos recursos que antes eram privados. Expropria o indivíduo de parte de seus rendimentos para colocar os recursos nos cofres públicos. Esse dinheiro que era para ser utilizado em ações que os indivíduos não seriam capazes de promover eficientemente, acaba se tornando objeto de disputa entre os particulares. Em outras palavras, aloca-se os recursos estatais em bens e serviços que não seriam públicos (na acepção econômica do termo). Acarretando na prática de os particulares coletivizarem aquilo que seria obrigação privada, como uma forma de garantir uma parcela maior do orçamento.⁴⁴⁸ Assim, ao invés de os indivíduos pagarem para o fornecimento de certo entretenimento, o grupo com poderio político coletiviza (via Estado) esse entretenimento. O resultado é que ao invés de o indivíduo pagar a totalidade do preço de seu ingresso para assistir o evento, ele vai arcar com uma pequena fração, resultante da divisão entre todos os pagadores de tributos.

A tragédia dos comuns ocorre na medida em que os diversos agentes buscam extrair o máximo de benefícios do fundo comum (receitas públicas). Essa pressão no processo de divisão do orçamento resulta numa expansão dos gastos públicos, pois os custos associados ao aumento das despesas não seriam completamente internalizados pelos responsáveis da decisão de quanto gastar.⁴⁴⁹

Pode-se estender esse termo de “caça à renda” para outro setor além da prática empresarial de buscar benefícios do Estado. Devido ao forte corporativismo dos servidores públicos e o seu poderio frente ao Estado, o termo *rent-seeking* pode ser aplicado sem maior alteração semântica para as práticas de certos setores do funcionalismo público. Os servidores públicos, principalmente os detentores de maiores privilégios, promovem uma captura do orçamento e são capazes de exercer influência e pressão de forma semelhantes às grandes corporações empresariais.

A diferença da figura do *rent-seeking* criada para a figura dos empresários e à dos servidores públicos, reside basicamente na ausência de implementação de uma falha de mercado na atuação dos servidores. Ao invés disso, cria-se uma falha de governo ou de Estado

⁴⁴⁷ BRUBAKER, Earl. The Tragedy of the Public Budgetary Commons. *The Independent Review*, vol. 1, n.3, p. 353–370, 1997. p. 354.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. p. 355.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Werder. *op. cit.* p. 61

(*government failure*), nas quais as atividades do Estado passam a ser menos eficientes (gasto x resultado ou custo x benefício).

Economicamente, a falha de Estado é entendida como um desperdício ocasionado por uma conduta do próprio governo. Os recursos são alocados de uma maneira que se desvia significativamente de uma referência de eficiência apropriada.⁴⁵⁰ O Estado poderia pagar um valor para obter um determinado serviço, mas paga um valor muito superior para obter o mesmo serviço. É um problema de eficiência da despesa que acarreta desperdício de recursos públicos. A análise que deve ser realizada é que pagar a alguém acima do que este trabalhador produz, ou pagar algo que se sobrepõe a contraprestação, economicamente, é uma despesa ineficiente.

A lógica da questão da remuneração, em certo aspecto, é semelhante ao dos benefícios assistenciais concedidos pelos governos. Quando um programa assistencial estatal resolve conceder um auxílio financeiro para a população de baixa renda, o que ocorre é o pagamento por algo que não teve contraprestação. É um gasto público sem qualquer contrapartida imediata para o pagador. É claro que existem outros motivos, como estímulo econômico, razões humanitárias, etc., mas na relação entre pagador e destinatário, o gasto é despido de contrapartida do destinatário. Já quando o gasto estatal para a remuneração de um servidor público é superior ao que este deveria receber, a mesma ineficiência da despesa é observada. É como se ocorresse uma “doação” em relação ao excedente da contrapartida do destinatário do recurso.

Em síntese, a caça à renda promovida pelas corporações dos servidores públicos tem uma responsabilidade relevante nas falhas de governo, pois se introduz ineficiência no gasto, majorando as despesas sem qualquer ganho efetivo para o serviço público. Conforme Conrado Mendes o que existe é um problema republicano, no qual se verifica um “sequestro corporativo do interesse público”.⁴⁵¹

Um estudo do Banco Mundial indicou que, comparativamente com outros países, o Brasil não tem uma quantidade de servidores públicos excessiva. Na realidade, a proporção de pessoas empregadas pelo serviço público é relativamente pequeno, cerca de 18% (ou 24% se considerado apenas os empregos formais). O problema é que a massa salarial é alta,

⁴⁵⁰ WINSTON, Clifford. *Government Failure versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*. Harrisonburg: R. R. Donnelley. 2006. p. 03.

⁴⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. *Magistocrata não sai de férias, vende*. Folha de São Paulo, São Paulo, 1º set. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/09/magistocrata-nao-sai-de-ferias-vende.shtml>>

ou seja, a média remuneratória dos servidores é substancialmente mais alta que a média privada. Segundo o estudo “o Brasil gasta um alto percentual do PIB com a massa salarial do setor público; isso se deve, em grande parte, aos altos salários do setor público, uma vez que o número total de servidores públicos não é particularmente alto”.⁴⁵²

No mesmo estudo, constatou-se que a remuneração do setor público é muito superior ao setor privado (inclusive em serviços similares, e quando o empregado do setor privado possui escolaridade mais alta). Em média, o setor público agregado (federal e subnacional) paga salários 70% superiores aos do setor privado formal. Os militares federais recebem o dobro, e os servidores civis tem uma remuneração cinco vezes superiores ao do setor privado. A disparidade se acentua ainda mais quando são excluídos os servidores do Poder Executivo. Os servidores dos demais órgãos (Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Legislativo) recebem quase o dobro do que os servidores do Poder Executivo, e nove vezes mais que os empregados do setor privado.⁴⁵³

O estudo concluiu que a remuneração de parte dos servidores públicos é frequentemente baseada no poder de *lobby*, o que produz custos desnecessários para o Estado.⁴⁵⁴

A captura do orçamento pelos servidores públicos mostra-se bastante clara quando se tem em vista a realidade remuneratória do funcionalismo público frente a outros problemas estruturais da sociedade. As corporações ligadas aos servidores públicos colocam em primeiro lugar a remuneração de seus associados e deixam para a população em geral o encargo do custeio dessas despesas. Dois acontecimentos recentes ilustram essa questão: o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 23, § 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que permitia a redução da carga do servidor com a correspondente diminuição da remuneração nos casos em que houvesse a necessidade de adequação da despesa com pessoal.⁴⁵⁵ Entre o equilíbrio financeiro e a remuneração do servidor, optou-se pelo direito do servidor.

Outro caso emblemático, agora no âmbito do Poder Legislativo, foi a discussão durante a pandemia da Covid-19 de reduzir a remuneração dos servidores para fazer frente aos gastos públicos nas medidas de combate aos efeitos da pandemia.⁴⁵⁶ Devido à forte retração

⁴⁵² BANCO MUNDIAL. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Brasil – *Revisão das despesas públicas*. 2017. p. 40.

⁴⁵³ *Ibidem*. p. 44.

⁴⁵⁴ *Ibidem*. p. 54.

⁴⁵⁵ STF. ADI 2238. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre Moraes. Julg. 24/06/2020.

⁴⁵⁶ CALCAGNO, Luiz. *Redução de salário por conta do coronavírus incomoda categorias federais*. Correio Brasiliense. Brasília. 26/03/2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/26/internas_economia,840261/reducao-de-salario-por-conta-do-coronavirus-incomoda-categorias-federa.shtml> . Acesso em 15 de dez de 2020.

econômica as entidades federativas tiveram queda na arrecadação, tendo a União realizado programas de auxílio financeiro para a população de baixa renda. Mesmo diante da ausência de trabalho de parte dos servidores públicos, haja vista que boa parte dos servidores públicos estavam cumprindo isolamento sem condições de trabalhar, as medidas relativas à alteração ou redução da remuneração sequer foram colocadas em pauta.

O Estado brasileiro com sua expressiva arrecadação tributária e excesso de atribuições é um celeiro de oportunidades para os particulares buscarem alguma fatia orçamentária. Quanto maior o Estado mais fácil se torna alguma oportunidade para a ação de agentes na captura do orçamento.

3.6.3 Comportamento dos agentes políticos

Ao estudar a comunidade dos Nambiquaras, Levi-Strauss analisa como se forma uma liderança política, bem como seu dinamismo. Segundo o autor, o poder dos chefes da comunidade advém de um consentimento de seus membros, e esse consentimento que confere a liderança para o chefe da comunidade tem como o primeiro e principal instrumento do poder a generosidade. Quando um indivíduo, uma família, ou uma parte do grupo, sente um desejo ou uma necessidade, é para o chefe que apela a fim de satisfazê-los. A generosidade é o atributo essencial do poder.⁴⁵⁷

A lógica existente nos Nambiquaras não difere muito das sociedades atuais em relação aos gastos públicos. Os cidadãos almejam a maior quantidade possível de comodidades a serem fornecidas pelo Estado, por sua vez os agentes políticos tentam se mostrar generosos com a população para se perpetuarem no poder. Inclusive as campanhas políticas são sempre em volta das mesmas promessas de maior ação estatal para melhorar o bem-estar da população, normalmente vinculado ao aumento das despesas públicas, sem qualquer preocupação e menção sobre o financiamento para tais gastos.

Governantes que gastam mais, normalmente tem um nível de aceitação popular mais alto. “As políticas da generosidade são mais fáceis e mais agradáveis de exercer do que a política da contenção”.⁴⁵⁸ Partindo das premissas de que os governos que realizam mais gastos

⁴⁵⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. Trad. Wilson Martins. São Paulo: Editora Anhembi. 1957. p. 330-331.

⁴⁵⁸ MANDELBAUM, Michael. *As ideias que conquistaram o mundo: paz, democracia e livre iniciativa*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus. 2003. p. 312.

tendem a ter maior aprovação, que o agente político tomador de decisão possui interesse relacionado à aprovação popular e consequente possibilidade de reeleição (ou a manutenção de seu grupo no poder), é natural a conclusão de que os governos se esmerem para aumentar os recursos destinados a fazer frente as ações estatais.

Há uma conjunção de fatores. Os cidadãos almejam que o Estado lhes forneça maior comodidade, por sua vez os governantes buscam aumentar sua aprovação no seu eleitorado. O que se verifica é que quando a aprovação popular dos governantes cai, não é em razão do aumento da despesa pública, mas sim por causa da má gestão dos recursos. Escândalos envolvendo supersalários e corrupção impactam negativamente na aprovação de um governante mais que o mau direcionamento e o montante elevado da despesa.

O governo deseja majorar o próprio apoio político. Com esse propósito ele executa os atos de gastos públicos que garantam a “maior quantidade de votos por meio daqueles atos de financiamento que perdem a menor quantidade de votos”. As regras do jogo do processo democrático em grande parte determinam as políticas e não (apenas) a especificidade ideológica do agente político. Assim, os governantes tendem a gastar mais no final do mandato para poder ter mais forças nos processos eleitorais. Os gastos públicos são aumentados “até que o ganho de votos do dólar marginal gasto iguale a perda de votos do dólar marginal financiado”.⁴⁵⁹ Em outros termos, a conduta dos agentes políticos quando elaboram seu plano de ação é perguntar se “em relação a cada gasto: vale seu custo em votos em termos de votos ganhos?”⁴⁶⁰

Buchanan e Tullock sustentam que a adoção da regra majoritária ao invés de regra menos inclusiva como a da unanimidade acaba permitindo uma expansão dos gastos estatais com maior facilidade. O tamanho do Estado e das despesas públicas não conseguem atingir um ponto ótimo porque a regra majoritária permite que se faça coalizões de modo a impor à parcela minoritária o pagamento dos custos que eles não teriam aprovados (custos externos).⁴⁶¹ Nesse ponto entra em cena um problema acerca da legitimidade, pois em regimes democráticos a maioria consegue impor que a outra parcela da população perdedora arque com os custos de serviços que poderiam ser privados. A “coletivização” de certos bens e serviços vai ter o efeito prático de empurrar para o Estado todos os custos de implantação do bem ou serviço, e por consequência, para a sociedade.⁴⁶² Por isso, aponta-se que a regra da maioria

⁴⁵⁹ DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp. 2013. p. 72.

⁴⁶⁰ *Ibidem*. p. 89.

⁴⁶¹ BUCHANAN; TULLOCK. *op. cit.* p. 200.

⁴⁶² *Ibidem*. p. 206.

possui uma certa incoerência, devendo as preferências serem formadas em um discurso público dentro de um ambiente institucional.⁴⁶³

O tamanho do orçamento público cresce continuamente e a decisão política de diminuir as despesas somente ocorre quando a reeleição dos agentes públicos tomadores de decisão entra em risco, ou parte dos grupos de pressão, que anteveem uma implosão das contas públicas, pressionam o governo a reduzir os gastos.

Conforme afirmam Farber e Frickey, o projeto de reeleição dos agentes políticos faz com que os mesmos desafiem até mesmo grupos poderosos (grupos de pressão), pois a reeleição é o principal objetivo dos agentes políticos.⁴⁶⁴

3.6.4 Atuação do Poder Judiciário

Como os juízes não são eleitos, não existe o interesse pela reeleição formatando a conduta desse tomador de decisão. Com isso, o padrão de comportamento nas questões afetas às políticas públicas oriundas de outros poderes (em que os tomadores de decisão foram eleitos) e em relação aos seus próprios gastos altera sensivelmente.

Em relação à conduta do Poder Judiciário frente as políticas públicas, como ele é composto por representantes não eleitos pelo povo e independe da aprovação deste para a manutenção no “poder”, teoricamente ele é capaz de melhor suportar a força dos grupos de pressão que estão em busca da captura do orçamento. Pode atuar como instrumento de correção de alguns problemas relacionados à baixa efetividade constitucional, adequando as políticas públicas à legislação.⁴⁶⁵

O efeito que se pode gerar ao se utilizar o Poder Judiciário como uma forma de combater a criação de normas e políticas públicas que visam atender grupos de pressão e outros interesses menos democráticos, é o Poder Judiciário ser alçado à um instrumento eleitoral dos agentes políticos. Isso porque bastaria ao legislativo e ao poder executivo lançarem programas altamente populares, para que o Poder Judiciário tivesse que agir como um fiscal impopular

⁴⁶³ FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press. 1991. p. 61.

⁴⁶⁴ *Ibidem*. p. 20.

⁴⁶⁵ Cabe lembrar que no 2.4.4.2 desta tese foi defendida uma alteração da forma de como o Poder Judiciário interfere nas políticas públicas, e por consequência na alocação das despesas públicas. Ao invés de se realizar intervenções pontuais (normalmente vinculadas à lesão de direito fundamental individual), há que se pensar em uma ação mais ampla, no qual o Poder Judiciário consiga analisar o orçamento, cotejando-o com a Constituição e a legislação.

para proteger as contas públicas e setores escanteados pelas políticas realizadas pelos tomadores de decisão.

No que se refere à alocação orçamentária do próprio Poder Judiciário (e demais poderes com autonomia orçamentária e compostos por membros não eleitos), a ausência de qualquer preocupação com a deferência popular faz com que o comportamento quanto ao próprio orçamento e remuneração, seja bastante discrepante dos outros poderes, especialmente do Poder Executivo. Mesmo com a possibilidade de interferência do Poder Legislativo nas questões orçamentárias de outros poderes, o que se observa é que o fato de o orçamento dos órgãos com autonomia administrativa e orçamentária ser objeto de escrutínio pelo Legislativo, não faz com que a alocação das despesas receba um caráter político ou preocupado com a aprovação popular. Isso resulta com que a autonomia orçamentária tenha a consequência do afastamento do controle social, deixando os tomadores de decisão com mais liberdade de agir em benefício próprio.

A despreocupação com a reeleição para a manutenção do “poder” transparece o autointeresse de maneira totalmente diversa do que ocorre com os agentes políticos. Enquanto os poderes executivo e legislativo sofrem as pressões dos grupos de interesse e tentam se capitalizar politicamente na implementação de algumas medidas de maior aprovação popular, os membros de órgãos não eletivos buscam o autointeresse por meio do *rent-seeking*, utilizando a própria autonomia orçamentária.

4 DESPESAS PÚBLICAS E REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA

Um efeito natural da ação coletiva promovida pelo Estado é a redistribuição de renda. Quando se promove a arrecadação dos recursos financeiros públicos por meio de tributos, e posteriormente se realiza a alocação desses recursos, é praticamente impossível que os benefícios sejam distribuídos na mesma medida que foi tirado dos cidadãos. Pode ocorrer de um cidadão pagar uma quantidade alta de tributos e ter um serviço de segurança pública de péssima qualidade, enquanto outro indivíduo de uma cidade vizinha pode pagar uma ínfima quantidade de tributo e ter um excelente e dispendioso serviço de segurança pública na sua comunidade. Para não existir redistribuição de renda, os bens e serviços públicos deveriam ser colocados à disposição dos cidadãos na medida exata de suas contribuições para o Fisco.⁴⁶⁶

Cabe deixar claro que a redistribuição de renda promovida pelo Estado não necessariamente envolve a diminuição de desigualdades sociais e econômicas. A atividade financeira estatal, alocando os recursos de maneira diferente do inicialmente estabelecido, pode resultar em maior desigualdade de renda, simplesmente diminuindo o patrimônio das classes mais pobres, entregando-o para a parcela mais abastada. Quando ocorre a intervenção do Estado, ainda mais em sociedades populosas, é impossível que a distribuição dos recursos particulares se mantenha da mesma forma, sendo a redistribuição de recursos uma consequência natural da própria existência do Estado.

A tamanho da interferência do Estado na redistribuição da renda vai ocorrer quanto maior for sua intervenção na economia, bem como sua envergadura. Um “estado mínimo” que se presta somente a garantir a segurança física e patrimonial de seus cidadãos, somente alterará a forma de distribuição dos recursos dos indivíduos naquela parcela do tributo utilizado para o custeio da atividade de segurança; os indivíduos pagarão tributos, e em troca receberão segurança pública. Se os tributos forem pagos desigualmente, e todos receberem o mesmo serviço de segurança pública, haverá uma atividade redistributiva, uma vez que aquele que pagou menos, receberá uma utilidade na qual pouco ou nada contribuiu.

Tendo em vista o natural efeito redistributivo do Estado, a questão que se coloca é sobre qual papel o Estado deve ter na redistribuição de recursos. Deve buscar a eficiência na

⁴⁶⁶ Pode-se entender o termo “renda” em sentido bastante amplo, pois não se pode desprezar o fato de que um indivíduo é “rico” à medida que tem acesso às comodidades, sejam estas obtidas com dinheiro próprio ou fornecidas pelo Estado. Um indivíduo que possui serviços segurança e saúde tem mais renda (ou é mais rico) do que aquele que somente consegue ter o serviço de saúde à sua disposição. Então, se um indivíduo tem condição de manter serviços de saúde e segurança privados, e outro indivíduo possui esses serviços com a mesma qualidade oriundos da atividade estatal, ambos terão “renda” ou comodidades semelhantes.

alocação dos recursos? Atender as demandas sociais em busca da igualdade? Ou tentar manter a distribuição dos recursos no estado inicial (anterior à tributação)? Isso é um desafio em termos de democracia e consensualidade do gasto público, uma vez que se depara com interesses contrapostos dos indivíduos.

No campo normativo a Constituição Federal estabelece como objetivos da República a redução da desigualdade (art. 4º), o que indica a inserção de uma finalidade ética na função redistributiva da atividade financeira do Estado. Por outro lado, o mesmo artigo prevê a garantia do desenvolvimento nacional, que a depender do caso, tais objetivos poderão ser conflitantes.

Como se vê a seguir, embora o ideal igualitário pareça representar uma maior grandeza moral, a justificativa racional da existência do Estado, como visto no capítulo 3, não é a promoção da igualdade, mas sim a aumento do bem-estar dos indivíduos. Além disso, a democracia e o atingimento do consenso nos gastos públicos não se relacionam necessariamente com aspectos éticos, como se houvesse gradação entre a moral de um e outro indivíduo.

A inserção de um propósito explicitamente redistributivo na atividade financeira do Estado é uma questão que está dentro da esfera política, devendo sua aplicação e extensão ser analisada democraticamente.

4.1 DIVISÃO DOS CUSTOS OU REDISTRIBUIÇÃO. EMPREENDIMENTO COOPERATIVO

O processo relativo à arrecadação dos recursos até a realização dos gastos públicos pode ser analisado sob duas óticas um tanto diversas. A primeira se refere à uma redistribuição, em que a atuação do Estado deve envolver necessariamente uma transferência fiscal em que uma parte da sociedade (vencedora) vai ser apropriar dos ganhos de outra parte (vencida). E outra, que consiste na ideia de que a ação coletiva promovida pelo Estado deveria se concentrar apenas em uma divisão de custos entre os contribuintes. Para a análise dessas posições, utiliza-se as derivações da obra de Knut Wicksell realizadas por Buchanan e Musgrave.

Wicksell era defensor da regra da unanimidade para a tomada das decisões estatais e entendia que uma regra de votação por unanimidade garantiria que todos os indivíduos recebessem benefícios proporcionais ao seu custo tributário. Ninguém poderia reclamar se na

eleição pudesse conseguir um benefício tão grande quanto o preço que teria que pagar. Contudo, Buchanan e Musgrave discrepam na extensão dessa unanimidade e sobre a existência de uma imposição distributiva mais justa.⁴⁶⁷

A ideia de um paradigma cambial, na qual a ação coletiva do Estado é custeada igualmente entre os contribuintes, é escorada no entendimento de que para a aprovação de uma regra unânime um indivíduo não deveria arcar com a parte de outro. Cada um somente pagaria a título de tributo a parcela correspondente ao custo da ação estatal. Se a renda é transferida de um conjunto de pessoas para outro existiria um “câmbio fiscal imperfeito”. E dentro de uma estrutura de votação, onde os participantes buscam maximizar seus benefícios, seria improvável o acordo em que um grupo abra mão de seu patrimônio. Por isso Buchanan afirma que os objetivos distributivos do processo fiscal seriam estabelecidos de fora da própria estrutura de decisão (fora do consenso). A defesa pela redistribuição partiria de um argumento normativo que considera a função redistributiva do Estado, pelo menos como uma função subsidiária, senão a função a função primária. O processo de tributação e gasto ofereceriam um meio pelo qual os resultados distributivos do mercado seriam direcionados a resultados com maior legitimidade ética, havendo uma transferência de renda real e riqueza entre pessoas e grupos dentro da comunidade política.⁴⁶⁸

De acordo com o entendimento de Buchanan, se os indivíduos entram em processos coletivos voluntariamente, o critério para julgar o resultado é o acordo unânime. Ele mesmo admite que os custos envolvidos neste longo processo de votação e negociação necessários para chegar a uma decisão unânime podem tornar a solução de Wicksell impraticável, mas, mesmo assim, a unanimidade absoluta continua sendo o ideal. A unanimidade na escolha pública representa o único critério para garantir que as propostas de despesas realmente valham a pena. Fora essa hipótese não seria possível a tomada de decisão relativa aos gastos públicos que fosse Pareto-eficiente, uma vez que a coalizção da maioria poderia impor custos à minoria derrotada. Por isso, optando pela proteção do *status quo*,⁴⁶⁹ Buchanan é assertivo ao dizer que o paradigma da negociação do contrato social (*exchange-contractarian paradigm*) “é o único que é totalmente consistente com o que podemos legitimamente chamar de ‘democracia’ ou com uma ordem social que incorpora valores

⁴⁶⁷ JOHNSON, Marianne. *The Wicksellian Unanimity Rule: The Competing Interpretations of Buchanan and Musgrave*. *Journal of the History of Economic Thought*, Cambridge, vol. 28, n. 1, p. 57-79, 2006. p. 59.

⁴⁶⁸ BUCHANAN, James M. *Freedom in constitutional contract: perspectives of a political economist*. College Station: Texas A&M University Press. 1977. p. 264.

⁴⁶⁹ JOHNSON. *op. cit.* p. 69.

democráticos”.⁴⁷⁰ Assim, caso se considere um modelo mais inclusivo de escolha pública (próximo à unanimidade), a atividade financeira e a decisão das despesas públicas tendem exercer a função de custeio, diminuindo eventual função redistributiva dos gastos públicos.

Esse modelo de unanimidade é hipotético e Buchanan adverte que as instituições políticas existentes não surgiram por meio de um processo de contratação voluntária ou acordo unânime. No entanto, a existência do contrato social é uma maneira de entender os compromissos que as pessoas têm os com governos e as instituições políticas. E embora as regras e as instituições possam não ter surgido por meio de consentimento voluntário, elas podem ser benéficas na medida em que proporcionam um ponto focal em torno do qual pessoas que diferem questões de justiça podem coordenar suas ações e estabelecer expectativas estáveis.⁴⁷¹

Não necessariamente a formação do Estado e suas constituições, com a manutenção da estrutura social, foi ruim para as massas. Sob a proteção do Estado, as classes mais abastadas puderam preservar seus privilégios e suas propriedades. Contudo, mesmo fora da elite econômica, quando existe consensualidade e paz social, há progresso e melhoria das condições de vida que talvez não seja observado caso o Estado nunca tivesse sido formado. Há um argumento que sustenta que a formação de regras constituintes da estrutura do Estado tende a acarretar progresso social, esse argumento se resume em diminuição dos custos de transição.⁴⁷² Gilbert entende que o “entricheiramento” de direitos se justifica em razão da promoção da estabilidade necessária à sociedade. Toda vez que normas fundamentais são alteradas em um Estado ocorre custos de transição maléficis para o progresso social. Uma grande mudança impõe uma nova conformação social. A estabilidade acarreta em segurança jurídica que permite o desenvolvimento.⁴⁷³

⁴⁷⁰ BUCHANAN. *op. cit.* p. 269.

⁴⁷¹ PENNINGTON, Mark. *Constitutional Political Economy and Austrian Economics*. In: COYNE, Christopher; BOETTKE, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Austrian Economics*. Oxford: Oxford University Press. 2015. p. 464-490. p. 486.

⁴⁷² Os custos de transição são os esforços despendidos para passar de uma situação para outra. Em outras palavras, é o prejuízo ou despesa para efetuar determinada mudança e atingir o novo *status*. Quando se fala em diminuição dos custos de transição em razão de existência de regras estruturantes do Estado, referimos ao fato de que ao se perenizar uma regra, tornando-a imutável (ou quase imutável), elimina-se eventual discussão e custos advindos para sua alteração. Por exemplo, se o legislador resolvesse acabar com a estabilidade dos servidores já estáveis, haveria um custo de transição referente à alguma compensação, bem como eventuais prejuízos para o serviço público. Da mesma forma, existiria altos custos de transição se o legislador resolvesse eliminar a propriedade privada, pois a sociedade teria que encontrar e implementar um novo regime econômico, gerando custos para a execução da mudança.

⁴⁷³ GILBERT, Michael D. The law and economics of entrenchment. *Georgia Law Review*. vol. 54. p. 61-110. 2019. p. 65.

Em posição diversa da adotada por Buchanan, Musgrave defende que o próprio Wicksell teria percebido as implicações que a regra da unanimidade seria capaz de trazer. É que a unanimidade requerida para ação não é requerida para a inação. Em outras palavras, se para aprovar uma despesa seria necessário sempre o acordo unânime, para não se aprovar nada a unanimidade seria dispensável. Assim, para a ausência de ação (que também é uma decisão) não haveria a necessidade de unanimidade. Wicksell afirmaria que a justiça na tributação pressupõe justiça na distribuição das rendas, uma distribuição justa de renda deve pré-existir à escolha pública, sendo antecedente para a realização do “acordo constitucional”.⁴⁷⁴ E por fim, Wicksell teria alterado a regra unanimidade absoluta para a unanimidade aproximada, isso porque os caronas (*free-riders*)⁴⁷⁵ e o voto estratégico trariam sérias dificuldades para a tomada de decisões sobre bens públicos financiados coletivamente.⁴⁷⁶

A igualdade do ponto de partida compartilha a mesma lógica dos direitos de veto para proteger as minorias, de modo que a justiça na distribuição da renda na sociedade deve preceder qualquer aplicação da regra da unanimidade.⁴⁷⁷ Em outras palavras, Musgrave afirma que no momento da instituição do “contrato inicial” tanto poderia se escolher uma regra igualitária na divisão dos bens, quanto a preservação da propriedade de cada indivíduo. Ao invés de se considerar que a “classe proprietária” teria poder de veto para não se instituir determinada regra distributiva, seria considerado que o ponto de partida não teria a classe de “proprietários” e a classe de “não proprietários”, pois a preservação da propriedade é em si uma regra de escolha.

A partir do momento que as transferências de renda entram na arena política, deixando a proteção à propriedade de ser um pressuposto no “acordo inicial”, ter-se-á a garantia de um conflito de classes e um estado de agitação.⁴⁷⁸ Mas diferentemente que se possa imaginar, ainda mais se tratando de pacto inicial da sociedade, não se pode dizer que a ideia de um igualitarismo seja decorrente somente de uma construção de cunho ético, pois a discussão resvala no próprio direito de propriedade.

⁴⁷⁴ MUSGRAVE, Richard Abel. The three branches revisited. *Atlantic Economic Journal*, v. 17, p. 1–7, 1989. p. 2.

⁴⁷⁵ *Free-riders* ou caronas são aqueles que se beneficiam dos recursos ou serviços sem pagar nada pelo benefício. No caso citado, seriam aqueles que ganham os benefícios, mas que não entrega nada em contrapartida, ficando, boa parte das vezes, oculto.

⁴⁷⁶ JOHNSON. *op. cit.* p. 60.

⁴⁷⁷ *Ibidem.* p. 67.

⁴⁷⁸ SAMUELS, Warren Joseph. Buchanan and Musgrave on public finance and public choice: a review essay. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 22, n. 4, 499-507, 2000. p. 500.

O provável embate entre proprietários (ricos) e os despossuídos (pobres) é trabalhada por Holmes e Sunstein. Sem utilizar argumento moral os autores afirmam que os ricos que devem sua riqueza, em parte, a um sistema jurídico e político mantido pela cooperação social,⁴⁷⁹ “devem pagar pelo autocontrole e a cooperação voluntária dos pobres, em vez de obrigá-los pela força a adotar uma mera aparência de comedimento”. Como a sociedade é um empreendimento cooperativo, para os proprietários terem a cooperação das classes desfavorecidas, estes, em eventual “contrato social” podem exigir que somente entrarão em consenso caso lhes sejam transferidas certas comodidades.⁴⁸⁰

Então, mesmo que para o “acordo inicial” tenha sido exigida a unanimidade, a inserção de um caráter redistributivo, no qual os setores mais ricos transfeririam patrimônio para os mais pobres, seria hipoteticamente sustentável.

4.2 AS DIFERENTES FORMAS DE JUSTIÇA NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS

A dificuldade de conceber um modelo abstrato relativo à justa distribuição de renda e de comodidades é didaticamente explicada por Amartya Sen ao ilustrar com a hipótese do embate das três crianças e uma flauta. O autor supõe que três crianças – Anne, Bob e Carla – estão em disputa para decidir quem fica com uma flauta. Anne afirma que ela quem deve ficar com a flauta porque é única que sabe tocá-la (fato que não é negado pelos outros dois). Na visão de Anne seria injusto negar a flauta para a única pessoa que sabe manuseá-la. A situação de Bob é diferente. Ele é o único tão pobre que não possui brinquedo algum, e a flauta lhe permitiria brincar com algo. Isso também não é contestado por nenhum dos outros dois. E em outro cenário se encontra Carla. Foi ela quem trabalhou por diversos meses para fazer a flauta (os outros confirmam esse fato), e Carla reclama que somente quando terminou o seu trabalho de manufatura é que apareceram os “expropriadores” para retirar sua flauta.⁴⁸¹

A depender da concepção teórica sobre a justiça, qualquer das três crianças podem ser beneficiárias da flauta. Sen aponta três correntes que poderão resultar em decisões

⁴⁷⁹ É uma cooperação porque ricos e pobres têm que entrar em um “acordo” para que a vida em sociedade seja possível.

⁴⁸⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2019. p. 163.

⁴⁸¹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann; Ricardo Donitelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. p. 43.

diferentes diante de desse caso: utilitaristas, igualitaristas econômicos e libertários pragmáticos. Bob, o mais pobre, tenderia a ter o apoio de um igualitarista econômico, uma vez que este estaria mais preocupado com a redução das disparidades econômicas entre as crianças. A corrente utilitarista tenderia a dar a flauta para Anne, pois ela é quem sabe dar a melhor destinação ao instrumento. E os libertários pragmáticos dariam a flauta a Carla, uma vez que é o fruto de seu próprio trabalho.⁴⁸²

A hipótese ilustra a dificuldade em relação aos princípios que devem governar a alocação dos recursos em geral. Mesmo diante de fatos não controversos sobre quem é mais pobre, sobre a utilidade da alocação da flauta, e de quem trabalhou para manufaturar o produto, as soluções sobre a distribuição do recurso ainda pode se mostrar controversa.

Em uma sociedade que valoriza o direito de propriedade, e parte do ordenamento jurídico caminha no sentido de sua proteção, a tendência é que a flauta permaneça com a Carla, pois foi ela quem empregou os esforços para manufaturá-la.

As Constituições formadoras dos estados modernos, tais como a Americana de 1787 e a Francesa de 1791, são explícitas em garantir o direito de propriedade para seus cidadãos, o que acaba resultando em um entendimento de que a visão mais correta é a manutenção da propriedade. Na medida em que encara a propriedade privada como questão crucial, a teoria política e econômica tem como a principal característica a “ênfase que coloca nas atividades privadas dos donos de propriedade e em sua necessidade de proteção governamental para fins de acúmulo de riqueza”.⁴⁸³

Murphy e Nagel afirmam que a ideia de propriedade como imanente ao indivíduo, que quase todas as sociedades carregam, não passa de uma convenção social. Da mesma forma que socialmente se convencionou utilizar a palavra “porco” para expressar questões de higiene, existe um caráter convencional da propriedade; uma intuição sobre o que é de cada um dependente de todo um sistema jurídico regular o direito de propriedade. No entanto, os conceitos do que é de cada um não pode partir de pressupostos individuais. A resposta deve ser dada por um sistema “que melhor atender aos fins legítimos da sociedade através de meios legítimos e sem impor custos ilegítimos. É esse o único modo pelo qual pode ser justificado um sistema de propriedade essencialmente convencional”. A justificativa pode

⁴⁸² *Ibidem*. p. 44.

⁴⁸³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 82.

fazer referência as concepções de bem-estar geral, igualdade, merecimento etc., só não pode, no nível dos princípios fazer apelo aos direitos de propriedade.⁴⁸⁴

O exemplo da flauta quando cotejado com a questão da propriedade se torna interessante em termos de política financeira do Estado porque a tributação incide justamente sobre a propriedade (externalização da riqueza). E caso o direito à propriedade seja considerado prevalente sobre outros argumentos, a tributação deveria incidir sempre de forma igual entre os contribuintes, e os gastos públicos teriam também que ser distribuídos de maneira equânime entre os cidadãos. A atividade do Estado de maximização de bem-estar e demais ações coletivas está apoiada na tributação. Para o exercício da ação estatal há que cobrar impostos dos indivíduos em benefícios de outros, e a forma que a tributação é efetivada depende da “nossa concepção do status moral da propriedade privada e das obrigações que, a nosso ver, os membros de uma mesma sociedade tem uns para com os outros”.⁴⁸⁵

Como dito no capítulo anterior, o problema democrático da distribuição dos recursos resulta do fato de que o Estado é engendrado, em grande parte para a manutenção do *status quo*, como uma forma de manutenção dos privilégios conquistados ao longo do tempo, e a propriedade é um deles, se não o principal. É difícil se conceber democraticamente um Estado no qual 99% por cento das terras e riquezas pertencem a apenas uma pessoa, enquanto milhões não tem nenhuma propriedade, e mesmo assim a população garante a esse abastado todos os seus direitos de propriedade, sem qualquer projeção de tributar mais gravosamente sua riqueza.

Se realmente estados nacionais se formaram para a garantir a manutenção do poderio econômico de alguns indivíduos, esse fato seria outro complicador. Nesse caso, ter-se-ia que enfrentar a possibilidade de se realizar uma correção histórica do contrato social, ou uma retificação da Constituição para estabelecer novos parâmetros da ação coletiva do Estado. No entanto, parece acertada a análise de Pennington quando afirma ser bastante improvável que as pessoas alcancem um tipo de acordo abrangente sobre os princípios de justiça. Não há como especificar a base para um consenso moral que possa atuar como uma referência avaliativa para as sociedades existentes. Diante de problemas de conhecimento e racionalidade limitada, cabe reconhecer que a função das regras e instituições sociais não é fornecer justiça, mas manter a paz. Mesmo quando as pessoas discordam da justiça, elas podem ter um forte interesse em

⁴⁸⁴ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 99-100.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. p. 78.

manter uma estrutura que garanta normas básicas de interação, porque é a adesão a essas normas que permite que as pessoas vivam suas vidas sem conflitos permanentes.⁴⁸⁶

O Estado deve ser visto como uma entidade supraindividual que realiza os objetivos fixados democraticamente pelo seu povo, e não simplesmente um ente que escolhe, por maioria, o que entende como moralmente adequado. Conforme defende Bruce Ackerman, ninguém tem o direito de reivindicar autoridade política afirmando ter uma “visão privilegiada do universo moral” que é negada à maioria das pessoas. Uma estrutura de poder é ilegítima se só puder ser justificada por meio de uma conversa em que alguma pessoa (ou grupo) deve afirmar que é (ou são) a autoridade moral privilegiada.⁴⁸⁷

Não se pode descurar, mesmo a título de uma propensa busca da igualdade, que ela é apenas um valor entre outros valores, que poderá servir de guia para a sociedade. E talvez o mais importante é que a existência de um ente supraindividual traz ínsita a ideia de que os indivíduos consigam maximizar o bem-estar. A igualdade, apesar de ser um valor importante, não é único a fundamentar a política financeira do Estado.

4.3 ENTRE A REDISTRIBUIÇÃO E A EFICIÊNCIA ALOCATIVA

Eficiência alocativa remete à eficiência paretiana. "Uma alocação econômica é eficiente se resulta impossível conseguir outra alocação que melhore a situação relativa de alguém sem piorar a posição de outros". De um ponto de vista mais amplo, um arranjo eficiente é aquele que maximiza o bem-estar social. A ação estatal será eficiente se conseguir maximizar o bem-estar dos indivíduos sem que haja piora para ninguém.⁴⁸⁸

A construção de uma ponte em uma cidade serve de exemplo. Ao realizar a ação coletiva a população ganhará a comodidade de não ter mais que utilizar barcos para a realizar a travessia do rio. Assim, a construção dessa ponte provavelmente será uma melhoria de Pareto, acarretando uma mudança que torna a vida de alguns indivíduos melhor sem tornar a situação de ninguém pior.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ PENNINGTON *op. cit.* p. 486.

⁴⁸⁷ ACKERMAN, Bruce Arnold. *Social justice in the liberal state*. New Haven: Yale University Press. 1980. p. 10.

⁴⁸⁸ MUSGRAVE; MUGRAVE. *op. cit.* p. 74.

⁴⁸⁹ STIGLITZ, Joseph; ROSENGARD, Jay. *Economics of the public sector*. 4a ed. New York: W. W. Norton & Company Inc. 2015. p. 65.

Pode-se imaginar o Estado intervindo para satisfazer as necessidades coletivas de todos os membros de uma comunidade, sem prejuízo de ninguém, correspondendo à eficiência alocativa. Por outro lado, se a atuação estatal satisfizer as necessidades de apenas uma parte dela, deixa-se a eficiência de lado e assume a forma de redistribuição.⁴⁹⁰

No mercado privado a alocação de recursos ocorre pelos mecanismos de troca do mercado (comércio). A alocação desses recursos privados é guiada pela “mão invisível”. De antemão, não se sabe como vai ser realizada a alocação, pois os ganhos do comércio são distribuídos às cegas. A questão da distribuição dos ganhos e renda é resolvida como um subproduto que beneficia todas as partes. Na alocação de bens públicos a escolha coletiva é um processo menos anárquico. A escolha do que é produzido (bens e serviços) e dos beneficiários é realizada junto com a escolha de quem vai pagar pelos bens e serviços. Assim, a questão da distribuição dos ganhos da ação coletiva é mais facilmente visível na alocação dos bens públicos do que na alocação privada advinda da mão invisível do mercado.⁴⁹¹

Pela alocação de recursos no mercado privado não se sabe o resultado alocativo, podendo a renda convergir para o mesmo destinatário. Mas se a economia é competitiva (e se satisfaz certas outras condições), ela já é Pareto eficiente.⁴⁹² O mercado competitivo induz a eficiência de Pareto porque as trocas são voluntárias, sendo que um indivíduo realiza a troca (comércio) na medida que consegue visualizar seu correspondente ganho. Para garantir a eficiência do mercado, ou Pareto eficiente, o Estado deveria intervir apenas para corrigir as chamadas falhas de mercado (p.ex. monopólios e externalidades).

Já na alocação dos recursos públicos, efetivamente há uma escolha pública da origem e destino dos recursos. Faz-se uma redistribuição. Existe uma interferência do Estado que impede o equilíbrio pelas trocas voluntárias. Ao se construir a ponte citada acima, pode ocorrer que uma parte da população não tenha qualquer contrapartida ou ganho na construção, seja porque residem longe, ou pelo fato de ganharem com a ausência da ponte (como por exemplo, os barqueiros que tinham por atividade remunerada atravessar as pessoas de uma margem para o outra do rio). Disso surge a possibilidade das questões distributivas se tornarem dominantes no processo político.

⁴⁹⁰ MULLER, Dennis C. *Public Choice II: a revised edition of Public choice*. New York: Cambridge University Press. 1997. p. 37.

⁴⁹¹ *Ibidem*. p. 38.

⁴⁹² STIGLITZ. *op. cit.* p. 66.

A simples redistribuição é um jogo de soma-zero, e se ausente uma regra para a distribuição, qualquer resultado pode surgir.⁴⁹³ É um jogo de soma-zero, porque no momento em que se aplica a redistribuição, o que ocorre é a retirada de algo da esfera patrimonial de um indivíduo para colocá-la na de outro. Considerando a soma do patrimônio total de duas pessoas em 100, no qual X tem 99 e Y possui 1, a redistribuição pode resultar 60 para X e 40 para Y. É um jogo de soma-zero em razão patrimônio total continuar sendo 100. Pode até ser que no futuro a distribuição de 60/40 ao invés de 99/1 gere mais riqueza, contudo, no momento da redistribuição a soma vai ser zero.

Ao transferir riqueza de um indivíduo para outro, de X para Y, altera-se o estado inicial, deixando o indivíduo Y em melhor situação que a anterior, e X em pior situação que anteriormente. Ocorre que depois de se fazer a redistribuição da riqueza, se deixar as forças da competição se manifestarem livremente, pode ser obtida uma alocação de recursos Pareto-eficiente. Esta nova alocação será diferente em muitos aspectos da antiga. Se tirar a riqueza de quem gosta de sorvete de chocolate e dar a quem gosta de baunilha, no novo equilíbrio, mais sorvete de baunilha será produzido e menos chocolate. Assim, caso não se aprove a distribuição de renda gerada pelo mercado competitivo, não há necessidade de abandonar o uso do mecanismo de mercado competitivo. Tudo o que se precisa fazer é redistribuir a riqueza inicial e, em seguida, deixar para o mercado competitivo realizar o equilíbrio.⁴⁹⁴

Segundo Stiglitz e Rosengard havia um consenso generalizado entre os economistas de que as forças competitivas levam a um alto grau de eficiência e que a competição fornece um estímulo importante para a inovação. Ocorre que a própria realidade mostrou que mercado privado não é tão perfeito quanto se imaginava. As economias passaram por períodos de desemprego massivo, houve crise iniciada em 1929, e vários problemas decorrentes da própria atividade econômica, como por exemplo, a poluição.⁴⁹⁵ Além disso, constatou-se que mesmo mercados eficientes, os mercados podem levar a um nível de pobreza inaceitavelmente alto. Tal hipótese é aceita até mesmo por economistas pró-mercado. A intervenção do Estado se faz necessária para garantir a sustentabilidade do próprio mercado privado. A controvérsia é sobre o quão limitado ou ativo o governo deveria ser.⁴⁹⁶

O Estado se faz necessário para exercer sua função de estabilização. A mão invisível do mercado pode não funcionar tão bem quanto parte da ciência econômica parecia

⁴⁹³ MULLER. *op. cit.* p. 448.

⁴⁹⁴ STIGLITZ. *op. cit.* p. 66

⁴⁹⁵ *Ibidem.* p. 62.

⁴⁹⁶ *Ibidem.* p. 11.

defender. Se por uma hipótese as forças do mercado conduzirem à transferência de toda a renda para uma pequena parcela da população, tal fato pode resultar em retração econômica. Como diz Arendt, vivemos numa sociedade de consumidores,⁴⁹⁷ e o mercado privado necessita de consumo, das trocas voluntárias para progredir. No entanto, elevados índices de pobreza ou um esmagamento da classe média consumidora, mesmo que momentaneamente, seriam ruins para o mercado, levando a sua diminuição.

Mesmo que se considere a hipótese de que o progresso do mercado privado e crescimento econômico possa sempre trazer níveis melhores de bem-estar para a sociedade, não se pode ignorar o fato de que o mercado é composto de indivíduos, pessoas com necessidades. De nada adiantaria deixar o mercado se autorregular o tempo todo, buscando a própria eficiência, deixando uma parte da população por diversas gerações em estado de miséria. O Estado deve atuar, inclusive, para manter o equilíbrio intergeracional. Sob o propósito de uma não intervenção estatal, não se pode deixar com que gerações de pessoas fiquem à mercê de condições climáticas ou de conjunturas de mercado. O Estado não deve ser visto de maneira totalmente atemporal. Ele é composto de pessoas que tem um prazo para viver e não podem ficar durante todo esse prazo aguardando que as “forças ocultas do mercado” iniciem um estágio que o resulte bem-estar para os indivíduos.

Mesmo diante a inexistência de falhas de mercado, no qual não seria necessária a intervenção do Estado, sendo a economia Pareto-eficiente, a intervenção estatal para corrigir a distribuição de renda na sociedade as vezes se torna necessária. O fato de a economia ser Pareto-eficiente nada se relaciona sobre a distribuição de renda, e muito menos com um bem-estar social elevado e duradouro. Os mercados competitivos podem dar origem a uma distribuição muito desigual, o que pode deixar alguns indivíduos com recursos insuficientes para viver, resultando em crise e instabilidade.⁴⁹⁸ E isso não seria aceitável em uma sociedade minimamente democrática.

4.3.1 Crítica à política de redistribuição

Em estudo sobre a desigualdade, Pedro Souza relata que no final de década de 1970 e início dos anos 1980, devido a crises políticas econômicas nos países ricos, o mundo

⁴⁹⁷ ARENDT. *op. cit.* p. 138.

⁴⁹⁸ STIGLITZ. *op. cit.* p. 95.

passou por uma guinada intelectual, política e econômica de grandes proporções. Assistiu-se nesses países um enxugamento da máquina e burocracia estatal, desaguando em uma nova conjuntura que enxergou a luta contra a desigualdade como um obstáculo à prosperidade.⁴⁹⁹ Realizou-se parte da promessa de Margareth Thatcher, primeira-ministra do Reino Unido na época, de “transformar a Inglaterra de uma sociedade do ‘me dê tudo’ em uma nação do ‘faça você mesmo’”.⁵⁰⁰

Em contraposição à agenda igualitária circunda o fato de supostamente prejudicar a eficiência e comprometer o crescimento econômico. Economicamente ao se fazer redistribuição de renda, transferindo recursos da classe mais alta para os menos abastados, estar-se-ia agindo em sentido contrário à eficiência produtiva e à lógica de mercado. Interfere-se na economia atrapalhando os atores econômicos, prejudicando a competitividade.

Souza informa que essa relação entre crescimento econômico e combate à desigualdade foi objeto de muitos estudos, e “há resultados para todos os gostos”.⁵⁰¹ Conquanto não seja descartável a interferência ideológica nos resultados, a variação pode ser em decorrência de diversos outros fatores. Um exemplo seria o caso em que determinada política igualitária, o Estado tenha imprimido altos gastos em educação e qualificação profissional da população menos favorecida, podendo acarretar progresso econômico a longo prazo.

Hipótese diversa seria a de se aumentar os tributos das pessoas jurídicas de grande e médio porte, utilizando desse excedente exacional simplesmente para distribuí-lo para as classes mais pobres (considerando que o programa é contra a desigualdade e não de eliminação da pobreza). Nesse caso haveria um comprometimento de eficiência e competitividade. Destarte, a variação do resultado pode decorrer de inúmeros fatores, principalmente da modalidade política de combate à desigualdade utilizada.

Muitos pesquisadores, principalmente dos países desenvolvidos, assumiram a defesa de crescimento econômico como prioridade autoevidente, diante da qual a questão distributiva só poderia ser prejudicial.⁵⁰² O entendimento de que a preocupação deveria se voltar para o crescimento econômico escamoteou a discussão sobre a desigualdade. Somente após o ano 2000 que a pauta igualitária voltou a ter relevância no meio acadêmico, mas a guinada

⁴⁹⁹ SOUZA, Pedro Herculano G. F. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. 378 f. Tese (Doutorado em sociologia) Universidade de Brasília. Brasília. 2016. p. 148.

⁵⁰⁰ Revista Superinteressante. *Mulheres que mudaram a história: Margaret Thatcher*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/mulheres-que-mudaram-a-historia-margaret-thatcher>>. Acesso em 29 de junho de 2019.

⁵⁰¹ SOUZA. *op. cit.* p. 126.

⁵⁰² *Ibidem.* p. 125.

ocorrida no início da década de 1980 teve como efeito duradouro “não só colocar temporariamente a desigualdade em segundo plano, como sacramentar de vez a inversão do fardo da prova, colocando em dúvida a legitimidade das questões distributivas, em especial a ação redistributiva do Estado”.⁵⁰³

Nesse passo, Dworkin defende que o Estado deve se preocupar com um bem-estar da população, afirma que mesmo nas democracias prósperas, parte da população não tem acesso às condições básicas de educação e saúde. Assim, talvez seria mais sensato, pelo menos por enquanto, procurar proporcionar pelo menos um mínimo de bem-estar para a população mais pobre, do que se travar uma luta pela igualdade total.⁵⁰⁴

Amartya Sen explica que as críticas da igualdade com base na eficiência são divididas em dois argumentos: o argumento do incentivo e o da assimetria operacional. A desigualdade seria um incentivo na medida que os que estão na parte de baixo se sentiriam incentivados a buscar algo melhor, ter alguém para se espelhar, sendo um estímulo para o trabalho. Algumas políticas sociais igualitárias tem sido criticadas nesse aspecto por impedir ou dificultar a busca de metas de desenvolvimento.⁵⁰⁵

Nesse aspecto, a desigualdade em uma sociedade democrática e de economia liberal é vista, com certo exagero, como arauto da oportunidade, dando um claro sinal para as crianças e jovens que a educação podem ser compensadora.⁵⁰⁶ É justamente pela desigualdade que os que estão na parte de baixo se nutrem a buscam uma forma de ascender socialmente.

Já o argumento da assimetria operacional reside no fato de que seria até mesmo necessária essa assimetria para surgir diferenças úteis nas habilidades e capacidades. Os poderes e capacidades, podem ou não ser diretamente relevantes para outros espaços. Seria também importante em termos de eficiência que algumas pessoas tenham mais autoridade que outras.⁵⁰⁷

Segundo Pinker, não se pode entender que os recursos que compõe a riqueza sejam tão limitados. Com o progresso econômico, os ricos se tornam mais ricos e os pobres também podem se tornar ricos. Para quem teve seu conforto aumentado, mesmo com a desigualdade mais alta, seu bem-estar é majorado. O autor expõe que é difícil de conceber que uma mulher residente em um vilarejo, onde metade de seus filhos morra por falta de assistência

⁵⁰³ *Ibidem.* p. 148.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011. p. XII

⁵⁰⁵ SEN. *op. cit.* p. 203.

⁵⁰⁶ PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018. p. 132.

⁵⁰⁷ SEN. *op. cit.* p. 204.

à saúde adequada, sem poder adquirir bens que lhe dão conforto, e em situação de igualdade com a maioria de seus conterrâneos, tenha maior bem-estar que uma mulher instruída em uma sociedade na qual possui condições de ter uma vida confortável, mas que esteja empacada na classe média e veja seus vizinhos muito mais ricos do que ela. Assim, o que deve orientar a política econômica do Estado, bem como a alocação dos recursos deve ser o progresso econômico e criação de riqueza, e não simplesmente a luta pela igualdade.⁵⁰⁸

Uma velha piada da União Soviética serve de ilustração crítica contra o propósito igualitário: Igor e Boris são camponeses miseráveis que mal conseguem se sustentar com o trabalho em suas glebas. A única diferença entre os dois é que Boris tem uma cabra esquelética. Um dia, uma fada aparece para Igor e lhe concede um desejo. Igor diz: “desejo que a cabra do Boris morra”. A história reflete não somente uma crítica bem-humorada ao pensamento igualitário, mas também reflete que a preocupação de cada um deve ser ter o suficiente (e isso seria importante do aspecto moral). O pensamento igualitário pode ser destrutivo a ponto de matar a cabra de Boris ao invés de procurar descobrir como Igor conseguirá uma cabra para si.⁵⁰⁹

A crítica à política igualitária reside basicamente no suposto comprometimento do progresso econômico e, em menor escala, no seu fundamento moral. Há que se deixar claro que o crescimento econômico e social é um objetivo de quase toda sociedade democrática contemporânea, mas eventual resultado econômico contraproducente de determinada agenda igualitária depende mais do modelo adotado do que a política de combate à desigualdade em si.

4.3.2 Entre a luta contra a desigualdade e o combate à pobreza

Uma expressão amplamente difundida ao se tratar do aspecto redistributivo do Estado é sobre o combate à pobreza e desigualdades sociais. Inclusive a Constituição da República traz no artigo 3º como o objetivo essa temática. No entanto, há que se levar em conta que, não obstante estarem sempre na mesma bandeira, são duas coisas totalmente distintas. Aliás, não parece muito profícuo para a pretensão igualitária, a amálgama com a luta para a erradicação da pobreza.

⁵⁰⁸ PINKER. *op. cit.* p. 130.

⁵⁰⁹ PINKER. *op. cit.* p. 129.

Os parâmetros para identificar a pobreza e a desigualdade são diferentes. A pobreza, assim como a desigualdade, é de conceituação imprecisa, podendo aquela ser entendida “como o estado de privação de um indivíduo cujo bem-estar é inferior ao mínimo que a sociedade é moralmente obrigada a garantir”. Esse mínimo é variável, podendo ser considerado em termos de nutrição, cultura ou mesmo bem-estar mínimo aceitável. Devido a essas variações, utiliza-se amplamente o critério do Banco Mundial de renda diária para se estabelecer a pobreza, sendo desde 2015, o valor de UU\$ 1,90, por dia por pessoa.⁵¹⁰

No Brasil, o Decreto 5.209/2004, estabeleceu, para fins de inclusão no programa “Bolsa Família”, uma renda mensal familiar *per capita* para a definição da pobreza. A pessoa com a renda mensal inferior à R\$ 170,00 é considerada na situação de pobreza, e se inferior à R\$ 85,00, de extrema pobreza.⁵¹¹

Já a desigualdade econômica é comumente avaliada tendo por conta o coeficiente ou índice Gini. O índice utiliza da variável renda e da variável população.⁵¹² O valor zero representa a situação de igualdade, em que todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem), seria o caso de uma só pessoa deter toda a riqueza. Porém, na prática, o índice de Gini costuma comparar os 20% mais pobres com os 20% mais ricos.⁵¹³

A desigualdade é algo mais complexo, e contém uma dificuldade intrínseca no tocante à delimitação de metas. Até mesmo no caso do bastante utilizado coeficiente Gini, pode-se questionar algumas questões relativas à desigualdade. Por exemplo: se em um determinado país de um milhão de habitantes um rei detém 80% da riqueza, e o restante da população dividida igualmente os outros 20%, quase a totalidade da população desse país será igual. Por outro lado, se em outro país de mesma população o rei detenha 70% da riqueza, mas a distribuição dos outros 30% seja distribuído escalonadamente em castas, talvez na primeira configuração possa se dizer que exista mais igualdade.

O ponto que se destaca é que uma sociedade pode ser pobre e igualitária, no sentido em que todos ou quase todos os cidadãos tem problemas para atender suas necessidades mais básica. Por outro lado, uma sociedade pode ser bastante rica e com abissal desigualdade.

⁵¹⁰ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Erradicação da pobreza: acabar com a pobreza em todas suas formas, em todos os lugares. Brasil. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Documento-Tem%C3%A1tico-ODS-1-Eradica%C3%A7%C3%A3o-da-Pobreza_11junho2017.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2019.

⁵¹¹ Os valores apresentados já são os atualizados pelo Decreto 9.396/2018.

⁵¹² Disponível em: <<http://desigualdade-social.info/indice-de-gini.html>>. Acesso em 29 de junho de 2019.

⁵¹³ IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28>. Acesso em 29 de junho de 2019.

Segundo dados do Banco Mundial, o Timor Leste, com uma renda per capita de US\$ 3.600,00 é um dos países mais igualitários do mundo, enquanto os Estados Unidos amargam uma posição bastante ruim nesse quesito.⁵¹⁴

Dentro do Brasil, quando se analisa as unidades federativas é possível verificar a ausência de identidade entre desigualdade e pobreza. Em pesquisa do IBGE, concluiu-se que Santa Catarina é o Estado com o índice Gini mais baixo (indicando mais igualdade) e o Distrito Federal, a unidade federativa com a maior renda per capita do Brasil, tem a maior desigualdade social.⁵¹⁵

O que deve ficar claro é que o discurso de erradicação ou diminuição da pobreza é algo substancialmente diverso do combate à igualdade. Pobreza e desigualdade são questões diversas, e conquanto sejam tratadas conjuntamente em boa parte dos casos elas não se confundem. A pobreza se refere à insuficiência de manutenção de um mínimo aceitável de bens ou bem-estar para cada pessoa, e varia em relação a cultura e tempo. Por exemplo, uma pessoa que tem alimentação farta na África Oriental ou mais especificamente no “chifre da África” pode ser considerada por seus conterrâneos como fora da zona de pobreza. Já no Canadá, o fato de uma pessoa ter dinheiro para comprar cinco ou seis lanches do McDonalds por dia, mas que não tenha recursos para custear aquecimento adequado em sua residência, certamente não será visto pelos canadenses como alguém excluído da pobreza.

O tempo também é um fator determinante para a consideração da pobreza. Se uma determinada pessoa não tiver condição de possuir celular, máquina de lavar roupas, veículo automotor, água encanada, televisão e plano de saúde atualmente será considerado pobre, mas caso fosse na década de 1980, talvez estivesse na classe média.

Por outro lado, a desigualdade como se tem visto, assume as mais variadas formas e na sua essência não depende da situação de pobreza para ser identificada. A desigualdade, seja qual critério que for adotado, é algo que advém de certa forma natural, pois reflete com mais, ou menos força, a dessemelhanças das pessoas.

O fundamento para o combate à pobreza é diverso do discurso ao qual se ancora a luta pela igualdade. O conteúdo libertário existe tanto em um quanto em outro, mas no caso da pobreza, a ideia de liberdade é muito mais forte, porquanto existe uma concreta privação de liberdade. Enquanto a eliminação da pobreza assume contornos humanitários, e de sentimento

⁵¹⁴ Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/?most_recent_value_desc=false>. Acesso em 29 de junho de 2019.

⁵¹⁵ Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/567>

solidário, no qual se visa atender necessidades básicas e promoção de bem-estar, o combate à desigualdade se pauta mais em uma concepção política de Estado, em que se inserem vários fundamentos, tais como legitimidade democrática, sendo a igualdade um bem em si mesma, como um pressuposto para a justiça.

Deve-se descolar o discurso de combate à desigualdade do problema da pobreza, pois isso acaba obscurecendo os motivos pelos quais se propõe políticas igualitárias. Observe-se que não se defende aqui uma legitimação da desigualdade, mas apenas que a pauta igualitária deva ser tratada com pureza metodológica, não se podendo se aproveitar do forte apelo moral e aprovação popular da eliminação da pobreza para incluir a temática da redução das desigualdades.

A coincidência entre ambos reside no fato de que a efetivação de gasto público social deve retirar da parcela da população que tem mais renda em prol daquela em situação desfavorável ou abaixo da linha da pobreza. Deve-se fazer uma transferência de renda da faixa superior para a inferior. Certamente isso acaba reduzindo de maneira concomitante a pobreza e a desigualdade, uma vez que se retira dos ricos e se distribui aos mais pobres. Contudo, como dito anteriormente, os fundamentos dos discursos das propostas são diferentes, inclusive economicamente. Enquanto a pobreza, principalmente nos casos extremos, é impeditiva de gerar riqueza e desenvolvimento, a desigualdade como visto acima pode funcionar como incentivo ao desenvolvimento daqueles que almejam melhorar sua condição social.

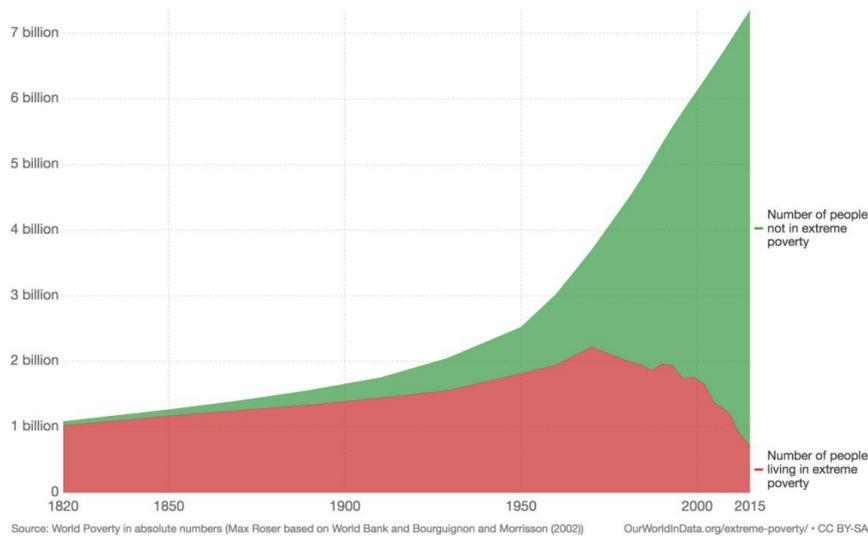
A realidade histórica mostra que o desenvolvimento econômico impacta de maneira diferente a pobreza e a desigualdade. O progresso econômico diminuiu a pobreza, mas por outro lado, acarretou no aumento da desigualdade social. A seguir, dois gráficos utilizados por Pinker, nos quais é possível comparar a evolução da pobreza (gráfico 1) com a evolução da desigualdade desde 1820 (gráfico 2). O ano de 1820 foi escolhido porque se refere ao período da Revolução Industrial, momento em que houve expansão e crescimento econômico. Atualmente o Produção Mundial Bruto é cem vezes maior que em 1820⁵¹⁶:

⁵¹⁶ PINKER. *op. cit.* p. 117-136.

World population living in extreme poverty, 1820-2015

Extreme poverty is defined as living at a consumption (or income) level below 1.90 "international \$" per day. International \$ are adjusted for price differences between countries and for price changes over time (inflation).

OurWorld
in Data



O gráfico *supra* retrata, na sua parte inferior, a população mundial vivendo em extrema pobreza. Em 1820 é possível notar que a esmagadora maioria da população vivia em condição de extrema pobreza. A partir de meados do século XX o número de pessoas que vivem fora da extrema pobreza supera o restante, sendo atualmente bastante superior. Já na figura abaixo, está a evolução da desigualdade. A partir de 1820 a desigualdade aumenta.

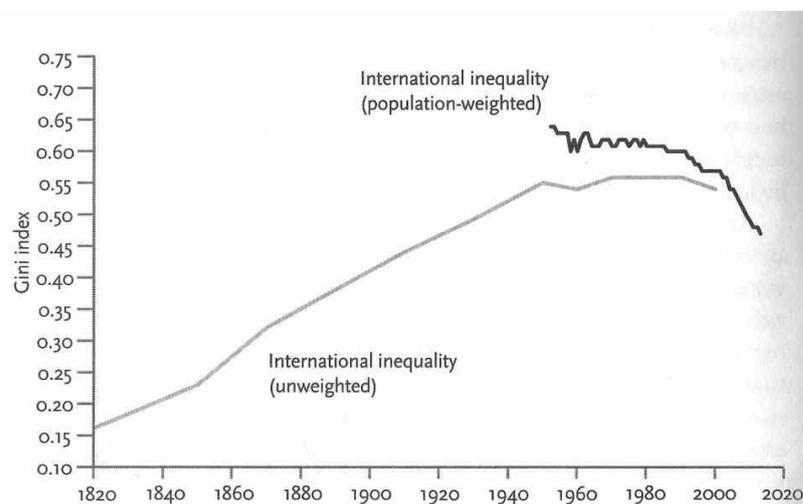


Figure 9-1: International inequality, 1820–2013

Sources: International inequality: OECD Clío Infra Project, Moatsos et al. 2014; data are for market household income across countries. Population-weighted international inequality: Milanović 2012; data for 2012 and 2013 provided by Branko Milanović, personal communication.

Pelas figuras acima é possível concluir que com o progresso econômico experimentado a partir da revolução industrial, houve diminuição da pobreza, mas em contrapartida, majorou-se a desigualdade social. O progresso econômico aumenta o bem-estar da população, diminuindo a pobreza e extrema pobreza, mas não necessariamente reduz a

desigualdade social. Para se promover uma agenda igualitária políticas específicas, que podem ser, ou não, coincidentes com o progresso econômico e com a redução da pobreza.

A desigualdade não é o mesmo que pobreza. Em comparações de bem-estar entre países, a importância da análise da desigualdade se perde diante da riqueza geral.⁵¹⁷ Embora a desigualdade e a pobreza sejam tratadas de forma quase sempre conjuntas, não se descarta a hipótese de existir tensão entre o combate à desigualdade e à pobreza. Se são siamesas no discurso social, podem ser inimigas quando considerada a busca pela igualdade de maneira isolada.

4.4 AS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES DE IGUALDADE

A teoria de uma distribuição de renda justa ou equitativa não está dentro da esfera da economia. Esta se ocupa com o bom funcionamento do mercado, isento de falhas. A redistribuição de renda é matéria afeta à política.⁵¹⁸ A distribuição de renda até pode ter impactos econômicos, resultando em um maior ou menor crescimento econômico, haja vista que um distorcido aprofundamento de desigualdades econômicas pode ter uma consequência perversa para a livre concorrência,⁵¹⁹ porém, o estabelecimento de critérios para redistribuir a renda é uma decisão política.

A questão redistributiva pode ser enfrentada sob diversas perspectivas. Tomemos aqui três concepções. Na primeira, sob um enfoque mais liberal, os indivíduos têm o direito de manter e usufruir o fruto de seu trabalho (e do trabalho de seus antecessores), afastando-se qualquer possibilidade de redistribuição de renda. Mantém-se o *status quo* e deixa para o livre mercado eventuais modificações da renda. O Estado serviria apenas como protetor dessa estrutura social. A regra da unanimidade seria a garantidora de que eventuais coalizões majoritárias não venham forçar uma política redistributiva com a transferência do patrimônio da classe mais rica para os setores menos favorecidos.

Na hipótese da existência de um bairro nobre em que os moradores pagam uma quantidade de tributos muito mais que o restante da população, e o governante resolve destinar as verbas públicas para embelezar esse bairro nobre ao invés de atender demandas urgentes de

⁵¹⁷ *Ibidem.* p. 153.

⁵¹⁸ MUSGRAVE; MUSGRAVE. *op. cit.* p. 92.

⁵¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.* Barueri: Manole. 2007. p. 366.

um bairro carente, aponta-se para uma política liberal de caráter não redistributivo. Não se leva o ser humano como objetivo principal.⁵²⁰

A adoção de um critério de redistribuição, ou melhor, de não redistribuição, considera como correto o indivíduo receber aquilo que pode ganhar no mercado como fruto de seu trabalho. Algo próximo ao conceito aristotélico de meritocracia.⁵²¹ Uma variante desse entendimento libertário é a que considera disparidades nas posições de saída. O indivíduo deve receber aquilo que consegue ganhar no mercado desde que esteja em igualdade de posições de saída. Assim, as desigualdades que derivam de condições hereditárias e educacionais não seriam aceitáveis. Por outro lado, a “desigualdade de capacidade” seria fonte legítima de diferença no bem-estar econômico.⁵²²

Em sentido contrário ao anterior, existe a posição igualitarista que independentemente de qualquer consideração, todos os indivíduos teriam que ter a mesma a renda e patrimônio. O Estado teria que fazer a redistribuição de renda de modo a deixar todos os indivíduos com igualdade de recursos. Aponta-se o problema de que ao se adotar um igualitarismo de renda e patrimônio independente do trabalho, retira-se o incentivo para a produção individual, fazendo que a renda da sociedade diminua e, com ela, a utilidade total.⁵²³

A terceira concepção é corrente utilitarista, que se preocupa com o aumento da satisfação ou utilidade individual e coletiva,⁵²⁴ com a maximização do bem-estar social.⁵²⁵ Para a corrente utilitarista, a sociedade está ordenada de forma correta e justa quando suas principais instituições estão voltadas para conseguir o "maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros".⁵²⁶ A crítica reside no fato de que não importa como a soma de satisfações se distribui entre os indivíduos, assim como não importa o modo como um homem distribui suas satisfações ao longo do tempo, e arremata afirmando que o “utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”.⁵²⁷

⁵²⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *As desigualdades sociais, a mulher e a liberdade no Direito*. Barueri: Estante de Direito. 2020. p. 110.

⁵²¹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 19ª ed. 2015. p. 234.

⁵²² MUSGRAVE; MUSGRAVE. *op. cit.* p. 94.

⁵²³ MANKIW. *op. cit.* p. 438.

⁵²⁴ MILL, John Stuart. *Utilitarismo: introdução, tradução e notas de Pedro Galvão*. Porto: Porto Editora. 2005. p. 48

⁵²⁵ MUSGRAVE; MUSGRAVE. *op. cit.* p. 104.

⁵²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 25.

⁵²⁷ *Ibidem*. p. 30.

Pelo critério utilitarista, a decisão da redistribuição deveria ser escolhida de modo a “igualar a utilidade marginal da renda entre os indivíduos”.⁵²⁸ Essa utilidade marginal da renda seria a satisfação, ou utilidade, resultante de uma mudança na renda de um indivíduo. Ao se realizar a redistribuição se considera o aumento de bem-estar para o beneficiário da renda. O argumento utilitarista se baseia na hipótese da utilidade marginal decrescente. Parte da pressuposição de que um dólar a mais de renda para uma pessoa pobre lhe proporciona mais utilidade adicional do que um dólar a mais para uma pessoa rica. Então, à medida que a renda de uma pessoa aumenta, o bem-estar adicional derivado de cada dólar adicional de renda diminui.⁵²⁹

Essa corrente pode parecer com a ideia igualitária, mas os efeitos são diferentes. Porque para se atingir a igualdade da utilidade marginal não se faz necessário deixar todas as pessoas exatamente com a mesma renda e patrimônio.

O dólar adicional para o pobre proporciona a este uma utilidade adicional maior do que mesmo dólar para uma pessoa rica.⁵³⁰ Tendo em vista que as pessoas são diferentes, a utilidade marginal da renda vai variar para cada pessoa. O nível de satisfação para cada dólar adicional se altera, motivo pelo qual pela corrente utilitarista não seria necessário deixar todos exatamente com a mesma renda.

Como se trata de uma decisão política não objetivável, há que se considerar fatores ligados à própria existência estatal, vinculado à sua justificativa racional. E isso é especialmente importante porque o Estado não é um fim em si mesmo. É sua tarefa promover o bem-estar da sociedade de maneira contínua e duradoura.

⁵²⁸ MULLER. *op. cit.* p. 446.

⁵²⁹ MANKIW. *op. cit.* p. 437.

⁵³⁰ Essa hipótese foi demonstrada pelo vencedor do prêmio Nobel de economia de 2017, Richard Thaler. Segundo ele os indivíduos apresentam sensibilidade decrescente aos ganhos e perdas, por exemplo: passar de um ganho (ou perda) de \$ 100 para \$ 200 tem um impacto de utilidade maior do que passar de um ganho (ou perda) de \$ 10.100 para \$ 10.200. COMITÊ DO PRÊMIO NOBEL. Richard H. Thaler: Integrating Economics with Psychology. The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel. – The Royal Swedish Academy of Sciences, 2017. p. 4. Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2017.pdf>>

4.4.1 Dificuldade da delimitação conceitual de desigualdade

A teorização sobre a igualdade oferece um sem número de perspectivas a serem analisadas.⁵³¹ As normas jurídicas não identificam o parâmetro para se trabalhar a igualdade. Não se informa a medida da comparação, e dentre as tantas disponíveis, qual deve ser a relação existente entre a medida de comparação e a finalidade que justificaria a sua utilização.⁵³² Como afirma Steven Pinker, “analisar a desigualdade é diabolicamente complicado (em uma população de 1 milhão, existem 999.999 modos de ser desigual)”.⁵³³

Bobbio afirma que para se determinar o significado específico de uma relação de igualdade é preciso responder ao menos duas perguntas: "igualdade entre quem?" e "igualdade em que?".⁵³⁴ Amartya Sen também problematiza utilizando quase a mesma expressão: “igualdade de que?”⁵³⁵ Ele exemplifica dizendo sobre igualdade de liberdades, direitos, utilidades, rendas, recursos, bens primários, satisfação de necessidades etc. fornecem maneiras diferentes de ver as respectivas vidas de pessoas diferentes, e cada uma das perspectivas conduz a uma visão correspondente da igualdade.⁵³⁶

O direito à igualdade, mais que outros direitos, há uma condição, que é a comparação com o outro. Na realidade o outro é medida inexorável de eventual análise jurídica da igualdade. É diferente da aplicação por exemplo do direito à moradia. Por mais que se possa comparar a moradia de duas pessoas, o direito à moradia pode se considerar razoavelmente satisfeito quando um cidadão tem direito à um teto cercado de quatro paredes, e independe se seu vizinho tem uma moradia melhor que a sua. Já quando se estuda a igualdade, não se consegue analisar a situação isoladamente, porque o parâmetro é sempre o outro.

Rousseau, ao defender que o homem era igual no estado natural, provavelmente o faz justamente porque considera que no estado natural o homem era independente, solitário e ocioso.⁵³⁷ Somente no momento em que os homens começam a viver em sociedade que a

⁵³¹ Somente dentro da desigualdade econômica, Piketty decompõe a desigualdade da renda em três termos: “a desigualdade da renda do trabalho, a desigualdade da propriedade do capital e das rendas que dela resultam e a relação entre essas duas dimensões”. (PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. Versão eletrônica em PDF. 2014. Capítulo 7: Desigualdade e concentração: primeiras impressões).

⁵³² AVILA. *op. cit.* p. 47.

⁵³³ PINKER. *op. cit.* p. 128.

⁵³⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 1993. p. 83.

⁵³⁵ SEN. *op. cit.* p. 53.

⁵³⁶ *Ibidem.* p. 56.

⁵³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 171.

desigualdade se inicia. A desigualdade entre os homens, no pensamento do autor, decorre dos progressos, como a descoberta da metalurgia e o desenvolvimento da agricultura, que resultaram no nascedouro da propriedade e na divisão do trabalho, motriz da desigualdade.

Na construção do estudo da igualdade de Rousseau era concebida duas espécies de desigualdades, uma natural ou física, que é estabelecida pela natureza (idade, saúde, força do corpo, “qualidades do espírito” etc), e a outra que ele chama de desigualdade moral ou política, que é estabelecida ou autorizada pelo consentimento dos homens e tem relação com privilégios usufruídos por alguns cidadãos em detrimento de outros. A desigualdade moral ou política adveio com a desenvolvimento da sociedade, agravada com o surgimento da agricultura e metalurgia, já a desigualdade natural não pode ser atribuída à convivência comunitária. Embora seja “natural”, dependendo da corrente que se adota, ou da concepção igualitária que se aborde, ela também deve ser combatida.⁵³⁸

Somente na Revolução Francesa advém a ideia de universalização da igualdade atingindo todos os cidadãos.⁵³⁹ No entanto, a igualdade que se propunha no movimento revolucionário era a igualdade jurídica e não aquela de direito material. Algumas vozes esparsas na Revolução Francesa defenderam uma igualdade em sentido mais amplo, e não apenas jurídica. Ganhou notoriedade o jornalista Gracchus Babeuf, figura central da “Conjuração dos Iguais”, em que se sustentava igualdade plena para todos os cidadãos. Defendia-se o desaparecimento das distinções de classes entre ricos e pobres, entre grandes e pequenos, entre senhores e servos, entre governantes e governados. E uma única educação para todos e um idêntico regime de alimentação.⁵⁴⁰ Essa concepção igualitária era de certo modo avançada para época, e contrariava fortemente os ideais burgueses.

A igualdade na Revolução Francesa, com seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade, quando menciona igualdade, não fazia alusão à igualdade material, mas apenas a legal. Garantia a existência de um julgamento e tratamento igual perante à lei. Conforme Edmund Burke “todos os homem tem direitos iguais, mas não às mesmas coisas”.⁵⁴¹ A questão da diminuição da desigualdade não era pauta revolucionária.

⁵³⁸*Ibidem.* p. 159.

⁵³⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 61.

⁵⁴⁰ BABEUF, François Noël. Manifesto dos Iguais. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/babeuf/1796/mes/manifesto.htm>>. Acesso em 19 de junho de 2019.

⁵⁴¹ BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução em França. Trad. Renato de Assumpção Faria. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1982. p. 89.

O tratamento da igualdade pela doutrina moderna possui duas características. O primeiro reside no fato de se tratar de modo elíptico, no qual se omite a explicação dos elementos essenciais da igualdade, na pressuposição de que eles estariam subentendidos. O segundo é que existe uma tendência de se tratar a igualdade de modo emotivo, criando-se a ideia de que defender o tratamento igualitário é defender algo necessariamente bom, e sustentar o desigual é algo perverso.⁵⁴²

Obscurece-se o conceito constitucional, e em conjunto, o objetivo traçado na Constituição. Não se sabe o que efetivamente o que a Constituição tem por guia e acaba não sendo um parâmetro plenamente confiável para se pautar os gastos orçamentários. A teoria da igualdade é permeada de enorme dificuldade conceitual, e não obstante o senso comum indique que a igualdade é algo facilmente perceptível, quando se lança luz sobre a questão, o tema se mostra bastante arduo e complexo.

Sem se saber de qual igualdade estamos tratando, dificilmente uma luta em prol de uma abstrata igualdade, ou o combate à desigualdade se mostra factível. Talvez não seja exagero dizer que nem mesmo se tem certeza do motivo pelo qual existe a luta por igualdade. Desde Aristóteles, a igualdade já se relacionava com os aspectos da justiça e da democracia, sendo a justiça entendida como equidade.⁵⁴³ No entanto, a igualdade concebida na antiguidade somente era aplicada aos iguais, pois a escravidão era prática comum.

Em tempos mais modernos, é mais comum a ideia de que o Estado deve promover ou buscar a formulação de políticas igualitárias. Dworkin afirma que nenhum governo deve dar as costas para a igualdade. Nenhum governo é legítimo quando não demonstre igual consideração pelo destino de todos os seus cidadãos. A consideração igualitária é a “virtude soberana” da comunidade política. Sem a ideia da igualdade, o governo seria nada mais que uma tirania. A distribuição das riquezas de uma nação é produto de uma ordem jurídica,⁵⁴⁴ e quando são distribuídas de maneira muito desigual, a consideração igualitária ou a própria legitimidade do governo se mostra suspeita, uma vez que não seria crível que o povo optasse por manter um regime que fomente a desigualdade de maneira acentuada.⁵⁴⁵ Por isso, a imbricação entre a democracia e a igualdade.

⁵⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 31.

⁵⁴³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural. Versão eletrônica em PDF. 1991. Livro V.

⁵⁴⁴ DWORKIN. *op. cit.* p. X.

⁵⁴⁵ Em sentido semelhante Scaff quando afirma que “democracia, entendida como o exercício de voto, é algo insuficiente para determinar os rumos de uma sociedade; é necessário que o Direito ordene esse processo em prol do atingimento dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição de cada país” (SCAFF, Fernando Facury.

Na mesma linha, não só a forma de distribuição de riquezas, mas até mesmo a propriedade privada é uma convenção jurídica. Estabelece-se pelo acordo original se a propriedade será mantida, em que medida, e se o Estado poderá tributá-la para realizar as ações coletivas. Dessa forma, no tocante a justiça ou injustiça da atividade financeira do Estado, dependerá do sistema geral dos "direitos e concessões proprietárias"⁵⁴⁶ estabelecido no contrato social. Assim, a forma como o produto da arrecadação tributária é aplicada (gastos públicos), como bens e serviços públicos são distribuídos, fica ao alvedrio da ordem jurídica estabelecida.

4.4.2. Igualdade constitucional

A Constituição da República prescreve igualdade como direito fundamental. No *caput* do art. 5º, após afirmar que os brasileiros são iguais perante à lei, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à igualdade. Tal garantia, como se passa a demonstrar é de uma vagueza conceitual muito grande.

O que se verifica é que o discurso igualitário tem sido utilizado mais como uma retórica populista do que efetivamente como algo concreto, orientando de forma vaga as ações estatais e determinando a aplicação de gastos públicos. Em grande parte, o direito a igualdade com que se depara é o meramente formal, a igualdade perante a lei, no qual as normas jurídicas são aplicadas indistintamente a todos os cidadãos, não importando que os mesmos sejam desiguais. E um dos problemas talvez seja pertinente ao não conhecimento de qual igualdade a sociedade almeja, e qual a ordem constitucional determina.

A Constituição do Brasil em várias oportunidades prescreve o direito à igualdade, sendo previstas algumas disposições relativas ao tema. Estabelece a igualdade geral (art. 5º, *caput*), igualdade entre homem e mulher (art. 5º, I), igualdade tributária (art. 150, II), direito igual à seguridade social (art. 194) e à saúde (art. 19). Igualdade de raça por meio da proteção e criminalização (art. 4º e 5º).⁵⁴⁷

Não há nada específico na Constituição sobre o parâmetro do combate à desigualdade, principalmente sobre qual igualdade se busca. A Constituição expressa, nos objetivos fundamentais da República, que se deve promover o bem de todos e combater os

Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, república e direito fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Forum. 2018. p. 86).

⁵⁴⁶ MURPHY; NAGEL. *op. cit.* p. 11.

⁵⁴⁷ GUEDES. *op. cit.* p. 105-118.

preconceitos e quaisquer formas de discriminação, condenando de maneira expressa o preconceito contra a origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3, IV). Em outros termos, nessa passagem a preocupação maior parece ser a discriminação e não prioritariamente a promoção da igualdade.

Em relação à qual igualdade, cabe notar mais dois pontos: o primeiro é que o *caput* do art. 5º da Constituição menciona igualdade por duas vezes, no início do artigo menciona igualdade perante a lei, ou seja, igualdade formal. Mais ao final garante aos brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade nos termos dos incisos. Também não se estabelece parâmetros sobre a qual igualdade se persegue.

A igualdade formal ou igualdade perante a lei prescrita no *caput* do artigo 5º possui relação com a desigualdade social, mormente quando existe uma situação de extrema desigualdade. Oscar Vieira menciona a existência de “imunidade perante a lei”, que ocorreria nos casos em que a elite econômico-social detém uma posição extremamente privilegiada na sociedade. “Numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se veem como seres acima da lei e imunes às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas”.⁵⁴⁸ Essa ideia de imunidade perante a lei se mostra mais com mais força em situações envolvendo crimes ou ilícitos praticados pela mais alta elite social e econômica.

O outro ponto é acerca do combate às desigualdades sociais que foi previsto como um dos objetivos fundamentais da república (art. 3º, III) e como princípio geral da ordem econômica (art. 170, VII). A expressão desigualdade social é amplamente vaga, sendo o adjetivo “social” pouco ou nada esclarece sobre qual igualdade foi almejada pelo poder constituinte. Igualdade social não guarda sinonímia com igualdade econômica. De forma que combater a desigualdade na sociedade pode significar muita coisa, como por exemplo, igualdade de direitos, utilidades, rendas, recursos, bens primários, satisfação de necessidades etc.

É esse aspecto que deve receber um pouco de luz. Qual a igualdade buscada? Trabalhando essa pergunta, Dworkin faz a distinção entre igualdade de recursos e igualdade de bem-estar, fazendo o confronto entre uma e outra. Para ilustrar, ele traz o exemplo do testamento em que um homem de posses tenha quatro filhos em diferentes situações. Um é cego, o segundo é um *playboy* de hábitos caros, o terceiro tem pretensões políticas com

⁵⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. v. 2. p. 185-202. 2008. p. 45.

aspirações dispendiosas, e o último é um artista que trabalha com materiais caros. O autor indaga como o pai dos quatro filhos deve elaborar o testamento.⁵⁴⁹

Se a meta do homem for a igualdade de bem-estar, ele levará em conta as diferenças entre os filhos e não dividirá os bens em partes iguais. Ele deverá decidir quanto à interpretação de bem-estar, decidindo, por exemplo, se preferências dispendiosas devem entrar no cálculo da mesma forma que as vantagens ou as aspirações dispendiosas. Por outro lado, se a meta for a igualdade de recursos, caso os filhos tenham patrimônio similar, ele poderá distribuir a herança igualitariamente.⁵⁵⁰

Uma tentativa de efetivação da igualdade de bem-estar esbarraria numa série de problemas. A indeterminabilidade do conceito de bem-estar seria a primeira, uma vez que não haveria um conceito determinado socialmente; a natural subjetividade da ideia de bem-estar, a proporção de bem-estar varia de pessoa para pessoa; a dificuldade de comparação dos níveis de bem-estar entre os cidadãos para efeito de equalização. Além disso, ainda existiria o problema das deficiências, e dos chamados gostos dispendiosos.⁵⁵¹

Quanto à dificuldade envolvendo à última barreira, Dworkin traz o caso do paraplégico e do violino *stradivarius*. Supõe-se o caso em que existe para um paraplégico um tratamento de alto custo que curaria sua deficiência. Mas o paraplégico é violinista e que ao invés do tratamento para curar sua deficiência, ele preferiria que o dinheiro que seria usado para seu tratamento fosse usado para lhe comprar um violino *stradivarius*. Em termos de bem-estar, o violinista paraplégico ficaria melhor com o violino específico.

Paralelamente a isso, Dworkin imagina outro violinista, não-deficiente, que tem o nível de bem-estar extremamente baixo, sendo que também não possui dinheiro para comprar o *Stradivarius*. Então, é possível imaginar alguns problemas, pois caso se permita que o violinista paraplégico obtenha o *Stradivarius*, o violinista não deficiente poderia reclamar desse fato. Por outro lado, adotando uma decisão utilitária seria um tanto perverso negar o direito de escolha para o paraplégico.⁵⁵² Interessa ao utilitarismo somente o cômputo final da categoria felicidade, que advém da soma dos totais individuais.⁵⁵³

⁵⁴⁹ DWORKIN. *op. cit.* p. 5.

⁵⁵⁰ *Ibidem.* p. 5.

⁵⁵¹ FERAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça Distributiva para Formigas e Cigarras. *Novos Estudos*. CEBRAP, v. 77, p. 243-253, 2007. p. 247.

⁵⁵² DWORKIN. *op. cit.* p. 73.

⁵⁵³ CORREA, LARA CRUZ. Utilitarismo e moralidade: considerações sobre o indivíduo e o Estado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, p. 173-186, 2012. p. 175.

O aspecto do bem-estar é relevante em temas como nos gastos públicos com seguridade social, e remoção da desigualdade econômica acentuada. Segundo Amartya Sen, adentrar no exame do bem-estar possui grande importância para a análise da desigualdade e apreciação das políticas públicas. “Problemas de injustiça e desigualdades sociais entre diferentes classes e grupos relacionam-se fortemente com extensas disparidades no bem-estar”.⁵⁵⁴

Em termos de gastos públicos no Brasil, mesmo que seja difícil se enxergar determinados gastos públicos direcionados prioritariamente ao bem-estar (sem que outro aspecto seja considerado), é possível encontrar alguns casos. Seria por exemplo, gastos relacionados com a realização de eventos musicais, que tem pano de fundo a promoção cultura, ou gastos com procedimentos médicos eletivos que teria também como fundamento a saúde.

Em contraposição à ideia de igualdade de bem-estar, Dworkin trabalha com uma construção de igualdade partindo da igualdade recursos, de modo que assume uma feição mais liberal. Supõe um leilão numa ilha deserta, onde o leiloeiro entrega conchas para os habitantes como se fossem fichas. Utilizando essas conchas os habitantes fazem as ofertas para os bens, de modo que todos os bens da ilha restem distribuídos. Assim, ninguém poderá reclamar, pois arrematou aquilo que queria. A divisão foi realizada de acordo com os recursos e não com o bem-estar.⁵⁵⁵ A sorte desempenha fator importante, pois se nessa ilha, as bananas fossem um produto escasso, e muitas pessoas gostassem dessa fruta, seu valor no leilão aumentaria. Sorte seria de quem não gostasse de bananas. Por outro lado, caso a grande maioria não goste de laranja, mas uma pessoa goste, essa pessoa poderia comprar quantas laranjas quisesse por um preço baixo. Assim, o mercado determina o preço e não se poderia reclamar de divisão desigual de recursos.

O leilão igualitário, no qual as rendas foram distribuídas igualitariamente, não trará bem-estar igual para todos, sendo que inicialmente, o elemento sorte impacta nesse ponto. No momento pós leilão, o trabalho e novamente a sorte acabará alterando a situação inicial de igualdade. No momento pós-leilão, Dworkin diferencia dois tipos de sorte: sorte por opção, no qual houve uma escolha em que o resultado positivo ou negativo foi ao acaso; e a sorte bruta, em que o resultado não foi resultado de escolha, com por exemplo a queda de um meteorito.

⁵⁵⁴ SEN. *op. cit.* p. 121.

⁵⁵⁵ DWORKIN. *op. cit.* p. 84.

Com base nesse elemento sorte, o autor traça a importância do seguro (como um contrato de seguro com uma seguradora).⁵⁵⁶

Essa distribuição de recursos de maneira igual acarretaria uma igualdade de oportunidades, sendo que o trabalho, a sorte, e as capacidades serão determinantes para estabelecer eventuais desigualdades no futuro. A objetivo da igualdade de recursos é conceder igualdade de oportunidades.

Para Rawls, a construção acima seria similar ao que ele denomina de “princípio da igualdade equitativa de oportunidades” em que se assegura um sistema de justiça procedimental puro. A vantagem prática desse sistema é que não é necessário adentrar em vicissitudes particulares, e nas infundáveis circunstâncias e posições das pessoas.⁵⁵⁷ É como dividir um bolo em partes iguais, sem levar em conta quem tem mais fome. Não se avalia eventual confronto entre recursos para se dividir e necessidades dos indivíduos.

Devido à desconsideração de diversos aspectos pessoais, essa construção acaba gerando críticas, o princípio da igualdade de oportunidades situa a todos os membros de uma determinada sociedade em condições de participação na competição da vida, ou na conquista de que é vitalmente mais significativo, e tem o pressuposto de que partem de posições iguais. Então, coloca-se questões tais como se é necessário a igualação das escolas, o tempo de estudo conferido a cada pessoa, e até mesmo o convívio familiar que seria determinante para o aproveitamento das oportunidades.⁵⁵⁸

Essa corrente igualitária tenta dar as pessoas o mesmo ponto de partida, sendo o ponto de chegada dependente de cada um. Só que ao fazer isso, desconsidera aspectos pessoais, e talvez o pior, aceita ou incorpora como legítima a desigualdade dos resultados. Assim, uma pergunta que pode se colocar é se a Constituição da República, quando determina a redução das desigualdades sociais, também visa diminuir as desigualdades decorrentes do resultado do trabalho ao longo da vida.

Quando se adota um sistema de igualdade fundado na igualdade de oportunidades, opta-se por uma ideologia de matiz liberal, e segundo Bobbio o liberalismo é uma doutrina parcialmente igualitária, sendo igualitária mais nas intenções que nos resultados. A partir do momento em que figura no rol dos direitos fundamentais a livre iniciativa e o direito de possuir e acumular sem limites os bens econômicos, a igualdade é apenas parcial.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ DWORKIN. *op. cit.* p. 91.

⁵⁵⁷ RAWLS. *op. cit.* p. 93.

⁵⁵⁸ BOBBIO. *op. cit.* p. 78.

⁵⁵⁹ BOBBIO. *op. cit.* p. 90.

Mesmo que se considere hipoteticamente que em certo espaço de tempo (p. ex. posição originária) a igualdade de oportunidade atenda o ideal igualitário, tem-se que verificar se na posição derivada existe uma desigualdade, sendo que pelo princípio da igualdade, haveria que se fazer nova igualação ou mitigar a desigualdade.⁵⁶⁰ Dworkin afirma que devido às capacidades e sortes de cada um, na posição derivada, ocorrerá desigualdade. Para corrigir eventuais excessos deve partilhar uma proporção daquilo que cada pessoa conseguiu.⁵⁶¹ Seria como se justificasse a incidência de um imposto de renda progressivo, ou, em termos de gastos públicos, que o Estado financiasse alguma comodidade para os idosos de renda mais baixa (v.g. transporte gratuito).

Com relação à distribuição de recursos na posição derivada, Rawls aborda o “princípio da diferença” que entende a distribuição de talentos naturais para as pessoas como um bem comum. Os mais favorecidos com mais capacidades devem ajudar o menos favorecidos, de modo que ninguém ganhe ou perca devido à distribuição arbitrária de dotes naturais. Com base nisso desenvolve-se o “princípio da reparação” em que as desigualdades imerecidas exigiriam reparação, devendo essas diferenças de capacidade ser de alguma forma compensadas.⁵⁶² Essa perspectiva de compensar a diferença das capacidades é hipotética e possui utilidade de elucidar a relação da renda na posição derivada, capacidade, e igualdade. É que as capacidades não são discerníveis em graus marcados corretamente, de modo que seria impossível saber se na posição derivada a desigualdade se originou de capacidade, ou simplesmente por escolha de uma vida mais simples.

São inúmeras as discussões que podem ser colocadas acerca do ideal igualitário e de um possível objetivo constitucional de redução das desigualdades. É um tema bastante sensível e repleto de nuances que devido à pouca maturidade estão longe de longe de fixar um norte seguro para o direcionamento da atividade financeiro do Estado.

4.4.3 Igualdade como pressuposto da liberdade

A igualdade se relaciona de maneira estreita com a liberdade. Dependendo do espectro que se adote é possível afirmar que políticas de promoção da igualdade pode vir como

⁵⁶⁰ Nesse caso, seria necessária uma contínua intervenção do Estado para a promoção da igualdade.

⁵⁶¹ DWORKIN. *op. cit.* p. 108.

⁵⁶² RAWLS. *op. cit.* p. 108.

um maximizador da liberdade ou, sentido contrário, como uma limitação.

As políticas com a finalidade igualitária podem entrar em rota de colisão com a liberdade.⁵⁶³ ⁵⁶⁴ Nozick ao criticar a realização de políticas igualitárias argumenta que "nenhum princípio de estado final ou distributivo padronizado de justiça pode ser continuamente implementado sem interferência contínua na vida das pessoas". Fazendo-se necessária uma contínua intervenção estatal na sociedade, o que seria um limitador de liberdade.⁵⁶⁵

Dworkin cita três exemplos de conflito entre igualdade e a liberdade. O primeiro se refere aos gastos em campanha eleitoral que o Congresso dos Estados Unidos resolveu limitar o montante financeiro que poderia ser utilizado. O objetivo da norma era promover a igualdade entre os candidatos. A Suprema Corte, no entanto, afirmou que a regra violava a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda (*Buckley v. Valeo*).

O segundo exemplo advém de uma forte discussão na Inglaterra em relação à iniciativa privada nas necessidades básicas, especificamente, serviços de saúde. Naquele país existe um serviço público de saúde nacional, mas aquele que possui plano de saúde ou que tenha recursos suficientes pode utilizar de serviço privado de saúde. Ocorre que alguns setores defendiam o fim da medicina privada, por meio de leis proibindo o exercício da medicina particular, em prol da igualdade. Tal política, conquanto tente promover a igualdade, tolheria a liberdade de escolha em tratamentos médicos.

O terceiro exemplo advém da legislação trabalhista, envolvendo um caso do início do século XX no qual Nova York proibiu que os padeiros trabalhassem mais de 60 horas por semana, uma vez que a jornada era considerada exaustiva, e que era originada de uma alta desigualdade de renda. No entanto, a Suprema Corte declarou inconstitucional a Lei de Nova York porque infringiria a liberdade de escolha em contrato e emprego.⁵⁶⁶

Na realidade o confronto com a liberdade não é resultado específico das políticas de promoção da igualdade. Toda regra jurídica concessiva de direitos e que fixa obrigações acarreta, em última análise, alguma forma de intervenção estatal na sociedade. E por

⁵⁶³ SEN. *op. cit.* p. 53.

⁵⁶⁴ Milton Friedman entende que "a igualdade de resultados está em claro conflito com a liberdade. A tentativa de promovê-la tem sido uma importante causa para um governo cada vez maior e para restrições à nossa liberdade impostas pelo governo". FRIEDMAN, Milton. FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia*. Tradução Lígia Filgueiras. 1. ed. Rio de Janeiro: Record. 2015. Versão eletrônica em PDF. Capítulo 5: Criados iguais.

⁵⁶⁵ NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar. 1991. p. 183.

⁵⁶⁶ DWORKIN. *op. cit.* p. 162-163.

consequência, suprimem parte da liberdade, como ocorre por exemplo com determinadas normas ambientais que acabam dificultando ou restringindo algumas atividades poluidoras.

O principal foco que deve conferir à liberdade em uma análise sobre a igualdade, não é a liberdade econômica de empreender, ou de celebrar quaisquer tipos de contrato esperando que os mesmos sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*), mas a liberdade do próprio indivíduo.

A igualdade como requisito para liberdade individual ganhou notoriedade com Engels e Marx, no Manifesto Comunista. Segundo os autores, seria difícil imaginar um homem exercer sua liberdade se está sob os grilhões de uma companhia que se apropria de sua força de trabalho, e que determina sua conduta, sob pena de demiti-lo. Na sociedade chamada de burguesa, o capital é independente, ao passo que o indivíduo que trabalha é dependente. Assim, “por liberdade, nas atuais relações burguesas de produção, compreende-se a liberdade de comércio, a liberdade de comprar e vender”.⁵⁶⁷

Não que todas as pessoas sejam escravas do capital e tenham sua liberdade cerceada, mas apenas aqueles que não dispõem de razoável patrimônio. A questão da igualdade e liberdade se mostra mais evidente quando se indaga se o proprietário de uma fábrica possui a mesma liberdade que seu operário. De fato, eles não seriam iguais, e muito menos teriam a mesma liberdade. O operário a todo tempo poderia ser demitido caso exercesse uma “liberdade” que fosse inconveniente ao proprietário da fábrica. Por isso, Marx menciona que essa liberdade é uma liberdade burguesa.

Como para a doutrina marxista é a propriedade que aprisiona, é o fato de um empresário ser proprietário de meio de produção que faz com que surja a desigualdade e retire a liberdade de quem não detém capital. Isso induz o ponto central da teoria comunista: “supressão da propriedade privada”.⁵⁶⁸

Não é propriamente a igualdade que entraria em confronto direto com a liberdade. É a liberdade individual que com o desenvolvimento social acaba colidindo com outras liberdades, como se formasse uma teia complexa e divergente de liberdades. De um lado, uma pessoa querendo exercer os direitos decorrentes de sua propriedade, e de outro as pessoas que foram cerceadas pelo exercício individual daquela propriedade. Ou, de um lado, o

⁵⁶⁷ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Alvaro Pina. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Boitempo Editorial. 2005. p. 53.

⁵⁶⁸ MARX. ENGELS. *op. cit.* p. 52.

empreendedor que almeja exercer a liberdade de empreender, e de outro, os empregados que não detém o capital e necessitam se sujeitar as condições impostas pelo empregador.^{569 570}

Segundo Amartya Sen, não é só a renda que determina inteiramente liberdade, pois as variações interpessoais acabam afetando de maneira contundente a liberdade. Uma pessoa pode ter mais utilidades, outra pessoa mais renda, e outra pode ser mais livre para fazer muitas coisas que as duas anteriores não podem.⁵⁷¹ A questão da pujança de recursos se mostra central na discussão sobre a igualdade social não só quanto ao patrimônio de cada indivíduo, mas assume relevo no sentido de que a existência de recursos, em situações normais, gera um aumento da capacidade. Em outras palavras, seria a liberdade para realizar, e conseqüentemente aumento sua liberdade de escolha.⁵⁷²

Na sua teoria da justiça, Rawls trabalha um conceito de bens sociais primários, que seriam direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza. Bens primários são coisas que toda pessoa racional presumivelmente quer, incluindo “renda e riqueza, liberdades básicas, liberdade de movimento e escolha de ocupação, poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade e as bases sociais da autoestima”.⁵⁷³ Ele coloca a autoestima ou o autorrespeito como um bem primário que merece atenção especial. A pessoa, na sua individualidade deve sentir valor próprio, de que sua vida vale a pena ser vivida, e que pode fazer planos.⁵⁷⁴

Amartya Sen ressalta, todavia, que tanto a igualdade fundada na ideia de bens primários de Rawls, quanto na igualdade de recursos de Dworkin parecem focalizar apenas no meio para se atingir a liberdade, e não na extensão da liberdade. O que realmente é importante reside na liberdade que a pessoa possui para fazer escolher a vida que quer seguir, e valorar o que é importante dentro de sua individualidade. Nesta esteira, a igualdade recursos e a distribuição dos bens primários não seriam constitutivos da liberdade, mas um meio para sua

⁵⁶⁹ Essa lógica é predominante porque nunca houve na história um período em que existisse pleno emprego e que os empregados pudessem impor suas condições para os empregadores. Todavia, não é impossível de ocorrer em determinados campos específicos, ou no futuro.

⁵⁷⁰ A Constituição Federal, com um cariz liberal social, manteve o direito de propriedade privada como direito fundamental (art. 5, XXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, II). Em contrapartida, inseriu que a propriedade privada atenderá sua função social tanto nos direitos fundamentais (art. 5, XXIII), quanto nos princípios da ordem econômica (art. 170, III). Inclusive, a função social da propriedade se espalha para o direito empresarial dando configuração à chamada função social da empresa, legitimando intervenções do Estado na vida empresária.

⁵⁷¹ SEN. *op. cit.* p. 59.

⁵⁷² *Ibidem.* p. 69.

⁵⁷³ *Ibidem* p. 136.

⁵⁷⁴ RAWLS. *op. cit.* p. 98.

obtenção. O que reflete a liberdade é a real capacidade de realização do que cada pessoa almeja.⁵⁷⁵

A partir do momento que o Estado busca a igualdade como forma de libertação, insere-se uma nova justificativa da luta pela igualdade. Deixa de ser apenas uma questão ética para se tornar a busca de um direito inerente ao ser humano.

4.5 REDISTRIBUIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

A atuação do Estado envolvendo questões redistributivas não necessariamente se realizam no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Por meio da atividade estatal há uma natural realocação da renda na sociedade, e por isso se diz que existe uma redistribuição de renda. Ocorre que a redistribuição de renda a ser operada pela intervenção do Estado pode resultar em diminuição das desigualdades ou, sem sentido diverso, pode até mesmo fomentá-la. A forma como será realizada a redistribuição de renda pelo Estado, se igualitária ou não, dependerá da decisão política.

Ao construir uma ponte ou manter o serviço de segurança pública, de certa forma, existe uma redistribuição. Não só porque o financiamento dos gastos públicos é realizado por meio dos tributos exigidos dos cidadãos, como também o fato de os bens e serviços estatais serem fruíveis pelos indivíduos. O Estado tira o dinheiro de alguns indivíduos para alocar em programas coletivos. Se a prestação dos serviços estatais não é divisível, a depender da forma como acontece a imposição tributária, poderá ocorrer uma redistribuição de renda. Ao se exigir mais tributo daquele que tem mais renda, inevitavelmente acarretará em uma redistribuição de recursos.

O Estado pode ainda realizar programas de redistribuição explícita por meio do direcionamento de gasto público. Stiglitz e Rosergard afirmam que existem duas categorias principais de programas de redistribuição explícita: programas de assistência pública, que fornecem benefícios aos pobres o suficiente para se qualificarem; e o seguro social, que oferece benefícios a aposentados, deficientes, desempregados e doentes. Os gastos que tem por finalidade transferir dinheiro de um indivíduo para outro são denominados de *transfer payments*

⁵⁷⁵ SEN. *op. cit.* p. 135-140.

(pagamentos de transferência).⁵⁷⁶ Nesse caso, o Estado assume a finalidade redistributiva de parte das suas despesas, alocando recursos para a diminuição da pobreza e da desigualdade.

No Brasil, o papel do Estado na redistribuição de renda ao longo da história não se mostra de perfil igualitário, muito pelo contrário, algumas medidas acabam gerando mais desigualdades. Historicamente, o governo ficou à mercê da elite econômica.

No ciclo econômico cafeeiro do Brasil, Celso Furtado afirma que desde cedo, a elite cafeeira compreendeu a enorme importância que o governo poderia ter como instrumento de ação econômica. Essa tendência à subordinação do instrumento político aos interesses de um grupo econômico alcançou a plenitude com a conquista da autonomia estadual, pois permitiu uma integração ainda mais completa dos grupos que dirigiam a empresa cafeeira com a maquinaria político-administrativa. A elite cafeeira tinha consciência clara de seus próprios interesses e que o controle do Estado seriam a garantia da manutenção de seus objetivos.⁵⁷⁷

Com a crise do setor cafeeiro o governo se mostrou comprometido com os interesses da elite nacional. Ao tentar restabelecer o equilíbrio do setor, o governo comprou os excedentes do café e concedeu créditos aos produtores sem qualquer correção monetária, o que acarretou em uma redistribuição de renda dos mais pobres para a elite econômica. Posteriormente, com a queda do comércio internacional do café e ascensão da indústria, o Estado se torna “francamente protetor da manufatura, ao ponto de consolidar suas tendências, em 1937, com um estatuto político adequado aos seus propósitos”.⁵⁷⁸

Ao longo da história recente do Brasil, a redistribuição de renda não figurou como uma pauta estatal. Ao término do regime militar o Brasil era um dos países mais desiguais do mundo. As intervenções do Estado com a finalidade de promover o progresso acabavam por gerar um efeito perverso para as classes mais pobres, sendo a intervenção estatal, de fato redistributiva, transferindo a renda para os mais ricos. A desigualdade de renda aumentou com mais velocidade justamente após 1970, década do “milagre econômico”.⁵⁷⁹

Medidas adotadas pelos governos após 1960 foram eficientes em transferir a renda para as classes dominantes. Algumas delas foram fruto de projetos econômicos que tentaram cessar a crise inflacionária e o déficit originado do governo de Juscelino Kubitschek.

⁵⁷⁶ STIGLITZ; ROSENGARD. *op. cit.* p. 36.

⁵⁷⁷ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2005. p. 145.

⁵⁷⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3a ed. Rio de Janeiro: Globo. 2001. p. 862.

⁵⁷⁹ SOUZA, Pedro Herculano G. F. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. 378 f. Tese (Doutorado em sociologia) Universidade de Brasília. Brasília. 2016. p. 136.

Outras foram apenas no claro afã desenvolvimentista. Nos primeiros anos do regime militar, o salário mínimo teve uma queda real de 30%, e só voltou a apresentar crescimento real sustentando a partir de 1974. Os salários médios de vários setores também perderam poder de compra. Na tentativa de aumentar a poupança nacional e canalizar recursos para regiões e setores prioritários, retirou-se boa parte da progressividade do imposto de renda das pessoas físicas, favorecendo os contribuintes com renda mais alta.⁵⁸⁰

Acreditando que economias de escala reduziriam os custos operacionais do sistema bancário, promoveu-se a concentração bancária, a qual resultou em limitação da concorrência e oligopolização. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que atualmente é considerado um direito do trabalhador, nasceu como mais uma derrota das classes mais pobres. Criado em 1966, ele substituiu o direito à estabilidade para os trabalhadores formais urbanos há mais de dez anos no mesmo emprego. Passou a facilitar a rotatividade da mão de obra, possibilitando demissões. Os recursos do FGTS, que era uma poupança forçada, eram direcionados para os financiamentos subsidiados do Sistema Financeiro de Habitação, que beneficiaram principalmente as classes média e alta. A política financeira brasileira, principalmente após 1960, resultou numa redistribuição de renda dos mais pobres para os mais ricos, como um grande fomentador das desigualdades sociais.⁵⁸¹

Na época, para uma política voltada para finalidade de crescimento econômico, o aumento da desigualdade de renda, era concebido não somente como aceitável, mas como fenômeno natural ou até necessário. Na década de 1950 o vencedor do prêmio Nobel, Simon Kuznets, teorizou aquilo que veio a ficar conhecido como a “curva de Kuznets”. Observou-se que com o desenvolvimento seriam inevitáveis mudanças nas estruturas econômicas, e pelo menos nos primeiros momentos da industrialização, importaria em uma maior desigualdade de renda.⁵⁸² No seu estudo datado de 1955 (*Economic Growth and Income Inequality*), Simon Kuznets utilizou um modelo dual com um setor agrícola e outro não agrícola com o intuito de analisar a relação entre desigualdade de renda e crescimento econômico. A suposição foi de que a desigualdade de renda se elevaria a curto prazo que se reduziria com o crescimento econômico, formando uma curva com o U invertido. Com a transferência de população do setor

⁵⁸⁰ *Ibidem.* p. 294.

⁵⁸¹ *Ibidem.* p. 296.

⁵⁸² KUZNETS, Simon. Crescimento econômico moderno: descobertas e reflexões. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, vol. 39, n. 2, p. 225-239. 1985. p. 229.

agrícola para o industrializado, a desigualdade de renda aumentaria, pois este setor mais dinâmico também é mais próspero e desigual.⁵⁸³

Antes de 1988 é possível observar duas prováveis hipóteses para explicar a desigualdade social: a primeira seria que o Estado brasileiro não se preocupava em realizar uma política redistributiva com a diminuição das desigualdades; e a segunda era a de que o Estado fomentava a concentração de renda nas mãos de poucas pessoas para poder aumentar o desenvolvimento econômico. Realizava-se uma redistribuição de renda visando a realocar os recursos financeiros para as mãos de uma classe empreendedora.

Com a Constituição Federal e a imersão do Brasil no modelo do Estado social, a função redistributiva do Estado com um viés de redução das desigualdades se tornou explícita. Na prática, alterou-se a forma como os gastos públicos eram realizados, passando o Estado ser mais prestacional e voltado para políticas de inclusão social. Os elevados gastos na implantação e manutenção do Sistema Único de Saúde, que atende, em sua maior parte, os setores menos favorecidos, é um exemplo do direcionamento das despesas para as classes mais pobres. Contudo, os gastos públicos que mais serviram para a redução das desigualdades são os referentes à assistência social.⁵⁸⁴ O BPC (benefício de prestação continuada) previsto no art. 203, V, da Constituição foi um típico programa de redistribuição explícita de renda que serviu como forma de atenuar as desigualdades sociais.⁵⁸⁵

A nova ordem constitucional, todavia, trouxe junto outro problema: o funcionalismo público. Com a redemocratização a elite dos servidores públicos estatal se distanciou do restante dos trabalhadores privados, vendo seus rendimentos se elevarem substancialmente. Com a implantação do Regime Jurídico Único (RJU) houve a transferência imediata de cerca de 550 mil empregados do governo federal para o novo regime, recebendo estabilidade e pensões integrais, com direito a reajustes paritários com os servidores ativos. Atribui-se ao funcionalismo público, ativos e inativos, o fato de o saldo líquido do fluxo monetário direto entre o Estado e as famílias brasileiras continuar regressivo, o que praticamente anula os resultados dos programas de transferência de renda como o bolsa família e o BPC. A própria Previdência Social, que tem um importante papel redistributivo, tem sua

⁵⁸³ TAQUES, Fernando Henrique; MAZZUTTI, Caio Cícero. *Qual a relação entre desigualdade de renda e nível de renda per capita? Testando a hipótese de Kuznets para as unidades federativas brasileiras. Planejamento e Políticas Públicas (IPEA)*, Brasília, n. 35, p. 161-186, 2010. p. 165

⁵⁸⁴ ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 33, n. 96, 2018. p. 10.

⁵⁸⁵ ARAÚJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 25, n. 63, p. 159-162, 2017. p. 164.

“efetividade igualitária” comprometida pelos benefícios mais elevados recebidos por uma parcela dos servidores públicos inativos.⁵⁸⁶

No relatório apresentado pelo Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal do Brasil, Grandes Número IRPF (DIRPF 2019),⁵⁸⁷ constata-se que das sete ocupações com maior rendimento declarado no IRPF, cinco são de servidores públicos, e uma de delegatário do serviço público (titular de cartório extrajudicial).⁵⁸⁸ Somando esses dados à constatação de que os setores mais elevados do funcionalismo público tem uma remuneração consideravelmente superior ao que é pago na iniciativa privada em similaridade de condições,⁵⁸⁹ a política remuneratória governamental assume um caráter de redistribuição de renda marcadamente regressivo.

Não obstante o discurso de igualdade, de uma maneira geral, o direcionamento dos gastos públicos obedecem uma lógica própria, que é mais política do que jurídica. Grupos de pressão exercem influência maior do que qualquer ideologia político-partidária. Por sua vez, os tomadores de decisão do Estado têm interesses que, na maior parte das vezes, destoam do discurso realizado para as massas.

No campo da arrecadação, o direito constitucional tributário estabelece uma regra que poderia ser interpretada como de forte diretriz redistributiva. Trata-se do princípio da capacidade contributiva. O artigo 145, §1º da Constituição dispõe que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Dessa forma, pelo direito constitucional tributário haveria que se observar a regra de que quem externaliza mais riqueza deve pagar mais tributo. No entanto, em muitos casos a regra não é aplicada a contento, cabendo lembrar sobre a tributação suavizada sobre as heranças (ITCD) e a não implementação do imposto sobre as grandes fortunas, já mencionadas no item 3.4 deste trabalho.

O que se verifica é que a atividade financeira do Estado brasileiro se identifica muito pouco com um ideal igualitarista. Por meio da tributação e despesas públicas o Estado

⁵⁸⁶ SOUZA, Pedro Herculano. *op. cit.* p. 314.

⁵⁸⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Grandes Números IRPF (Ano-Calendário 2018, Exercício 2019). Brasília: RFB, 2020. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-irpf-2018-2019-completo-1.pdf>>. Acesso em 10 de dez de 2020.

⁵⁸⁸ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/15/dados-do-ir-mostram-profissoes-com-maior-renda-media-e-mais-isencoes.ghtml>

⁵⁸⁹ BANCO MUNDIAL. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Brasil – Revisão das despesas públicas. 2017. p. 44.

exerce uma natural função de redistribuição, mas não se verifica uma política pública voltada para a redução de desigualdade.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se na presente tese investigar o funcionamento das instituições estatais para compreender de maneira mais realista o fenômeno dos gastos públicos. Normativamente analisou-se a justificativa da existência do Estado como um guia racional dos gastos, bem como os objetivos estabelecidos na Constituição.

Utilizou-se a teoria da escolha pública como referencial teórico para a análise das ações tomadas pelos agentes políticos. Da mesma forma que vem ocorrendo com alguns setores jurídicos dos Estados Unidos, a presente tese se valeu da teoria da escolha pública para interpretação do direito das despesas, uma vez que fornece um vasto suporte teórico para a pesquisa das despesas públicas. Não se defende que a teorização da função alocativa do Estado deva ser realizada com base em critérios unicamente econômicos, mas que os estudos da teoria da escolha pública são relevantes para o entendimento de como funciona a máquina estatal.

A guinada que se realiza é acerca da visão do Estado, com o abandono da concepção organicista, para poder visualizá-lo como uma composição das vontades individuais. O Estado, como um ente autônomo dotado com suas próprias vontades, passa a ser visto como um conjunto de preferências individuais. Isso acarreta por exemplo, uma superação da tradicional hermenêutica escudada, em grande parte, na *mens legis*.

Ao se conceber o Estado como promotor da ação coletiva e um conjunto agregado das preferências individuais, desloca-se o consenso para o centro do estudo. Há que existir consenso para a formação do Estado, para a sua manutenção, e para a eleição de suas finalidades. Por meio da teoria da escolha pública, procurou-se demonstrar a dificuldade ínsita ao sistema democrático e a relevância da regra da unanimidade para a formação das diretrizes estatais.

Ao sustentar a necessidade de consenso unânime para a tomadas das decisões fundamentais do Estado, a principal preocupação de seus teóricos era que a maioria não impusesse seus desejos à minoria. Essa problematização é relevante, pois acaba trazendo para a discussão a legitimidade democrática das intervenções do Estado. Nesse aspecto, visualizam-se problemas tanto na regra majoritária, que não é específica quanto a qual maioria se faz necessária para ser uma democracia, bem como a maneira de como se realiza a conjunção das preferências individuais de forma a constituir a vontade coletiva. Existe uma dificuldade inerente à agregação das preferências dos indivíduos, isso foi demonstrado no paradoxo de voto.

As preferências individuais constituem outro ponto de análise. A formação da vontade coletiva também foi objeto do estudo. O ponto principal é que os indivíduos pautam suas condutas no autointeresse. É natural do ser humano a busca por utilidade ou bem-estar. É o que se denomina de racionalidade econômica, na qual os indivíduos realizam escolhas de modo a atender seus interesses. No entanto, demonstrou-se que nem sempre é assim que ocorre, tanto a racionalidade como o autointeresse são limitados. Além disso, o raciocínio individual pode ser o de se preocupar com a coletividade. Mesmo assim, a racionalidade econômica ainda prepondera, sendo utilizado como pressuposto do trabalho.

Por meio da racionalidade dos indivíduos é que se concebe o hipotético contrato social formador do Estado. Os indivíduos, buscando aumentar o próprio bem-estar, erigem uma estrutura supraindividual para realizar certas atividades que seriam incapazes de executar de maneira privada. É a busca do próprio interesse que faz com que os indivíduos formem o Estado.

O Estado deve ser concebido como um empreendimento cooperativo no qual os indivíduos tem que agir de maneira coordenada para majorar o benefício de todos. É um jogo de barganha no qual certas estratégias podem ser prejudiciais. O importante é que se forme um consenso, e que o custo para se atingir esse consenso não seja elevado a ponto de retirar o benefício final dos indivíduos.

Como o comportamento dos indivíduos são definidos de maneira racional (pelo menos na maior parte), torna-se previsível o funcionamento das instituições estatais. Órgãos compostos por agentes políticos vão funcionar de uma forma, e órgãos que os membros independem de voto funcionarão de maneira diversa. Tendo em vista que os agentes responsáveis por tomar as decisões estatais também são indivíduos racionais, o comportamento dos mesmos será basicamente guiado pelo autointeresse. O agente político é incapaz de abandonar a racionalidade inerente ao ser humano, agindo de forma a majorar seu ganho.

É possível conceber institucionalmente o Estado também de forma racional. Para isso, há que se excluir considerações morais da concepção do Estado. Não parece ser a melhor opção realizar discussões sobre questões éticas na ação coletiva, pois o resultado será a imposição de uma moral de um grupo sobre outro. Ressalvado se houver unanimidade.

Justificado o Estado de forma racional, o seu natural objetivo é majorar o bem-estar da sociedade. Utilizando a eficiência paretiana, a ideia da ação estatal é fazer com que os indivíduos melhorem suas posições sem piorar a de ninguém. Caso seja adotado um modelo majoritário menos inclusivo, no qual seja exigida a metade mais um, a partir do momento que

um grupo consegue formar coalizões para determinar os rumos do Estado, consegue impor derrotas ao grupo minoritário.

Os gastos públicos assumem especial relevo porque é por meio deles que o Estado realiza suas finalidades. Aliás, qualquer direito que venha a ser alçado a esfera estatal gera custos a serem providos pelo orçamento público. Quando se protege a propriedade, por exemplo, o Estado tem que providenciar o devido policiamento para evitar furtos e roubos, bem como estruturar um órgão para julgar e executar as leis.

Além disso, o montante das despesas públicas determinará os recursos necessários que serão retirados dos próprios indivíduos. É um sistema no qual os indivíduos escolhem a finalidades do Estado e posteriormente pagam por meio dos tributos a execução dos serviços que foram implementados com base nessas finalidades. Por meio dos gastos públicos é que se coloca em prática o que a Constituição determina. Devem ser direcionados recursos públicos para a realização das decisões fundamentais da sociedade. O legislador ordinário vai editar as leis que servirão para concretizar as decisões fundamentais da sociedade. Por sua vez, o Poder Executivo será o responsável pela implementação das políticas públicas previstas na legislação.

Diante da quantidade de funções atribuídas ao Estado pela Constituição, o que se verifica é que se abriu uma ampla margem para legislador ordinário e Poder Executivo realizarem as escolhas públicas que deveriam ter sido estabelecidas no momento da elaboração constitucional. Isso é um problema porque qualquer ação estatal estaria albergada pela Constituição, e qualquer omissão estaria justificada pela escassez de recursos para se realizar todas as atribuições estabelecidas constitucionalmente. Coube a jurisprudência dos tribunais estabelecer, mesmo que involuntariamente, algumas funções do Estado mais prementes a outras. Por exemplo, parece ter sido estabelecido jurisprudencialmente que o direito à saúde se sobrepõe a todos os outros.

O fenômeno relativo aos gastos públicos deve ser visto mais que uma simples alocação de recursos com base em uma determinada legislação. Trata-se de um processo. Um processo no qual existem vários agentes que interagem entre si a todo momento. Os cidadãos em geral, os legisladores, os agentes políticos do Poder Executivo, os burocratas e os grupos de pressão interagem para a decisão da despesa pública. É um processo cíclico no qual os agentes políticos tentam se equilibrar entre atender os grupos de pressão e manter um nível aceitável de aprovação popular de modo a garantir a reeleição.

Externamente, localiza-se o Poder Judiciário, que em questões envolvendo as despesas públicas, atua de maneira pontual, julgando com base nos direitos individuais. Isso é um problema que impede o Poder Judiciário de exercer um papel relevante no contexto da escolha pública. O Poder Judiciário, de maneira geral, somente atua quando algum direito individual fundamental está envolvido, quando na realidade deveria intervir no momento que se constata o descompasso das despesas públicas com os fins determinados na Constituição. A forma de atuação do Poder Judiciário não impede que grupos de pressão capturem o orçamento. A atuação do Poder Judiciário deveria ser de tal forma que fosse possível proteger o direito das minorias no orçamento, impedindo, por exemplo, que certas minorias sejam totalmente alheadas de qualquer política pública.

A determinação do sistema econômico impacta na formulação dos gastos públicos. A Constituição brasileira, seguindo uma tendência internacional, principalmente da Europa, adotou um modelo de Estado Social, ou prestacional. Com isso, acarretou em aumento dos gastos públicos, que é típico desse modelo estatal.

Ocorre que pela concepção de Estado como reflexo da ação coletiva, as atribuições delegadas ao Estado dependem apenas da aprovação dos indivíduos que o compõe. Assim, eventuais atribuições que antes eram privadas, poderão ser “estatizadas”. Por exemplo: o serviço de panificação em que cada consumidor paga o pão adquirido e os fornecedores são privados. Caso exista “acordo”, o serviço de panificação poderá ser estatizado e declarado gratuito, transferindo ao Estado a tarefa de produzir e distribuir gratuitamente os pães. Com isso, o custeio de cada pão passará a ser distribuído para todos os indivíduos, sejam eles consumidores ou não desses pães.

O problema é justamente o quórum exigido para tal estatização. Caso não seja atingida a unanimidade, o que não pode ocorrer é um grupo de cidadãos impor custos desarrazoados a outro grupo. O que não parece adequado em termos de legitimidade do gasto público é a estatização de serviços que não precisariam ser públicos.

Existe uma definição econômica e uma definição jurídica para serviços e bens públicos que não são necessariamente coincidentes. Juridicamente, um serviço será público se tiver sido atribuído ao Estado, sendo estatizado ou não dependendo da conjuntura histórica. Por sua vez, economicamente um serviço ou bem somente será público, caso não se consiga fornecer de maneira individual, por exemplo, não seria possível realizar o serviço de segurança pública sem que se beneficie mais de uma pessoa.

Nesse ponto, o autointeresse entra em cena novamente. Os cidadãos querem aumentar suas comodidades à custa do financiamento alheio. Ao incluírem determinado gasto público no orçamento, faz com que o gasto privado para aquela finalidade se dissipe entre toda a sociedade. Por sua vez, os agentes políticos buscando a reeleição, não têm interesse em entrar em um embate contra a estatização de bens e serviços.

Os indivíduos se tornam caçadores de renda (*rent-seeking*) e buscam de toda forma capturar uma parte do orçamento para benefício próprio. Empresas deixam de lado as regras do mercado para se socorrerem no governo. Os agentes políticos, por sua vez, cedem à pressão das grandes empresas para manterem a governabilidade. Cria-se um círculo vicioso que prejudica o mercado interno. Outro ataque sofrido pelo orçamento é pelas corporações de servidores públicos que agem a todo tempo para conseguir aumentos remuneratórios.

Isso aponta no sentido de existir uma evidente falha no sistema majoritário, fazendo com que grupos de pressão e coalizões majoritárias façam com que os grupos menores paguem a coletivização forçada pela maioria.

Para evitar um “colapso” do sistema deve ser coletivizado ou estatizado apenas aquilo que o mercado privado não é capaz de suprir, ou, apenas o que for objeto de decisão unânime (ou quase-unânime). O tamanho do Estado e a definição do que pode ser considerado bens e serviços públicos é objeto de decisão democrática, mas certas estatizações podem acarretar em ineficiência. Transformar qualquer coisa em ação coletiva por meio do Estado é atentar contra o mercado e a livre iniciativa.

Abordou-se a função redistributiva do gasto público, esclarecendo que redistribuição não significa redução das desigualdades. O Estado pode optar por uma redistribuição explícita, mas isso deve ser definido constitucionalmente. Buscou-se sair do lugar comum de que qualquer investimento social é a forma de se promover política visando a redução das desigualdades sociais.

A distinção entre pobreza e desigualdade assume relevância no contexto de política igualitária, de modo que não se pode confundir as mesmas. Para o desenvolvimento doutrinário de uma agenda igualitária é importante que se segregue a desigualdade da pobreza, uma vez que são coisas diversas. Contudo, ao que parece, manter a defesa da igualdade amalgamada a erradicação da pobreza fortalece o discurso igualitário, inserindo uma carga emotiva, que sozinho, o combate à desigualdade talvez não teria.

Aponta-se também um eventual problema no que tange a luta contra a desigualdade, a qual reside em eventuais reflexos econômicos negativos ocasionados por

políticas igualitárias. Além do fato de que a elite econômica dominante naturalmente pode não aceitar a expropriação de seu patrimônio e renda, talvez o maior empecilho à política de promoção da igualdade seja o risco de se provocar recessão econômica.

A discussão envolvendo a arrecadação de recursos e de gastos públicos com a finalidade de combate à desigualdade, não deve ser tomada desconsiderando efeitos econômicos sob pena de se gerar recessão e aumento da pobreza, e por outro lado é a Constituição quem deve orientar a formulação político econômica estabelecendo balizas e objetivos concretos.

Os gastos públicos devem ser concebidos juntamente com o papel estatal na sociedade. A alocação de recursos financeiros é a forma de o Estado executar as ações coletivas para as quais foi criado. As finalidades eleitas para o Estado dependem da agregação das vontades individuais, e somente poderão ser consideradas legítimas na perspectiva democrática se houver um amplo consenso e não imponha os perdedores custos desarrazoados.

Em síntese, a presente teorização dos gastos públicos parte de uma visão não organicista do Estado, sendo a vontade deste decorrente da agregação de preferências individuais. A razão de existir do Estado é a promoção do bem-estar dos indivíduos, de modo que a ação coletiva por ele realizada deve gerar ganho para todos os indivíduos, ou ao menos, ganhos maiores que os custos. Com isso, para a determinação do gasto público, há se atingir o consenso, sendo este entendido como um jogo em que os participantes negociam suas preferências.

Por fim, aponta-se pela necessidade de uma maior sintonia da interpretação jurídica com o jogo político, incluindo o aumento da participação do Poder Judiciário no debate orçamentário, e, principalmente, a necessidade de uma reforma política para tentar facilitar o consenso dos agentes políticos e diminuir o custo na tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

ACKERMAN, Bruce Arnold. *Social justice in the liberal state*. New Haven: Yale University Press. 1980.

ADAMY, Pedro. Origens teóricas da extrafiscalidade. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, p. 367-376, 2018.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Plano X Mercado na História do Pensamento Econômico: Quatro Rodadas de um Grande Debate. *Estudos Econômicos*, São Paulo, 38, p. 373-395, 2008.

ANDRADE, Everaldo de Oliveira. A Revolução de Outubro de 1917 e a planificação econômica socialista. *Verinotio - Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, v. 23, n. 2, p. 22-38. 2017.

ARAÚJO, Aloisio; FUNCHAL; Bruno. A nova lei de falências e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)*, Rio de Janeiro, vol. 36, n. 2. 2006.

ARAÚJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 25, n. 63, p. 159-162, 2017.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural. Versão eletrônica em PDF. 1991. Livro V.

ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 33, n. 96, 2018. p. 10.

ARROW, Kenneth J. *Social Choice and individual values*. New York: John Wiley & Sons. 1951.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

BABEUF, François Noël. *Manifesto dos Iguais*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/babeuf/1796/mes/manifesto.htm>>. Acesso em 19 de junho de 2019.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16ª ed., rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

BANCO MUNDIAL. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Brasil – Revisão das despesas públicas. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina. 2015.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do direito tributário*. 7ª ed. São Paulo: Noeses. 2018.

BELTRAME, Bruno; MATTOS, Laura Valladão de. As críticas de Amartya Sen à teoria da escolha social de Kenneth Arrow. *Nova Economia*, v. 27, n. 1, p.65-88, 2017.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, P. 5-17, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61. 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. in BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco; BEDÊ, Fayga. (coord.) *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiro, 2006.

_____. *Entre o Estado total e o Estado social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

_____. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso (org.). *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: Ipea, 2009. p. 255-291.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciência Econômicas da Universidade de Coimbra*, vol. XLIX, pp. 57-77, 2006.

BERNHOLZ, Peter. From The Calculus of Consent to extended logrolling, negative externalities, and the Coase theorem. *Public Choice*. n. 152. p. 265–271. 2012.

BETTONI, Rogério; ANDRADE, Maria José Netto. A Formação dos Grupos Sociais em Sartre. *Metavola*, v. 4, p. 67-75, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BORGES, Andre. Democracia vs Eficiência: A teoria da escolha pública. *Lua Nova*, n. 53. 159-206. 2001.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Grandes Números IRPF (Ano-Calendário 2018, Exercício 2019). Brasília: RFB, 2020. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-irpf-2018-2019-completo-1.pdf>>. Acesso em 10 de dez de 2020.

BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, M. James. *The reason of rules: constitutional political economy*. (The collected works of James M. Buchanan. v. 10). Cambridge: University Press. 1985.

BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan. Constitutional choice. In William F. Shughart and Laura Razzolini (Eds.) *The Elgar Companion to Public Choice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. 2001. pp. 117-139.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, Estado social e reforma gerencial. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, 2010.

BRUBAKER, Earl. The tragedy of the public budgetary commons. *The Independent Review*, Oakland (CA), vol. 1, n.3, p. 353-370, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 1-50.

BUCHANAN, James M. *Freedom in constitutional contract: perspectives of a political economist*. College Station: Texas A&M University Press. 1977.

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund. 1999. p. 13.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Trad. Renato de Assumpção Faria. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1982.

BUTLER, Eamonn. *Foundations of a Free Society*. Southampton: Hobbs the Printers Ltd. 2013.

CADEMARTORI, Sergio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina. 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company. 1978.

CALCAGNO, Luiz. Redução de salário por conta do coronavírus incomoda categorias federais. *Correio Brasiliense*. Brasília. 26/03/2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/26/internas_economia,>

840261/reducao-de-salario-por-conta-do-coronavirus-incomoda-categorias-federa.shtml> .
Acesso em 15 de dez de 2020.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

CARVALHO, Márcio André de. How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 40, n. 5, p. 865-882, 2016.

CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2016.

CATSAMBAS, Thanos. Government expenditures as a citizens'evaluation of public output: public choice and the benefit principle of taxation. *Policy Research Working Paper Series*, n. 1090, p. 1-18. 1993.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Custo das políticas públicas: um olhas para o orçamento com foco no gasto. *RDIET*, Brasília, vol. 9, n. 1, p. 1-18, 2014.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify. 2003.

COLEN, José. *Voto, governos e mercados: uma introdução à Public Choice*. Lisboa: Moinho Velho. 2010. p. 103.

COMITÊ DO PRÊMIO NOBEL. Richard H. Thaler: Integrating Economics with Psychology. The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel. – *The Royal Swedish Academy of Sciences*, 2017. p. 4. Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2017.pdf>>

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, p. 39-48, 1998.

CONGLETON, Roger. The contractarian constitutional political economy of James Buchanan. *Constitutional Political Economy*. Springer, vol. 25, pp. 39-67. 2014.

CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. 2a. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

CORREA, LARA CRUZ. Utilitarismo e moralidade: considerações sobre o indivíduo e o Estado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, p. 173-186, 2012.

CORREIA, Carlos Pinto. A teoria da escolha pública: sentido, limites e implicações. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLII, p. 385-458, 1999. p. 434.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. *Ponto-e-vírgula (PUCSP)*, v. 6, p. 201-217, 2010.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp. 2013.

DUFLO, Esther. The economist as plumber. *The American Economic Review*, vol. 107, no. 5, 2017, pp. 1-26. JSTOR, Disponível em: <www.jstor.org/stable/44250353>. Acesso em 14 de dez de 2020.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

EPTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, mai. p. 273-291. 1997.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Globo. 2001.

FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press. 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole. 2007.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum. 2014.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Justiça Distributiva para Formigas e Cigarras*. Novos Estudos. CEBRAP, v. 77, p. 243-253, 2007.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia poder-saber*. trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário. 2006.

FRAGA, Ana. *Os parlamentos nacionais e a legitimidade da Constituição europeia*. Lisboa: Edições Cosmos. 2001.

FRIEDMAN, Milton. FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia*. Tradução Ligia Filgueiras. 1. ed. Rio de Janeiro: Record. 2015. Versão eletrônica em PDF.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2005.

GARCIA-MARQUES, Leonel; FERREIRA, Mário. Daniel Kahneman: a economia mental e o nobel da economia. *Psicologia*, Lisboa, Vol. 17, pp. 475-483, 2003.

GARRY, Patrick M. Judicial review and the “hard look” doctrine. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 13-39, 2017.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2000.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010.

GILBERT, Michael D. The law and economics of entrenchment. *Georgia Law Review*. vol. 54. p. 61-110. 2019.

GOLDMAN, Wendy. *Mulher, estado e revolução: política da família soviética e da vida social entre 1917 e 1936*. trad. Natalia Angyalossi Alfonso. São Paulo: Ed. Boitempo. 2014.

GONÇALVES, Kildare Carvalho. *Direito constitucional*. 14a ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9ª . ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

GROTTI, 2003, apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense. 1983.

HAKIM, Alexandre. *A intervenção estatal sobre o mercado bancário no Brasil por meio dos bancos públicos: a tentativa de redução dos spreads em 2012*. 2016. 95f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

HARADA, Kiyoshi. Autonomia Orçamentária. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/17/autonomia-orcamentaria/>. Acesso em: 23 de set. 2020.

HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. vol I. Trad. Anna Maria Copovilla et. al. São Paulo: Visão. 1985.

HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. Trad. Sylvio Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1996.

HESSICK, F. Andrew; MCLAUGHLIN, Jathan P. Judicial Logrolling. *Florida Law Review*, vol 65, p. 443-492, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Heloísa Graça Burati. São Paulo: Rideel. 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2019.

JOHNSON, Marianne. The Wicksellian Unanimity Rule: The Competing Interpretations of Buchanan and Musgrave. *Journal of the History of Economic Thought*, Cambridge, vol. 28, n. 1, p. 57-79, 2006.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1471-1550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 93, n. 5, p. 1449-1475. 2003.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benetti et al. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

KIS, János. State Neutrality. in: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 318-335. p. 319.

KOOP, Christel; MEADOWCROFT, John. Regulation, rent-seeking, and business ethics. In: HEATH, Eugene; KALDIS, Byron; MARCOUX, Alexei (ed.). *The routledge companion to business ethics*. Abingdon: Routledge Companions, 2018. p. 359-375.

KOTOWITZ Y. Moral Hazard. In: Palgrave Macmillan (eds) *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan. Disponível em <https://doi.org/10.1057/978-1-349-95121-5_1219-2>. Acesso em: 04 de dez. 2020.

KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

KUZNETS, Simon. *Crescimento econômico moderno: descobertas e reflexões*. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, vol. 39, n. 2, p. 225-239. 1985.

- LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 6ª ed. Salvador: Juspodvm. 2017. p. 496
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. Trad. Wilson Martins. São Paulo: Editora Anhembi. 1957.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar. 2018.
- LLOSA, Mario Vargas. *Pantaleão e as visitadoras*. Trad. Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- MANDELBAUM, Michael. *As ideias que conquistaram o mundo: paz, democracia e livre iniciativa*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus. 2003.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning. 2009.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Alvaro Pina. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Boitempo Editorial. 2005.
- MAUERBERG JUNIOR, Arnaldo. STRACHMAN, Eduardo. A regra da maioria como agregação de preferências: questões e respostas. *Nova Economia*, Belo Horizonte, n. 24, p. 297-316. 2014.
- MEADOWCROFT, John. Exchange, unanimity and consent: a defence of the public choice account of power. *Public Choice*, vol. 158, p. 85-100, 2014.
- MEGGIDO, Tamar. Methodological Individualism. *Harvard International Law Journal*, Danvers, USA, v. 60, n. 2, p. 601-648, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. Magistocrata não sai de férias, vende. Folha de São Paulo, São Paulo, 1º set. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/09/magistocrata-nao-sai-de-ferias-vende.shtml>>
- MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo: introdução, tradução e notas de Pedro Galvão*. Porto: Porto Editora. 2005.
- FRIEDMAN, Milton. FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia*. Tradução Ligia Filgueiras. 1. ed. Rio de Janeiro: Record. 2015. Versão eletrônica em PDF.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. t. 05. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 61, p. 55-76, 2018.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação e Política Fiscal. in Eurico Marcos Diniz de Santi; Paulo de Barros Carvalho (orgs.), *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*, São Paulo: Noeses, 2005, pp. 557-579.

MOURAO, Paulo Reis; CUNHA, Eurico José A. Políticas Pork Barrel: Um estudo sobre o caso português do PIDDAC. *Revista Econômica*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 1, p. 73-93, 2011.

MULLER, Dennis C. *Public Choice II: a revised edition of Public choice*. New York: Cambridge University Press. 1997. p. 1-2.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

MURRAY, James R. Murray. Book Review: social justice in the liberal state. *Notre Dame Law Review*, vol. 58, p. 942-957. 1983.

MUSGRAVE, Richard Abel. The three branches revisited. *Atlantic Economic Journal*, v. 17, p. 1–7, 1989.

MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. *Hacienda Pública: teorica y aplicada*. 5a. ed. Trad. Juan Francisco Corona Ramon, Juan carlos Costas Terrones, Amelia Diaz Alvarez. Madrid: McGraw-Hill. 1991.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Erradicação da pobreza: acabar com a pobreza em todas suas formas, em todos os lugares. Brasil. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Documento-Tem%C3%A1tico-ODS-1-Eradica%C3%A7%C3%A3o-da-Pobreza_11junho2017.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2019.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1991.

OLIVEIRA, Cícero. Justiça e equidade em John Rawls. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, v. 27, p. 114-128, 2015.

OLIVEIRA, de Roberson; GENNARI, Adilson Marques. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *As desigualdades sociais, a mulher e a liberdade no Direito*. Barueri: Estante de Direito. 2020.

_____. *Curso de Direito Financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019.

_____. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

OLIVEIRA, Werder. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

OTTESON, James. *Os fundamentos do capitalismo: o essencial de Adam Smith*. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Faro Editorial. 2019.

PALUMBO, Antonino. The Evolution of Constitutional Order: spontaneous order and analytical theories of the State in a critical perspective. 267 f. PhD Thesis. University of East Anglia. Norwich. 2000.

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural. 1996.

PARISI, Francesco. Votes and Outcomes: Rethinking the Politics-Like-Markets Metaphor. *European Journal of Law and Economics*, n. 13, p. 183–192, 2002. p. 189.

PEACOCK, Alan; SCOTT, Alex. The curious attraction of Wagner's law. *Public Choice*, vol. 102, p. 1–17, 2000.

PENNINGTON, Mark. Constitutional Political Economy and Austrian Economics. In: COYNE, Christopher; BOETTKE, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Austrian Economics*. Oxford: Oxford University Press. 2015. p. 464-490.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora intrínseca. Versão eletrônica em PDF. 2014.

PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica: abordagem histórica. *Revista de História*, São Paulo, vol. 54, n. 107, p. 173-188. 1976.

PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

PINTO, Elida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Forum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, n. 5, p 71-100. 2014.

PREOBRAJENSKY, Eugen. *A nova econômica*. Trad. Leôncio Martins Rodrigues. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

ROCHA, Justiniano José da. *Fábulas imitadas de Esopo e La Fontaine*. Edição eletrônica Editora Ridendo Castigat Mores. 2000.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito - e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo, et al. (org). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243-280.

_____. Public Choice, Public Law and Public Policy. Keynote Address. First World Meeting of the Public Choice Society, Amsterdam, March, 2007.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. in: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e limites da tributação 2: Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Lantin. 2009. p. 331-371.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. *Do contrato social: discurso sobre a economia política*. 7a ed. São Paulo: Hemus. 1995. p. 31.

SAMUELS, Warren Joseph. Buchanan and Musgrave on public finance and public choice: a review essay. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 22, n. 4, 499-507, 2000.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 19ª ed. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, república e direito fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum. 2018. p. 80.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

_____. On James Buchanan. *Journal of Economic Behavior & Organization* 80. p. 367–369. 2011.

SHIKIDA, Cláudio; ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado Brasileiro? in: MENDES, Marcos. *Gasto público eficiente: propostas para o desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks. 2006. p. 71-95.

SOUZA NETO, Cláudio P.; MENDONÇA, José Vicente S. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In SOUZA

NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741.

SOUZA, Marcia Teixeira. James Buchanan e a construção do consenso social. *Perspectivas* (São Paulo), São Paulo, v. 19, p. 11-32, 1996.

SOUZA, Pedro Herculano G. F. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. 378 f. Tese (Doutorado em sociologia) Universidade de Brasília. Brasília. 2016.

STIGLITZ, Joseph. ROSENGARD, Jay. *Economics of the Public Sector*. 4a.ed. New York: W. W. Norton & Company. 2015.

STRATMANN, Thomas. The Effects of Logrolling on Congressional Voting. *The American Economic Review*, Vol. 82, No. 5, pp. 1162-1176, 1992.

STRAUSSMAN, Jeffrey D. Rights-based budgeting. In: RUBIN, Irene S. (org.) *New Directions in budget theory*. Albany (USA): State University of New York Press. 1988.

SUNSTEIN, Cass R. A in defense of the hard look: judicial activism and administrative law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, n. 1, p. 51-59. 1984.

_____. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo, et al. (org.) *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 131-242.

_____. Behavioral Analysis of Law. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 64, p. 1175-1195. 1997.

TAQUES, Fernando Henrique; MAZZUTTI, Caio Cícero. Qual a relação entre desigualdade de renda e nível de renda per capita? Testando a hipótese de Kuznets para as unidades federativas brasileiras. *Planejamento e Políticas Públicas* (IPEA), Brasília, n. 35, p. 161-186, 2010.

THRASHER, John; GAUS, Gerald. James Buchanan and Gordon Tullock, The Calculus of Consent. *The Oxford Handbook of Classics in Contemporary Political Theory*, Edited by Jacob T. Levy. Oxford: Oxford Univeristy Press. 2017.

TOMELIN, Georghio. *O estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais a teoria contra o destino*. Trad. Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo. 2001.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. Quem decide o gasto público: controle constitucional de leis orçamentárias pelo Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 111, p. 109-130, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. v. 2. p. 185-202. 2008.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 48. p. 1191-1206, 2014.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría. Madri: Fondo de cultura económica. 2002.

WEBER, Thadeu. O neocontratualismo de Rawls. *Filosofia Unisinos*, v. 16, p. 71-82, 2015.

WENDERS, John. On perfect rent dissipation. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 77, n. 3, p. 456-459, 1987.

WILSON, Robert. An Axiomatic Model of Logrolling. *The American Economic Review*, Vol. 59, No. 3, pp. 331-341, 1969.

WINSTON, Clifford. *Government Failure versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*. Harrisonburg: R. R. Donnelley. 2006.