

## A DIGNIDADE DA PESSOA E OS LIMITES A ELA IMPOSTOS PELA RESERVA DO POSSÍVEL

**Rui Magalhães Piscitelli**

*Procurador Federal,*

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade*

*Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS*

*Especialista em Processo Civil pela UFRGS,*

*Mestrando em Direitos Fundamentais pela ULBRA-RS*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o conceito da dignidade humana, doutrinária e jurisprudencialmente, e situá-lo no ambiente econômico, no qual se sobressai a teoria da reserva do possível. Como alternativa, o Autor associa as políticas públicas a serviço da dignidade humana, utilizando-se, para isso, o instrumento do orçamento.

### 1- AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

De pronto, a título de definição, devemos ter que direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos muito próximos. Resumidamente:

*“o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, ... independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional... de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.”<sup>1</sup>*

Os direitos humanos, originariamente, tiveram como função fazer com que o Estado não interferisse, ou o fizesse no menor grau possível, na autonomia privada dos cidadãos, ou seja, os direitos dos indivíduos perante o Estado se caracterizavam como de defesa<sup>2</sup>.

O cenário de então, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789,— marcos do início da era contemporânea - , estava ainda muito ressentido pelo Estado absolutista até então vigente.

Sobre o termo gerações de direitos, o Autor prefere descartar o seu uso, em prol do termo dimensão, pois, este sim, denota a complementariedade entre os direitos sucessivamente, e não, substitutividade, como faz expressar aquele primeiro vocábulo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 35

<sup>2</sup> Cf. Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p 54.

<sup>3</sup> Cf. Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p 53

Nesse estágio, que a doutrina convencionou chamar de 1ª dimensão, as garantias aspiradas diziam respeito à liberdade individual, de empresa e de pensamento. A igualdade formal bastava num momento em que os agentes econômicos participavam de um sistema de livre concorrência. Assim o vemos em Alexy: “Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado”.<sup>4</sup>

Contudo, a sociedade se transformava rapidamente, e ao Estado não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, como efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza. Diante desse quadro, o liberalismo na Economia, representado sobremaneira pelas idéias de Adam Smith, não conseguia mais sustentar que “a concorrência maximiza o desenvolvimento econômico e que os benefícios do desenvolvimento seriam partilhados por toda a sociedade”.<sup>5</sup>

No final do século XIX, surgem movimentos sociais e, com eles, novas concepções filosóficas e econômicas. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção.

Nas palavras da Professora Titular do Departamento de Economia da USP<sup>6</sup>:

*“O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederá lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonará sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico...”*

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das Constituições do México, 1.917, e Weimar, 1.919, demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui, já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Sobre o assunto: “...estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material”<sup>7</sup>.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o Welfare state, Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina Alexy:

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p 419

<sup>5</sup> PINHO, Diva Benevides et al. Manual de Economia. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1.998, p 37

<sup>6</sup> Cf Pinho, Manual de Economia, p 41

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 1997, p 518

*“Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla – como suele suceder – de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas”<sup>8</sup>*

Ainda, aponta-nos Sarlet, uma terceira dimensão dos direitos humanos. Nesta, a titularidade sai do indivíduo passando para a coletividade, o povo, a nação. Ressaltam a importância os direitos à paz e ao meio-ambiente sadio. Como matiz de sua caracterização, exigem uma postura eminentemente negativa. Digno de nota, Sarlet os enquadra como atualização dos direitos da 1ª geração, adaptados às novas exigências da nova sociedade contemporânea.

Por fim, ainda Sarlet nos noticia a categoria da 4ª geração dos direitos fundamentais, mas alerta: “...no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.”<sup>9</sup> Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada.<sup>10</sup>

## **2- A DIGNIDADE HUMANA E A COLISÃO ENTRE AS NORMAS**

Questão a que nos ateremos incontinenti é a caracterização da dignidade humana.

No plano internacional, assim a temos prevista no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948: **‘CONSIDERANDO** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Na Carta Política brasileira de 1988, seu preâmbulo não só se assemelha em muito do inserido naquela Declaração, como avança, fazendo constar os direitos sociais em seu corpo.

E, sob o prisma topográfico, a dignidade humana, em nossa vigente Constituição está assim inserida:

### **“TÍTULO I**

#### **Dos Princípios Fundamentais**

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

#### **III - a dignidade da pessoa humana**

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*(...)*

---

<sup>8</sup> Cf. Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p 422.

<sup>9</sup> Cf. Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p 59.

<sup>10</sup> Cf. Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p 526.

Art. 4º **A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:**

**II - prevalência dos direitos humanos;**

(...)

## **TÍTULO II**

### **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**

#### **CAPÍTULO I**

**DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

#### **CAPÍTULO II**

**DOS DIREITOS SOCIAIS**

#### **CAPÍTULO III**

**DA NACIONALIDADE**

#### **CAPÍTULO IV**

**DOS DIREITOS POLÍTICOS**

#### **CAPÍTULO V**

**DOS PARTIDOS POLÍTICOS”**

(grifo aposto)

Fazendo-nos uso de uma interpretação sistemática do Texto Maior de 88, percebemos que a dignidade humana está prevista no título I, que trata dos **princípios fundamentais**, quer como **fundamento** do Estado brasileiro, quer como **princípio nas suas relações internacionais**. E, somente abaixo, no título II, temos os 5 capítulos acerca dos **direitos e garantias fundamentais**. Verdade é que nem só no art. 5º constam direitos fundamentais, senão espalhados em seu corpo, nos tratados internacionais e, até, implicitamente em seu conjunto.

Disso, podemos concluir que a dignidade humana é um vetor de interpretação, um princípio fundante que se faz necessária para a posterior hermenêutica constitucional, inclusive dos direitos fundamentais. Ou seja, constitucionalmente, a dignidade humana não é um direito fundamental estrito senso, e sim, um princípio fundamental.

E, aliás, assim o é no direito comparado alemão, como nos noticia Alexandre Cunha<sup>11</sup>: “A jurisprudência constitucional alemã vem interpretando a dignidade humana como sendo, além de direito fundamental, programa constitucional e princípio de base do Estado de Direito”.

Da doutrina nacional abalizada<sup>12</sup>, tiramos que a origem da dignidade humana remonta o Evangelho cristão:

*“A idéia do homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus, presente no Gênesis, a doutrina cristã do amor incondicional ao próximo, difundida no Novo Testamento, e o reconhecimento da igualdade entre os povos perante Deus, destaca*

---

<sup>11</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: Martins-Costa, Judith. A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.002, p 248.

<sup>12</sup> PECES-BARBA Martinez, Gregório. Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General, pg. 79-81

*na Epístola de São Paulo aos Gálatas, são ricos exemplos da influência do pensamento cristão sobre a idéia da dignidade da pessoa humana.”*

Contudo, somente após os horrores da 2ª Guerra Mundial, o Mundo, numa tentativa de reconstrução, oficializou a dignidade humana, com assento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1.948, da ONU, e isso já na 1ª frase de seu preâmbulo: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Logo após<sup>13</sup>, aos poucos, nos ordenamentos constitucionais, foi sendo introduzido o princípio, a saber, a Constituições alemã de 1949 e italiana de 1947. Também Portugal, na sua Constituição de 1976, e Espanha, na sua Carta Maior de 1978 fizeram o mesmo, logo após livrarem-se dos regimes autoritários de Salazar e Franco, aos quais estavam submetidos. Já, na França, o reconhecimento da dignidade humana com peso constitucional veio de decisão do seu Conselho Constitucional, em 1.994, visto que o texto constitucional não o agasalhe expressamente<sup>14</sup>.

E, na jurisprudência pátria, a dignidade humana assim também é tratada, senão como um fundamento, um princípio que se sobressai, inaugurando a Carta:

*“ Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos **princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República**, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.”<sup>15</sup>*  
(grifo nosso)

Ainda, problema clássico na interpretação constitucional é o da colisão entre os direitos fundamentais lá previstos. Nisto consiste a problemática<sup>16</sup>:

*“Em outras palavras, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões in concreto.”*

Também Alexy, ao catalogar os princípios e as regras como espécies do gênero normas, muito bem expõe a questão.

Na visão do Autor, no caso de um conflito, as regras necessariamente são excludentes, são do tipo tudo ou nada, melhor dizendo, na análise de determinado problema, uma regra é inválida juridicamente para resolvê-lo, cedendo à outra; já, os princípios, possuem graus de eficácia para cada questão, isto é, não se resolvem pelo plano da invalidade senão pelo

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: ed. Lúmen júris, 2.004, pg. 113  
<sup>14</sup> 94-343-344 DC

<sup>15</sup> Ementa do Resp nr. 647.853, publicado no DJU de 06/06/2.005, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

<sup>16</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.001, p. 63..

plano eficaz, baseados na dialética jurídica, que, dependendo do momento e do intérprete a que é submetida a querela, maior carga é dada a um em detrimento de outro. Quando entram em colisão princípios, Alexy nos ensina a chegar à solução<sup>17</sup>:

*“Pone claramente de manifesto que el peso de los principios no es determinable em si mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos... Com la ayuda de curvas de indiferencia, tales como las que se usan en las ciencias económicas, pueden ilustrarse las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación... Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”*

Assim sendo, a dignidade humana deve ser utilizada como vetor de interpretação à aplicação dos direitos fundamentais, pois prepassa a todos, cabendo ao intérprete a aplicação da proporcionalidade entre os direitos fundamentais em colisão:” O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas.”<sup>18</sup>

### 3 – DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Na medida em que no estado social, ao Estado é dada a responsabilidade da pacificação social, o instrumento de que este se utiliza para governar é o orçamento.

E na Constituição da República tem assento o orçamento no art. 165:

*“Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

*I - o plano plurianual;*

*II - as diretrizes orçamentárias;*

*III - os orçamentos anuais.*

*§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.*

*§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.*

*§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.*

---

<sup>17</sup> Cf. Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p 161

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: ed. Lumen júris, 2.004, pg. 113

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.”

Na doutrina, o orçamento, peça esta não só de natureza contábil, mas de estatura legal e de assento constitucional, assim nos é apresentado<sup>19</sup>:

“A ação planejada do Estado, quer na manutenção de suas atividades, quer na execução de seus projetos, materializa-se através do orçamento público, que é o instrumento de que dispõe o Poder Público (em qualquer de suas esferas) para expressar, em determinado período, seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como a natureza e o montante dos dispêndios a serem efetuados.”

Na lei com status complementar que trata sobre a matéria, assim temos sua definição: “A Lei do Orçamento contera a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”<sup>20</sup>

Forte no acima, é no orçamento-programa que o Governo<sup>21</sup> traça sua política para os diversos setores sociais, fixando a despesa, e, para custeá-la, prevendo fontes de

---

<sup>19</sup> PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2.004, p 42.

<sup>20</sup> Cf. art. 2º da lei nr. 4.320/64.

<sup>21</sup> Cf o inc XXIII do art. 84 da CF/88 : “Compete privativamente ao Presidente da República: enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição.”

arrecadação. Tem-se, pois, que precipuamente a função de traçar as políticas públicas é do Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo.

Diz-se precipuamente pois é de sua iniciativa a elaboração orçamentária, para posterior aprovação pelo Congresso Nacional. Contudo, não exclusivamente, visto que o processo orçamentário é complexo. Assim o temos<sup>22</sup>:

*“Os órgãos do Poder Executivo e demais Poderes enviam suas propostas para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/Secretaria de Orçamento Federal, órgão central do sistema orçamentário, que analisa e consolida as propostas orçamentárias. É nesse momento que o órgão central realiza os ajustes, que são negociados com os órgãos setoriais do Poder Executivo, decorrentes de revisão das estimativas de receitas e fixação das despesas...O processo legislativo tem início com a apreciação dos projetos de lei relativos ao orçamento anual pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do Regimento Comum.”*

Assim sendo, “ Como no Executivo, no Legislativo há uma intensa disputa pela alocação de recursos orçamentários”.<sup>23</sup>

Dentre os princípios orçamentários, sobressai-se o da não-vinculação da receita proveniente dos impostos. Isso significa que o orçamento não deve destinar percentual fixo a determinada despesa, pois tal fato poderia provocar o engessamento do Poder Executivo na sua função administrativa. Exceções à regra são dadas pelo Texto Maior, no tocante à gastos em educação e saúde<sup>24</sup>.

Contudo, não nos pode escapar à análise o princípio da universalidade. Dele, com assento legal, tiramos que **todas** as despesas e receitas devem estar previstas na peça orçamentária<sup>25</sup>:

*“Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá tôdas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.*

*Art. 4º A Lei de Orçamento compreenderá tôdas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio dêles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º”*

Outro valor constitucional assegurado é a competência legislativa para a transferência de recursos entre gastos públicos, senão pela vedação à “ transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”<sup>26</sup>.

Quanto aos recursos necessários para cobrir as despesas decorrentes de decisões judiciais, é expressa a Constituição atual:

---

<sup>22</sup> Cf Piscitelli, Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública, p 72.

<sup>23</sup> REZENDE, Fernando, Finanças Públicas, 2ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2.001, p 102.

<sup>24</sup> Cf. inc. IV do art. 167 da CF/88.

<sup>25</sup> Cf arts. 3º e 4º da lei nr. 4320/64, que, apesar de ordinária na origem, foi recepcionada materialmente como complementar, tendo em vista o art. 163 da CF/88

<sup>26</sup> Cf. inciso VI do art. 167 da Constituição Federal vigente.

*“Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

*§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

*§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

*§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)”*

Ressalte-se que, durante o ano em curso, pode haver o que a legislação denomina de créditos adicionais, com a finalidade de cobrir despesas ou não previstas ou insuficientemente previstas. Seu procedimento está previsto também na lei geral sobre finanças públicas<sup>27</sup>:

*Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.*

*Art. 41. Os créditos adicionais classificam -se em:*

*I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária;*

*II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica;*

*III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.*

*Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo.*

*Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa. (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)”*

Uma vez aprovada a lei orçamentária pelo Congresso Nacional, inicia-se, então, sua execução. Isto quer dizer que a realização das despesas e a concretização das receitas vai ocorrendo durante o ano em curso. Tecnicamente chamada de programação financeira, tal processo, sistematizado pelo Poder Executivo, é o que efetivamente faz com que o orçamento se concretize. Ao que interessa especificamente para o nosso tema, veja-se a possibilidade legal de os demais Poderes também influírem<sup>28</sup>: “Compete às unidades responsáveis pelas atividades do Sistema de Administração Financeira Federal: promover a integração com os demais Poderes e esferas de governo em assuntos de administração e programação financeira”.

Dogmaticamente sobre o tema, não poderíamos nos furtar de mencionar o sistema integrado de dados orçamentários, o SIDOR e o sistema integrado de administração financeira do governo federal – o SIAFI. Através deles, é possível o acompanhamento, respectivamente, dos créditos orçamentários e despesas, e da execução financeira da União<sup>29</sup>.

O que tiramos como lição dos especialistas acima é que à discussão orçamentária, como plano da sociedade de receitas e despesas, a população, a maior interessada, tem sido alijada. E isso não por falta de previsão legal, senão vejamos<sup>30</sup>:

*“São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.*

***Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.***  
(grifo nosso)

Às entidades de classe, aos partidos políticos, do Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil, entendemos, devemos cobrar uma postura mais ativa na lei orçamentária, pois a população civil deve poder usufruir de seu direito de influir nos gastos e formas de financiamento de seu Governo, quer municipal, quer estadual, quer federal.

E aqui destacamos a atuação que as organizações não-estatais deveriam ter<sup>31</sup>:

---

<sup>28</sup> Cf inciso IX do art. 12 da lei nr. 10.180/01

<sup>29</sup> Maiores informações,  
[www.planejamento.gov.br/orcamento/conteudo/legislacao/portarias/portaria\\_04\\_08\\_03\\_01.htm](http://www.planejamento.gov.br/orcamento/conteudo/legislacao/portarias/portaria_04_08_03_01.htm) e  
[www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp)

<sup>30</sup> Cf art. 48 e seu parágrafo único da lei complementar nr. 101/00, a conhecida “lei de responsabilidade fiscal”

*“Nessa lógica, tampouco pode-se eleger uma forma de organização: se nos anos 50 a 70, o protagonismo foi do movimento sindical, na contemporaneidade devem somar esforços os movimentos e organizações trabalhistas, as organizações não-governamentais, os movimentos ecológicos, pacifistas, de gênero, etnia, etc. É na articulação em rede global, e na construção de agendas também globais de lutas, que se cria o ambiente propício para a politização da concepção e da presença da exclusão social, dando centralidade ao debate sobre o risco social e humano e a implicação do Estado, dos organismos internacionais e da sociedade geral tanto para seu estabelecimento quanto para sua resolução.”*

Veja-se, por oportuno, que, legislativamente, a transparência está prevista, inclusive com a participação popular na elaboração orçamentária<sup>32</sup>:

*“São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.*

Parágrafo único. **A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular** e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos” (grifo aposto)

#### 4- DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Isso posto, os orçamentos, quer o da União, quer o do Estado, quer o dos Municípios, são uma peça sobretudo da cidadania, vinculativa a todos os agentes e Autoridades, pois uma lei com previsão constitucional. Verdade é que em nosso País sua relevância não é bem dimensionada, a ponto de o orçamento da União de 2.006 ter sido aprovado pelo Congresso Nacional somente no dia 18 de abril do ano em curso. <sup>33</sup> Sobre sua importância, destacamos<sup>34</sup>:

*“Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país. Por tais razões é que a função orçamentária e financeira da Administração Pública é tão importante. Em países em que já se adquiriu a consciência política de sua relevância em todas as atividades governamentais, os cidadãos e as instituições participam mais ativamente do processo de alocação e utilização dos recursos públicos... E a lei orçamentária anual,*

<sup>31</sup> SILVEIRA, Sandra da Silva. Políticas sociais globalizadas e direitos humanos: uma equação possível. Opinio – Revista de Ciências Empresariais, Políticas e Sociais da ULBRA. Nr. 14, p 25-29, jan-jun/2005.

<sup>32</sup> Cf. art. 48 da Lei Complementar nr. 101/00, a “lei de responsabilidade fiscal”

<sup>33</sup> Cf notícia veiculada no Jornal do Senado de 24/04/2.006, disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

<sup>34</sup> Cf. Piscitelli, , Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública, p 18-20.

*com base nas estimativas e autorização para a obtenção de receitas, fixa, até o encerramento da sessão legislativa, os gastos para o exercício seguinte. Este é o calendário previsto, tudo dentro de uma perspectiva de planejamento a médio prazo, com planos plurianual nacionais, regionais e setoriais...O planejamento é uma forma de a sociedade, por meio de seus representantes e instituições, aferir suas potencialidades e limitações, coordenando seus recursos e esforços para realizar, por intermédio das estruturas do Estado as ações necessárias ao atingimento dos objetivos nacionais... Em síntese, é irrecusável a tarefa de identificar e avaliar a direção e o papel do Estado, a gestão dos recursos e a destinação final do gasto público...”*

Também da doutrina constitucional, colhe-se que as opções políticas do no quê e quanto gastar são do legislador<sup>35</sup>:

*“Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.”*

E, aqui, podemos jungir à idéia de orçamento o conceito de política pública.<sup>36</sup> :  
” Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

E a mesma Autora professa que a política pública é tarefa do legislador, executável pela Administração Pública<sup>37</sup>:

*“Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.”*

## **5- O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE À DIGNIDADE HUMANA E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Os Magistrados de carreira, como Membros de Poder, quando de sua posse, prestam juramento de cumprir e fazer observar os ditames da Constituição e das leis vigentes no País.

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: ed. Coimbra, 1982, p 369

<sup>36</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: ed. Saraiva, 2002, p 241

<sup>37</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: ed. Saraiva, 2002, p 269

Sabemos que nosso sistema de controle de constitucionalidade judiciário é do tipo misto<sup>38</sup>, qual seja, qualquer Magistrado pode decretar, incidentalmente a inconstitucionalidade num determinado feito à sua apreciação, aplicando-se aos Tribunais a regra prevista no art. 97 da Carta Maior. E, ainda, o Supremo Tribunal Federal é competente para fazer o controle abstrato, via ação direta de constitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental<sup>39</sup>.

E, "há aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"<sup>40</sup>, somente se furtando de aplicá-la quando inconstitucional<sup>41</sup> ou "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"<sup>42</sup>.

E, conforme o exposto, em matéria de recursos públicos, há suficiente previsão constitucional e legal, quer em nível complementar, quer ordinário, a respeito.

No entanto, tem-se observado cada vez mais decisões judiciais imputando ao Estado, indistintamente nos 3 níveis federativos, o cumprimento imediato de desembolsos vultosos, e, até, do bloqueio de verba pública, sob a fundamentação, no mais das vezes, do respeito à dignidade humana, com uma minoria de julgados entendendo pela reserva orçamentária.

A propósito, trazemos:

**'EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. TROMBOGLOBULÍNIA E INSUFICIÊNCIA VALVULAR NO SISTEMA NERVOSO. DEVER DO ESTADO. O Código de Processo Civil dá respaldo legal à determinação alternativa para bloqueio do valor equivalente ao custo do tratamento. Aplicação da técnica de efetivação da tutela específica prevista no §5º do art. 461 do CPC. Precedentes. As normas constitucionais referentes ao direito fundamental à saúde não se limitam a meros programas de atuação. Aos Entes da Federação cabe solidariamente o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Descabe ao Estado alegar falta de previsão orçamentária, dado que a própria Carta Constitucional lhe determina reserva de verba pública para atendimento às demandas referentes à saúde pública. Não infringência ao princípio da independência entre os Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar uma lesão a direito ; artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal"<sup>43</sup>.

**"EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. TUTELA ANTECIPADA. BLOQUEIO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. -A garantia de saúde pública é dever do Estado, nas três esferas, especialmente por ligar-se ao maior de todos os direitos, que é o direito à vida, e também ao princípio da dignidade humana, vetor do Estado brasileiro (artigo 1º, da Constituição Federal). Exegese do artigo 196,

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2.004, p 607

<sup>39</sup> Cf leis nrs. 9868/99 e 9882/99.

<sup>40</sup> Cf. art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC.

<sup>41</sup> Cf. Art. 97 da CF/88

<sup>42</sup> Cf art. 4º da LICC

<sup>43</sup> Processo nr. 70012097184, julgado em 10/11/2.005, Tribunal de Justiça do RS

da Constituição Federal de 1988 e da Lei Estadual nº 9.908/93. -Compete ao cidadão optar dentre os entes públicos qual o que pretende venha prestar-lhe assistência à saúde, mostrando-se defeso a qualquer dos entes furtar-se à obrigação. - Particularidade em que a necessidade urgente do medicamento e a conveniência de manutenção do tratamento já iniciado, à pessoa de idade avançada, portadora de câncer se sobrepõe à recomendação de busca de assistência junto aos Centros de Alta Complexidade em Oncologia e CACONs, serviços vinculados ao Sistema Único de Saúde. -O bloqueio de valores ou o seqüestro de quantias públicas efetivado por meio de determinação judicial evidencia a interferência de um Poder no âmbito de competência do outro, em clara afronta ao princípio da separação de poderes. Verba de natureza pública, indisponível, vinculada ao princípio estreito da legalidade e devendo obediência à dotação orçamentária. -Recurso provido”.<sup>44</sup>

“O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de seu presidente Min. Celso de Mello negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.”<sup>45</sup>

Em sentido oposto <sup>46</sup>:

“...não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência ...”

---

<sup>44</sup> Processo nr. 70009174731, julgado em 19/10/2.004, Tribunal de Justiça do RS

<sup>45</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2.001, p26 *apud* BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em

[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigo\\_lin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigo_lin.htm). Acesso em 22/05/2.006.

<sup>46</sup> Processo r. 42.530.5/4, julgado em 11/11/1997, Tribunal de Justiça de São Paulo.

Aqui, introduzimos o tema da reserva do possível. A idéia subjacente é a de que os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade. Esse foi o entendimento da Corte Constitucional Federal da Alemanha, conforme BverfGE (coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal), nr. 33, S. 333<sup>47</sup> :

*“Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberecht) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos”*

Aqui, devemos nos deter com um pouco mais de vagar acerca da idéia da razoabilidade, baliza final, no caso, ao intrincado problema de saber o Magistrado até onde a dignidade humana é um mínimo existencial, caracterizando-se, pois, em direito subjetivo seu, e onde começa a reserva do possível, seara na qual, via orçamentária, é decidida a alocação dos recursos públicos ante às ilimitadas necessidades outras da coletividade.

Inicialmente, devemos nos ater ao conceito de que a razoabilidade está circunscrita à idéia de equilíbrio de uma decisão; já, a proporcionalidade lato senso analisa a adequação da via eleita que vai restringir um direito em prol de outro, a necessidade no sentido de se escolher a alternativa menos gravosa ao valor sacrificado e a proporcionalidade estrito senso, esta consistente na comparação entre 2 bens em disputa.

Na doutrina, pensamos estar bem sintetizada a questão do equilíbrio, do razoável, remontando-se à Antiga Grécia, na obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, na qual o fundador da *Ética* enquanto ciência nos ensina estar no intermediário a solução.

*“E porque, por definição, um enunciado normativo não pode, por si mesmo, oferecer uma resposta unívoca às demandas objeto de controvérsia (já que a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos que os que ao legislador foi possível prever), aqui entra em cena, com toda evidência, o caráter razoável – no sentido dado por Aristóteles no Livro III da *Ética a Nicômaco* – do direito: razoável há de ser a conexão entre a norma e as exigências contingentes do caso; razoável, a valoração e a eleição entre as diferentes alternativas que tem que realizar o intérprete no jogo combinado de passos lógicos e de avaliações em que consiste seu procedimento. Razoável, por último – inclusive no sentido de uma argumentação que contenha “boas razões” para que a decisão seja admitida –, tem que ser a justificação judicial das eleições em que se fundamenta a **decisão, a qual, nesta condição, não somente deve viabilizar um efetivo equilíbrio entre exigências contrapostas como, e muito particularmente,***

---

<sup>47</sup> KRELL, Andréas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2.002, p 52 *apud* BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm). Acesso em 22/05/2.006

**lograr uma maior aceitabilidade e consenso por parte da comunidade na qual se insere.**<sup>48</sup>  
(grifo aposto)

Sarlet posiciona-se claramente o sentido de que no tocante ao mínimo existencial, tem, sim, o indivíduo um direito subjetivo frente ao Estado, sendo perfeitamente possível, neste caso, a propositura de ação judicial e a entrega do bem da vida pelo Magistrado.

No entanto, quanto às demais necessidades humanas, a via legítima é a alocação via recursos orçamentários, como muito bem assinala também Sarlet<sup>49</sup>:

**“Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez.”**  
(grifo aposto)

É, pois, dever do Magistrado atentar às limitações não só jurídicas, como também as fáticas, à realização dos direitos de proteção do indivíduo frente ao Estado, e ponderar a dignidade humana dentro da garantia ao mínimo existencial e as políticas públicas traçadas pela coletividade: “Por outra, los deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios”.<sup>50</sup>

Sobre as limitações financeiras, veja-se:

*“a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização econômica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores econômicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.”*<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> FERNANDEZ, Atahualpa. Prudência e interpretação jurídica. Sítio eletrônico da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, [www.anpt.org.br](http://www.anpt.org.br). Disponível em

[http://www.anpt.org.br/biblio/ler\\_artigos.cfm?cod\\_conteudo=7024&descricao=artigos](http://www.anpt.org.br/biblio/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=7024&descricao=artigos). Acesso em 22/04/2006.

<sup>49</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights. Why liberty depends on taxes. New York- London: W.W. Norton & Company: 1999 *apud* Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p 349

<sup>50</sup> Cf. Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p 448

<sup>51</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4, p 348

Nesse diapasão, a aplicação da reserva do possível ficaria legitimada para os casos em que o Estado está progressivamente implantando um direito:

*“A teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível”<sup>52</sup>.*

Este, aliás, o entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello, firmando posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a participação do Judiciário, sim, na formulação de políticas públicas, mas de forma acessória na concreção do mínimo existencial; aos demais casos, a atribuição cabendo aos Poderes Executivo e Legislativo, mas levando-se em consideração a reserva do possível.

*“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, 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. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o*

---

<sup>52</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse público. Vol. 7, nr. 32, p 225, julho-agosto/2.005

ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. **É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em**

***ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.***<sup>53</sup>  
(grifo nosso)

## 6- CONCLUSÕES:

Longe estamos, na verdade, de colocar uma pá de cal na discussão sobre o dilema da asseguaração de prestações de bens ao indivíduo, tendo-se em conta a dignidade humana, a escassez de recursos, as necessidades ilimitadas da sociedade e a legitimidade sobre destinação dos gastos públicos.

Contudo, foi nosso intento trazer à discussão uma proposta na qual o Estado, sim, é o principal receptáculo dos direitos dos cidadãos; contudo, não o único, aos particulares também é exigido o cumprimento dos direitos fundamentais:

*“Assim, o princípio da supremacia constitucional – também denominado princípio da constitucionalidade – se projeta não somente sobre as relações intra-estatais e as relações verticais indivíduo-Estado, mas também sobre relevantes âmbitos materiais da vida social, nos quais os particulares mantêm relações intersubjetivas de interação (coordenação, cooperação e conflito); a dignidade da pessoa é princípio jurídico-constitucional e valor ético fundante e fundamental da República Federativa do Brasil..”*<sup>54</sup>.

No sentido positivo, podemos citar a contribuição cada vez mais exigida da coletividade, por intermédio de associações civis e organizações não-governamentais.

Mas, quando falamos em Estado, tomamos-lhe como único, sendo o Executivo, Legislativo e Judiciário funções suas especializadas.

E, nesse contexto, trazemos que o orçamento é o palco no qual devem estar explicitadas as políticas públicas de um Estado em um determinado momento. E, nele, o Estado, conjuntamente as funções Executiva e Legislativa devem se fazer presente, via processo orçamentário, desde a elaboração do plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias, e culminando na lei orçamentária anual, mas, não só, o Judiciário deve, sim, exercer seu papel constitucional de julgamento das políticas públicas no sentido de implementação gradual dos direitos fundamentais à prestação e de garantia da dignidade humana, alcançando o bem da vida àqueles que lhe socorrerem.

Mas, para isso, no dia-a-dia dos foros, deveriam os Magistrados atentar para a execução orçamentária e a reserva do possível, ponderando a garantia ao mínimo existencial, desde que com previsão orçamentária, com as necessidades ilimitadas de toda a coletividade, conforme opções feitas previamente naquela peça, que deveria ser a mais importante garantia cidadã de concreção de direitos. Lícito ao Magistrado, em acaso não

---

<sup>53</sup> ADPF nr. 45, decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello em 29/04/2.004, Supremo Tribunal Federal

<sup>54</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2.004, P23.

havendo dotação e execução orçamentária, aí sim, a provisão por ato jurisdicional da efetivação do direito fundamental ora buscado. A não ser assim, pensamos que o Judiciário não só estaria assumindo a tarefa do legislador e do administrador (o que não deve ocorrer), mas perdendo sua imparcialidade para julgamento de eventual política pública.

Contudo, não só o Estado, a coletividade organizada, via audiências públicas, deve participar das discussões orçamentárias, como já previsto na legislação, ainda que haja que se pressionar os Executivos e Parlamentos para sua concreção. E não só da elaboração do orçamento, mas de sua execução. Sugerimos, inclusive, que escolas, associações, partidos políticos, e o próprio governo, inclusive eletronicamente, popularizem o acesso ao orçamento e à sua execução.

Assim, esperamos, senão pacificar, harmonizar as interrelações entre dignidade humana, garantias fundamentais, reserva do possível e cidadania.

É a nossa contribuição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2.001, p26 apud BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 1997;

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: ed. Saraiva, 2002

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: ed. Coimbra, 1982;

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: Martins-Costa, Judith. A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.002;

FERNANDEZ, Atahualpa. Prudência e interpretação jurídica. Sítio eletrônico da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, [www.anpt.org.br](http://www.anpt.org.br). Disponível em [http://www.anpt.org.br/biblio/ler\\_artigos.cfm?cod\\_conteudo=7024&descricao=artigos](http://www.anpt.org.br/biblio/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=7024&descricao=artigos). Acesso em 22/04/2.006;

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights. Why liberty depends on taxes. New York- London: W.W. Norton & Company: 1999 apud . Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais;

KRELL, Andréas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2.002, p 52 apud BIGOLIN Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2.004;

PINHO, Diva Benevides et al. Manual de Economia. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1.998;

PECES-BARBA Martinez, Gregório. Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995;

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2.004;

REZENDE, Fernando, Finanças Públicas, 2ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2.001;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: ed. Lúmen júris, 2.004;

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse público. Vol. 7, nr. 32, p 225, julho-agosto/2.005;

SILVEIRA, Sandra da Silva. Políticas sociais globalizadas e direitos humanos: uma equação possível. Opinio – Revista de Ciências Empresariais, políticas e Sociais da ULBRA. Nr. 14, p 25-29, jan-jun/2005;

STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2.004;

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.001