

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL II**

**JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS**

**NARA SUZANA STAINR**

**ZULMAR ANTONIO FACHIN**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Nara Suzana Stainr; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-764-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO CONSTITUCIONAL II**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

O CONPEDI, importante sociedade científica da área do Direito, tem sido, ao longo do tempo, um espaço privilegiado para pesquisadores de Direito e mesmo de ciências afins. Esse auspicioso espaço acadêmico tem se desenvolvido cada vez mais. Residentes em todos os quadrantes do Brasil, pesquisadores (docentes, mestrandos e doutorandos) têm confluído para esse espaço, apresentando suas pesquisas desenvolvidas ou em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, realizou-se na Universidade de Buenos Aires, na Argentina, o “XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires”. Sob a temática central “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración”, centenas de trabalhos científicos foram aprovados e apresentados oralmente, na forma presencial.

O GT “Direito Constitucional I” contou com inúmeros trabalhos de pesquisadores advindos de vários Programas de Doutorado e/ou Mestrado, localizados nas mais diversas regiões do Brasil. Após as apresentações, foram realizados debates, sempre envolvendo blocos de temas. Pode-se constatar que os debates foram tão enriquecedores quanto os textos apresentados.

Cumprindo suas missões institucional e científica, o CONPEDI publica os textos que, além de aprovados, foram também apresentados pelo(s) seu(s) autor(es), durante os 3 dias de realização do evento.

Ao tempo em que cumprimentamos a todos(as) os(as) autores(as), desejamos ótimas leituras!

Prof. Dr. Zulmar Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias”  
das Escola de Direito das Faculdades Londrina

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Prof. Dr. José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP – SP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor titular da graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca- SP. Advogado.

# ORÇAMENTO PÚBLICO, RESERVA DO POSSÍVEL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

## PUBLIC BUDGET, RESERVE FOR CONTINGENCES AND REALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

Paula Gomes da Conceição <sup>1</sup>

Volnei Rosalen <sup>2</sup>

Eduardo Augusto Gonçalves Dahas <sup>3</sup>

### Resumo

Este artigo tem por fim averiguar se há relação possível entre ausência de vinculação do gestor ao orçamento público e falta de concretização de direitos fundamentais sociais. Para que estes se efetivem é indispensável a formulação de políticas públicas que encontrem amparo no orçamento e que sejam executadas na realidade social. Entretanto, é certo que muitos direitos, ainda que previstos constitucionalmente e, inclusive, como fundamentais, deixem de ser promovidos, ora sob a assertiva de que o orçamento se qualifica como instrumento meramente formal; ora sob a justificativa de que a teoria da reserva do possível configuraria um óbice à plena promoção. Após a análise do orçamento enquanto instrumento indispensável de planejamento da Administração Pública, conclui-se pela rejeição de teorias que inviabilizem direitos garantidos constitucionalmente, por privilegiarem demasiada discricionariedade na gestão dos recursos públicos a ponto de tornar-se a liberalidade do gestor maior que a necessidade de efetivação dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Vinculação, Orçamento público, Direitos sociais, Reserva do possível, Discricionariedade

### Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to find out if there is a possible relationship between the manager's lack of connection to the public budget and the lack of implementation of fundamental social rights. For these to become effective, it is essential to formulate public policies that find support in the budget and that are implemented in social reality. However, it is true that many rights, although constitutionally foreseen and even fundamental, are no longer promoted, sometimes under the assertion that the budget qualifies as a merely formal instrument; sometimes under

---

<sup>1</sup> Advogada e Professora Universitária. Possui mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela PUC-Campinas. Suas pesquisas estão relacionadas ao orçamento público, promoção de direitos sociais fundamentais e desenvolvimento.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (Ufsc). Mestre em Direito Político e Econômico (Mackenzie/SP). Professor Universitário. Atua em pesquisas relacionadas a constitucionalismo e separação de poderes, judiciário e política, e política judiciária.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Processual pela Pucminas; Mestre em Direito Privado pela Fumec; Mestrando em Science of Dispute Resolution pela Ambra University; Graduado em Mediação pela Unopar; Advogado, Mediador e Professor.

the justification that the reserve theory of the possible constitutes an obstacle to full promotion. After analyzing the budget as an indispensable planning tool for Public Administration, it is concluded that theories that make constitutionally guaranteed rights unfeasible, for favoring too much discretion in the management of public resources to the point of making the manager's liberality greater than the need realization of social rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Linking, Public budget, Social rights, Reserve for contingencies, Discretionarity

## **Introdução**

O presente trabalho tem por objetivo averiguar se a natureza jurídica do orçamento público e a teoria da reserva do possível serviriam de óbice à concreção de direitos fundamentais sociais.

Por meio do método hipotético dedutivo, busca-se relacionar a ausência de vinculação do gestor público à norma orçamentária com a falta de concretização dos direitos sociais.

Para tanto, o trabalho foi feito de modo a, inicialmente, abordar a imprescindibilidade do orçamento público enquanto meio necessário à promoção de direitos fundamentais sociais, tendo por base a inserção em um Estado Social que deve ter por finalidade o cumprimento aos objetivos esculpidos no artigo 3º, da Constituição Federal, o que se faz por meio de políticas públicas promocionais destes direitos sociais.

Em um segundo momento, explica-se o orçamento público e, posteriormente, discute-se sua natureza jurídica, a fim de justificar o motivo pelo qual ainda quando se tenha a previsão orçamentária com determinada despesa, especificamente direitos sociais pode ser que o gestor público não as realize, o que passa pelo seu juízo discricionário, de conveniência e oportunidade.

A partir das diferentes formas de se compreender a natureza jurídica do orçamento público e, conseqüentemente, a inexecução ou a menor execução orçamentária, o administrador se utiliza, principalmente, da justificativa de que a previsão de despesas possui natureza apenas autorizativa, ou seja, que ele não estaria obrigado a concretizá-las.

Deste modo, a principal argumentação despendida para tanto é a da teoria da reserva do possível, utilizada, no âmbito da Administração Pública, como meio de legitimar a inação do Estado, porque, o recurso dele proveniente é escasso.

Essa legitimação, entretanto, não parece razoável, uma vez que tal percepção se revela equivocada, em desacordo ao modo pelo qual a teoria surgiu na Alemanha; sendo fundamentada, pelos administradores, como reserva do financeiramente possível, o que decerto não enseja a responsabilidade ante eventual ausência de promoção de direitos sociais.

Caminhando para o fim, procura-se correlacionar os pontos acima descritos, com o objetivo de demonstrar a necessidade de se afirmar o orçamento público como instrumento imprescindível a se ter a efetivação dos direitos sociais. Muito mais do que a necessidade de que o gestor preveja as suas despesas neste instrumento, é a necessidade de que ele reflita e garanta os anseios constitucionais e, portanto, sociais.

Conclui-se, portanto, que a efetivação dos direitos sociais fundamentais exige a revisão da natureza jurídica do orçamento público, porquanto tal tentativa de compreensão tem sido

relevante apenas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Em outro turno, não existem disposições normativas que comportem o fato de a fixação de despesas ser mera autorização para o gestor.

A prevalência, em matéria orçamentária, acerca da natureza jurídica do orçamento público ser formal, que é compreendida, majoritariamente, com as disposições constantes no documento constituindo-se meras autorizações para a realização das despesas públicas, trazida ao longo do trabalho, parece, ao invés de dotá-lo de condições para ser compreendido como instrumento indispensável à concreção dos direitos sociais fundamentais, banalizá-lo, tornando-o um possível limitador justo da promoção que lhe deveria ser inerente. Ainda, quando se tem a natureza formal, autorizativa, do orçamento, a teoria da reserva do possível é utilizada como meio de se garantir a inação do Estado, fazendo, por conseguinte, com que a sua utilização se dê de forma errônea, com que essa teoria seja utilizada de forma errônea.

## **1. Orçamento público enquanto meio necessário à promoção de direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais têm compreensão voltada para os direitos humanos afirmados historicamente e positivados dentro do ordenamento jurídico (KOERNER, 2003, p. 153). Esses direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são definidos como de aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal<sup>1</sup>.

No que se refere à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, compreende-se que não se trata de corrente uníssona, mas, indispensável, considerando-se que não há distinção entre o caráter liberal e social das normas fundamentais, mas que, atualmente, leva-se em consideração a estrutura estatal, que foi construída e que é voltada ao atendimento dos interesses individuais<sup>2</sup>.

Desta forma, considerando-se que não existem empecilhos a aplicação da referida disposição legal quanto à promoção de direitos de cunho individual, não parece razoável

---

<sup>1</sup> Os direitos de cunho social positivados eram vistos, anteriormente, como normas meramente programáticas (de aplicação diferida, não tendo aplicação e execução imediata), mas, atualmente, o entendimento deve ser de que os direitos fundamentais devem ser realizados.

Nesse ponto, averigua-se que ao se considerar a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, pode-se abrir uma margem para que o Poder Judiciário, considerando-se a característica de se tratarem de normas abertas, atue sobremaneira, o que poderia ensejar, inclusive, uma ausência de qualidade na promoção dos serviços públicos que visam dotar os direitos previstos nessas normas, de efetividade. Assim, o orçamento é de suma importância como meio para que se respeite a vontade política democrática no que diz respeito à previsão no documento dos programas de governo, respeitando-se o sistema representativo, mas, de outro lado, a discricionariedade posterior do gestor se revela em desacordo com os objetivos constitucionais.

<sup>2</sup> Quanto à aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais, se faz importante a leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo intitulado Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.

identificá-los não há qualquer argumentação lógica para que se impeça a aplicação imediata dos direitos sociais, ainda que estes direitos dependam de uma definição acerca do modo como devem ser aplicados (MASTRODI, 2008, p. 106).

Para a aplicação de tal regra, não basta que os direitos sejam fundamentais, faz-se necessário que sejam reconhecidos como individuais. Os direitos fundamentais sociais não se submetem a esta regra na realidade fática, uma vez que estariam sujeitos à disponibilidade dos recursos financeiros do Estado. Em outras palavras, os direitos fundamentais sociais só podem ser aplicados na medida em que haja verba orçamentária para promovê-los.

Os direitos fundamentais individuais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos, enquanto os sociais não<sup>3</sup>. Ainda embora ambos os direitos demandem custos ao Estado, já que aqueles também não têm a proteção gratuita (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 77), apenas os direitos fundamentais sociais têm a sua concreção dependente da verba orçamentária.

Todos os direitos, individuais e sociais, são abstratos, sendo certo que a sua garantia só passa a ser concreta quando se tenha orçamento direcionado às políticas públicas para tanto, mas, os direitos individuais, por conta da estrutura estatal, são compreendidos como subjetivos, o que faz com que, ainda quando não estejam previstos no orçamento, possam ser promovidos e pleiteados.

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais só podem ser promovidos na medida em que haja verba orçamentária para tanto, compreende-se a indispensabilidade do orçamento público enquanto meio necessário à promoção dos destes direitos, constitucionalmente previstos no artigo 6º e, conseqüentemente da busca pelos objetivos previstos no artigo 3º<sup>4</sup>. Assim, havendo receitas públicas suficientes à promoção dos direitos sociais, o gestor elenca as suas prioridades, em termos de programas sociais, no orçamento público.

As compreensões sobre o orçamento têm sido direcionadas para a fixação de receitas, redistribuição de renda, promoção de desenvolvimento e equilíbrio econômico-financeiro (MOURA; RIBEIRO, 2017, p. 235), sendo evidente, portanto, o seu papel primordial à promoção de direitos sociais, base nítida de redistribuição de renda.

---

<sup>3</sup> Nem sempre as normas ditas de aplicabilidade direta são definidoras de direito subjetivo (CANOTILHO, 1993, p. 578).

<sup>4</sup>Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

para promover as prestações atinentes aos direitos sociais – fixar a receita tributária e patrimonial, determinar a redistribuição de rendas, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia, por meio do equilíbrio entre as receitas, despesas e investimentos nos planos anuais ou plurianuais em realização a outros bens e valores sociais (MOURA; RIBEIRO, 2017, p. 235)

Os direitos fundamentais, dentre os quais os sociais, devem servir de alicerce à conformação do orçamento público e, em outro ponto, implicam em atuação do Estado para a sua concretização. Importa dizer, portanto, que se faz necessário que haja previsão de determinada política pública e que, posteriormente, haja a reserva orçamentária para garantir a efetividade dessa política pública.

Dentro de um Estado Social, passa-se a uma maior preocupação com a coletividade do que com a promoção de direitos individuais e os direitos passam a depender do Estado para serem realizados e para que sejam atendidas as necessidades desta coletividade, sendo certo que esse atendimento deve ser feito por meio dos recursos públicos. Daí a relação intrínseca entre orçamento público e efetivação de direitos sociais, enquanto aquele visa embasar e instrumentalizar a ação do administrador, esta busca a garantia dos objetivos da Constituição Federal.

A dependência da efetivação dos direitos sociais do orçamento público passa pela tomada de decisões políticas; primeiro, na criação de ações direcionadas a dotar os direitos sociais de maior efetividade ou de efetividade e, conseqüentemente, fazer com que o Estado esteja mais próximo de alcançar os objetivos esculpidos na Constituição Federal e, posteriormente, nas escolhas levadas ao instrumento público de planejamento.

O orçamento público é o instrumento necessário para que as finalidades estatais sejam realizadas, sendo daí decorrente a importância em estudá-lo (ALMEIDA, 2011, pp. 580-581), já que se tem na Constituição em vigor uma evolução em termos de proteção de direitos fundamentais, mas que ao mesmo tempo demandam a necessidade de recursos para que eles possam ser promovidos, o que se faz por meio de despesas com políticas públicas nele constantes.

Ao se trabalhar com a temática de direitos fundamentais, é necessário analisar que se tem uma enorme gama de proteção, tanto no âmbito nacional, como no âmbito internacional, mas que lhes faltam a concretização na realidade social, ou seja, lhes falta efetividade.

Norberto Bobbio, importante filósofo do século XX, assevera que a grande problemática dos direitos humanos não é mais a de fundamentá-los ou de discutir a sua natureza

e características, mas sim a de garanti-los, o que passa, invariavelmente, pelo âmbito político (2004, pp. 25-26).

Embora o filósofo utilize-se da expressão direitos humanos, é certo que, no âmbito interno, quando positivados, eles passam a ser compreendidos como fundamentais, expressão essa que foi adotada justamente nesse sentido ao longo do trabalho.

Percebe-se que os direitos fundamentais sociais têm a sua promoção limitada, seja em decorrência de não se constituírem como autênticos direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, seja por estarem, possivelmente, condicionados à teoria da reserva do possível<sup>5</sup>.

Sem dúvidas, há dependência da eficácia dos direitos sociais aos recursos estatais, mas entende-se que esta dependência deve limitar-se, apenas, ao caso da previsão orçamentária, visto que, posteriormente, eles devem ser realizados e, se não realizados, devem poder ser exigíveis.

Deste modo, o orçamento público serviria como meio necessário aos direitos fundamentais sociais. Certeza e liquidez bastante para dotá-los de subjetividade, exigibilidade, o que, entretanto, não ocorre na prática, porque subsiste o fundamento de que o instrumento orçamentário se define como mera formalidade e não como meio de vincular o gestor público a realizar as despesas previstas.

Nesse ponto, entretanto, deve-se destacar que houve, por meio da Emenda Constitucional nº. 86, promulgada em 17 de março de 2015, a alteração do artigo 166, da Constituição Federal, prevendo o §9º e subsequentes, em síntese, que as emendas parlamentares à lei orçamentária passam a ser compreendidas como possuindo execução obrigatória.

Enquanto a sociedade dota o Estado de arrecadação suficiente à promoção dos direitos fundamentais, em particular, os sociais, incumbe ao gestor estabelecer as prioridades para a realização das despesas (SCAFF; REVENGA; ROMBOLI, 2010, p. 26).

Primeiramente, levantam-se as prioridades e interesses de certa gestão governamental a serem promovidas pelas políticas públicas<sup>6</sup>. Após, na conformação da peça orçamentária, tem-se novamente, enorme dependência das decisões políticas, ou seja, da vontade do administrador público sobre como utilizar os recursos públicos e essa escolha passa pelo juízo de conveniência e oportunidade, enfim, de sua discricionariedade.

---

<sup>5</sup> Aqui fala-se em Reserva do Possível do modo como concebido na Alemanha, porque, por vezes essa teoria é utilizada de modo equivocado, tal qual será abordado em item específico sobre a temática.

<sup>6</sup> Os direitos sociais são promovidos por meio das políticas públicas que visam promover os objetivos constitucionalmente assegurados.

Para Celso Ribeiro Bastos, o orçamento possui três diferentes facetas: a econômica, a política e a jurídica. A primeira diz respeito ao fato de que o orçamento assume papel essencial a um plano financeiro do Estado; a segunda, à autorização política necessária a concreção do traçado pela gestão governamental, assegurando direitos fundamentais e os rendimentos; e, por fim, a terceira, que se revela no sistema jurídico, traduzindo-se como os direitos nele definidos (1991, p. 75). A discricionariedade do administrador revela-se, atualmente, tanto na previsão por certa política pública, como posteriormente, seja na conformação, de determinar-se prioridades, seja na execução do orçamento.

Compreende-se que a discricionariedade para prever as despesas e receitas que irão compor a Lei Orçamentária Anual é legítima, desde que esteja em termos com as disposições constitucionais e com os seus objetivos. Assim, a escolha do gestor público em promover determinado direito passa pelo seu juízo de conveniência e oportunidade, afinal, estamos em um sistema representativo e, espera-se que ele atenda aos anseios sociais definindo as prioridades a serem atendidas. De outro lado, não parece razoável estabelecer que ele detenha essa mesma discricionariedade ao executar o orçamento, sob pena de utilizar um instrumento indispensável à promoção dos direitos fundamentais sociais como um instrumento retórico.

Então, quando já há a previsão de verba orçamentária para a promoção de direitos fundamentais sociais (na possível execução do orçamento), o que os limitaria? Não parece coerente defender que o administrador público tenha poderio para simplesmente deixar de realizar uma despesa prevista para a promoção de um direito fundamental partindo do pressuposto de que as despesas previstas na Lei Orçamentária Anual sejam meras autorizações.

Não há que se olvidar que os recursos financeiros são escassos, não havendo como todos os direitos serem promovidos e protegidos, mas quando se arrecada valor suficiente daquele que foi previsto, nada impediria que o valor também fosse utilizado como previsto, já que é o orçamento, verdadeiro instrumento de planejamento, que é, inclusive, princípio da atividade da Administração Pública (artigo 6º, I, do Decreto Lei 200/1967) e que deve garantir não apenas o desenvolvimento econômico, mas também e principalmente, o desenvolvimento social.

Dizer que o orçamento público, quando da sua fase de execução, está ao alvedrio do administrador seria legitimar a possibilidade de falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais, por meio de um instrumento que, por oposto, deve materializar o planejamento na atividade administrativa e servir de guia da administração para a busca por dotar as normas constitucionais de materialidade.

O gestor público não deve analisar as despesas previstas no orçamento como sendo meras autorizações. A despesa orçamentária deve ser vista como meio para que se concretize o previsto constitucionalmente (TAVEIRA; MARÇAL, 2013, p. 178), constituindo o orçamento, instrumento indispensável de ação governamental.

Quando nos referimos ao Orçamento Público<sup>7</sup>, estamos nos referindo ao conjunto de leis interrelacionadas e interdependentes que visam materializar o planejamento da atividade financeira do Estado. A feitura desse instrumento se dá por meio de iniciativa do Poder Executivo, nos âmbitos federal, estadual e municipal, que, posteriormente, é levado à aprovação no âmbito do Legislativo.

Este conjunto de leis é composto pelo Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme previsto no artigo 165, da Constituição Federal. O PPA tem prazo de vigência de quatro anos, compreendendo o conjunto de metas e programas em longo prazo; a LDO opera como a instrumentalização para a concretização do estabelecido no PPA, compondo-se de diretrizes essenciais para a aprovação para a LOA, que servirá para fixar as receitas e despesas para a promoção dos direitos fundamentais sociais.

As receitas são entendidas como a entrada definitiva de valores aos cofres públicos e é por meio delas que se pode realizar um controle das despesas, sempre nos termos da autorização legal concedida, ou seja, de acordo com a LOA.

Essas receitas são uma previsão do gestor público, podendo ocorrer, na prática, tanto o aumento, como a diminuição do que fora levado ao orçamento. No tocante as despesas, cumpre observar que, considerando-se que o orçamento se afigura como sendo uma lei, não tem relevância a discussão de se tratar ou não de natureza material ou formal, uma vez que já é eficaz após a aprovação pelo Poder Legislativo, de modo a garantir o planejamento da atividade financeira estatal.

Nesse sentido, nota-se que a compreensão de que o orçamento público é apenas autorizativo serve como um limite à promoção dos direitos fundamentais sociais na medida em que ainda que tenhamos direitos constitucionalmente assegurados, protegidos e que devam ser promovidos, a realidade demonstra que é o gestor público determina a extensão dessa proteção e desta promoção.

---

<sup>7</sup> Régis Fernandes de Oliveira define o orçamento como “a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público” (2010, p.347)

De outro lado, ao defini-lo como instrumento que materializa as disposições constitucionais, ele deve ser capaz de transformá-las em disposições que definem direitos subjetivos e, portanto, que vinculam o administrador a realizar as despesas previstas, ressaltando o caráter de planejamento que lhe é inerente nos dias atuais.

Ao assumir o caráter de planejamento do Estado que lhe é inerente e, ao compreendê-lo como instrumento capaz de dotar os direitos sociais fundamentais de exigibilidade, o orçamento seria visto como instrumento que transforma os direitos constantes abstratamente nas normas constitucionais em direitos subjetivos, podendo o particular buscar a sua promoção pela via judicial.

## **2. Discussões acerca da natureza do orçamento público**

Em que pese já terem sido tecidas algumas considerações a respeito da problemática dos direitos fundamentais sociais direcionando-as ao papel do orçamento público, neste ponto serão efetivamente elencadas as problemáticas em torno do orçamento e seus desdobramentos na realidade social.

Tendo-se em vista o papel indispensável do orçamento enquanto meio necessário à concretização dos direitos fundamentais sociais, é certo que ele é, também, instrumento indispensável para o planejamento do Estado. É por meio dele que o gestor público traduz as suas prioridades enquanto despesas e fixa as receitas necessárias para concretizá-las.

Embora nos dias atuais persista a compreensão do papel do orçamento público como instrumento de planejamento, existe uma discussão acerca da sua natureza, se programática, autorizativa ou vinculativa, que pode esvaziar o conteúdo da gestão pública enquanto atividade planejada.

O orçamento público não é apenas a previsão de receitas e autorização de despesas, assume característica complexa, já que por meio dele se avaliam os programas e planos governamentais para certo exercício financeiro (SILVA, 2005, p.738).

Falar em receitas, não significa, ainda, que o Estado tenha aquele valor para efetuar os gastos, não se tratam, portanto, de recursos disponíveis, mas de previsões, que só serão concretizadas na medida em que se tenha, de fato, a arrecadação.

As despesas públicas que serão efetuadas é que garantem o acesso à serviços públicos, trata-se de uma gama de prioridades escolhidas pelo gestor e que passarão a fazer parte de seu plano de governo, assumindo, assim, enorme relevância econômica e social (SLOMSKI; PERES, 2011, p. 915).

O orçamento público é verdadeiro plano de ação governamental, levando em seu bojo as prioridades políticas<sup>8</sup>. Atentando-se ao fato de a Constituição Federal ser uma das cartas mais avançadas no sentido de proteção de direitos fundamentais, é imperioso saber quais são as prioridades definidas e executadas em matéria orçamentária (RIBEIRO, 2011, p. 1088).

Essas prioridades são retratadas em três documentos diferentes, que se relacionam precipuamente. Embora o orçamento público tenha como fundamento o princípio da unidade, no sentido de que todas as receitas e despesas devam estar previstas e em um único documento, nada impede que se tenha uma divisão entre vários documentos.

No caso do Brasil, adota-se o modelo de tripartição orçamentária, conforme disposto no artigo 165, da Constituição Federal. Assim, o sistema orçamentário, embora uno, é composto pelo Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, sendo que esta compõe-se do orçamento de investimento das empresas, o orçamento da seguridade social e o orçamento fiscal.

Nesse sentido, o Plano Plurianual exprime a necessidade de um modelo orçamentário planejado, já que tem duração de médio prazo, vigendo pelo prazo de quatro anos. Nele prevê-se metas, objetivos e diretrizes da administração.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias contém as metas e prioridades da Administração, com vigência anual, devendo instruir a elaboração da Lei Orçamentária Anual, que com ela deve guardar consonância (SILVA, 2005, pp.735-736).

Por fim, a Lei Orçamentária Anual, também de vigência anual, vai disciplinar todas as prioridades em despesas da Administração de modo detalhado, impedindo-se que qualquer delas que não tenha sido prevista seja efetuada.

Não se procura esgotar o estudo sobre esses três documentos, mas sim trazer uma compreensão sobre o sistema orçamentário para que seja possível a proposta de uma crítica ao modelo adotado.

Assim sendo, tem-se que a elaboração do projeto orçamentário como um todo, é de competência do Poder Executivo que, baseando-se em sua atividade arrecadatória e fatores econômicos estima um montante de receitas, bem como prevê as despesas, com base em seu juízo de conveniência e oportunidade<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Não se entende como possível desvincular o direito da política; o jurídico é essencialmente político.

<sup>9</sup> É importante salientar que boa parte das despesas já são estabelecidas como obrigatórias, de sorte que ao Administrador há um caminho pequeno para feita de suas escolhas. Nesse sentido: Ocorre que desde a Constituição Federal em vigor o administrador tem um menor espaço para a livre alocação dos recursos, tendo-se em vista a existência de normas que determinam a vinculação de verbas públicas, de tributos vinculados, de fundos especiais e despesas obrigatórias (CATAPANI, 2011, p. 246).

Ao Poder Legislativo, por seu turno, caberá a análise dos projetos orçamentários, aprovando-o se em compatibilidade com os objetivos constitucionais. O orçamento, então, especifica a atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, com o fim de atender e fazer cumprir as normativas constitucionais.

Trazendo-se um rápido contexto histórico, compreende-se que com as revoluções iluministas, cujo enfoque era distanciar os fenômenos jurídicos de influências políticas, se via a lei orçamentária como meramente formal, fixando receitas e prevendo despesas que não geravam aos cidadãos quaisquer direitos subjetivos; visão esta que era decorrência do papel do Estado à época, filiado a visão liberal (BARROS, 2011, p. 977).

Em síntese, tem-se na Revolução Francesa um divisor de águas, na medida em que surge a noção de cidadania, bem como o Estado passa a atuar de modo fiscal, antes disso, no Estado absolutista monárquico havia um Estado patrimonialista. É justamente com o Estado fiscal, portanto, que se tem a inevitabilidade de uma estrutura tributária que comporte a arrecadação e os gastos públicos, para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.

A atuação de modo fiscal se dá, inicialmente, de modo minimalista, porque à época se pregava o afastamento do Estado. Como a liberdade total não era saudável e, com o advento do Estado social, passou-se à uma atuação maximizada, o que, entretanto, também não se conseguiu atingir a igualdade material de modo satisfatório.

A partir de 1970, com a mudança acerca da visão do sistema econômico, o orçamento público passa a ter suma relevância, já que, dentro de um Estado Social, ele seria o instrumento necessário à garantia de direitos e prestação de serviços públicos (BERCOVICI, MASSONETO; 2004, p. 129).

Atualmente, diz-se que o Estado é democrático de direito, subsidiário, com a administração de recursos de modo planejado, demonstrando-se as prioridades de governo que se encontram fundamentadas no próprio sistema democrático, apesar de sua falha em termos de representatividade.

Antes, o orçamento era tido muito mais como uma forma de legitimação de governo. Embora se tenha a evolução para um Estado Social, que necessita de uma maior atuação estatal visando à concreção de direitos fundamentais, especificamente, os sociais, e que, conseqüentemente, confere ao orçamento um papel de maior relevância em termos de planejamento e instrumentário necessário à previsão de políticas públicas implementadoras destes direitos, na realidade este instrumento é utilizado muito mais para traduzir interesses privados em detrimentos aos sociais previstos na Constituição Federal.

Os interesses predominantes são os privados, voltados à promoção de direitos individuais. A estruturação do Estado é posta de modo a protegê-los e são eles os considerados direitos subjetivos.

O orçamento traduz os interesses privados justamente porque as decisões nele constantes constituem-se de valores daqueles que detém o poder para formulá-lo; em síntese, não se tratam de decisões meramente racionais (ABREU; CÂMARA, 2015, p. 75), mas essencialmente políticas<sup>10</sup>.

Percebe-se que independentemente do momento histórico, fato é que o instrumento público de planejamento estatal sempre foi visto e continua sendo visto, apenas como uma formalidade, o que o banaliza.

A ideia de que ele ainda retrata apenas uma formalidade tem grande ligação com a atual visão acerca da natureza do orçamento público, de que se trata de mera lei formal.

Nesse contexto, ganha relevo a discussão acerca da natureza jurídica do orçamento público, se formal, material ou programa, pois configura-se fator determinante para se analisar a relação entre a eficácia de normas definidoras de direitos sociais e o orçamento público.

A posição majoritária da doutrina no Brasil é a de reputar o orçamento como lei formal e, desta feita, o conteúdo nele constante seria de meras estimativas e previsões, não tendo força vinculativa. É essa a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal, que não permite o controle concentrado de constitucionalidade das normas orçamentárias (cf. ADI 1905/1998 e ADI 2925/2004), por exemplo.

De outro lado, autores como Francisco Campos e Régis Fernandes de Oliveira, criticam a concepção do orçamento como lei meramente formal, destaca-se, nesse sentido, que a lei em sentido material se encontra em contraposição à lei em sentido formal. Se material, tem-se a eficácia de inovar na ordem jurídica, a formal apenas se revestiria de forma de lei.

Ao asseverar que o orçamento público tem natureza meramente formal, compreendemos que ele apenas autoriza o gestor público a realizar os gastos previstos na Lei Orçamentária Anual. Importa dizer, portanto, que não haveria obrigação de o administrador efetuar a despesa anteriormente prevista, o que, conseqüentemente, além de trivializar o instituto, também acarreta em uma ausência de exigibilidade por parte dos cidadãos.

Explica-se. A Lei Orçamentária Anual, compreendida tão somente quanto à forma revestida daquela inerente à lei, esvazia a materialidade de algo que seguiu os parâmetros legais

---

<sup>10</sup> É claro que nenhuma tomada de decisão está isenta de conteúdo valorativo, mas espera-se uma prevalência da atuação racional.

necessários de criação e que, portanto, deveria produzir seus regulares efeitos, principalmente porque em acordo com a Constituição Federal.

Nesse ponto é que reside o contrassenso. Uma lei, que seguiu todas as formalidades, adentrando-se aos campos da existência, validade e eficácia no âmbito do mundo jurídico e que atendeu, também, ao caráter valorativo do gestor, ao definir as políticas e as proteções pode, por pura discricionariedade<sup>11</sup> do aplicador – leia-se administrador público -, deixar de ser aplicada.

Admitir o orçamento como tendo natureza formal implica concebê-lo como uma lei que seguiu todo procedimento formal exigido à criação de qualquer lei, mas, igualmente, limitá-lo às previsões tanto das receitas quanto das despesas. Deste modo, o instrumento acaba-se por revelar como principal faceta<sup>12</sup> a política.

Importa considerar, portanto, que o Administrador Público, seguindo seu juízo de conveniência e oportunidade determina o conteúdo material do orçamento, elencando as suas prioridades e, posteriormente, ele próprio limita a sua aplicação sob justificativas diversas para deixar de aplicá-lo.

Assim, aquilo que deveria ser exceção passa a ser a regra em termos de atuação da Administração Pública, que adia ou pura e simplesmente deixa de efetuar as despesas outrora previstas, principalmente sobre o enfoque de que a Lei Orçamentária Anual não proíbe ou não obriga a realização de dada conduta, apenas traz estimativas.

Dentre os defensores da teoria de que se trata de mera lei formal, destaca-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres, segundo o qual o orçamento apenas prevê receitas e autoriza os gastos, não criando, assim, direitos subjetivos (2011, p. 177).

Ao se defender que o orçamento não cria direito subjetivos, pode-se ensejar tanto a ineficiência da atuação estatal como a ausência de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>O Administrador Público avalia os critérios de conveniência e oportunidade, as condições e o momento da (in) aplicabilidade do que fora previsto na Lei Orçamentária Anual.

<sup>12</sup>O orçamento possui diversos aspectos, político, jurídico, econômico, financeiro, administrativo, etc. O primeiro aspecto seria o mais marcante, considerando-se que após a alocação das despesas feita pelo Executivo, a proposta passa pelo crivo do Legislativo, sendo certo que ambos tendem a defender os seus respectivos interesses políticos. No que toca ao aspecto jurídico, porquanto se trata de lei sujeita aos ramos do Direito Financeiro Tributário. Econômico porque compreende-se o orçamento como mecanismo de política fiscal da administração. Financeiro, porque referente e base da atividade financeira do Estado e, por fim, administrativo, baseando-se no planejamento das atividades do Estado (MORGADO, 2011, pp. 09-10).

<sup>13</sup> Diz-se especialmente os sociais, porque a estrutura em que está inserido o sistema jurídico brasileiro privilegia a promoção de direitos individuais, de modo que a discussão sobre a falta de eficácia e efetividade destes é distante quando se considera a ausência de preocupação com a promoção e concretização de direitos fundamentais sociais.

De mais, tem-se a percepção de orçamento-programa, da qual coaduna José Afonso da Silva, para quem o sistema orçamentário trazido na Constituição é moderno, tendo-se a possibilidade de uma integrada forma de planejamento que possibilita a opção por esta teoria de do orçamento-programa, com a Lei Orçamentária Anual passa a constituir importante instrumento para o desenvolvimento econômico e social (SILVA, 2005, p. 737).

A evolução no papel do orçamento, como refletor de planejamento de programas estatais faz com que atualmente a sua natureza seja intimamente ligada à de orçamento-programa. Nota-se, ainda, que essa compreensão é ainda mais cristalizada em decorrência de se defender que as prestações estatais são consideradas programáticas, e não de aplicabilidade imediata, como determinado no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Afirma-se, pois, que as dotações previstas na lei orçamentária anual constituem não mera autorização, mas uma imposição material que determina a observância do controle das ações empreendidas pelo gestor, justamente para reafirmar o papel de instrumento de planejamento do orçamento, que não permite atuações desordenadas da administração (DALLARI, 2011, p. 316).

Para ambas as correntes, de que o orçamento é lei formal, ou que é programa, diz-se que a discricionariedade em executar ou não o orçamento tem razão de ser porquanto as receitas são apenas estimadas, e não um dado concreto, existindo mera possibilidade, mera expectativa de receitas quando da elaboração da proposta orçamentária (NAGATA, 2011, p. 366). Em quaisquer das duas privilegia-se a posição de o administrador poder atuar quando e como ele quiser, sem uma preocupação com a realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.

Nos termos do artigo 167, da Constituição Federal, cabe ao administrador público agir no estrito caminho legal amparado pela Lei Orçamentária Anual, ou seja, ele só pode atuar se houver a autorização legal para tanto, devendo essa atuação ser feita nos limites do previsto.

Destarte, é certo que as despesas, das quais dependem os direitos sociais, só podem ser realizadas na medida em que se tenha a arrecadação para tanto, mas isso por si só não é argumento bastante para que se garanta o descumprimento do orçamento público.

O que justificaria, assim, a ausência de realização das despesas previstas quando há a arrecadação prevista? Ou melhor, o que legitimaria um novo juízo de conveniência e oportunidade do administrador se ele já previu suas prioridades e se as receitas igualam ou superam o montante esperado?

A busca pela vinculação do Administrador às leis orçamentárias é medida necessária a fim de se garantir maior efetividade as normas constitucionais, em especial as relativas à direitos fundamentais sociais, de modo que a concretude desses direitos realmente se verifique

na realidade social, não sendo uma mera previsão legal dissociada do plano fático. A partir desta compreensão poder-se-ia haver uma administração mais eficiente em termos de controle e gestão das finanças públicas e uma eventual inexecução orçamentária por parte do administrador poderia acarretar a prática de crime de responsabilidade (DALLARI, 2011, p. 325).

Em termos simples, com a previsão legal em matéria orçamentária, tem-se a certeza e a liquidez que bastam para dotar os direitos fundamentais sociais de subjetividade, para que eles possam ser exigíveis, porquanto o gestor já determinou quanto será reservado para a promoção daquele direito, quando e como a despesa deverá ser efetuada.

Ao analisar o orçamento como tendo caráter de lei material, vinculativa, o administrador público estaria obrigado a realizar as despesas que outrora havia previsto e, conseqüentemente haveria uma maior efetividade na promoção dos direitos fundamentais sociais.

O questionamento em torno da natureza jurídica do orçamento público é de suma importância. Se, de um lado, uma vinculação ao orçamento poderia causar um engessamento estatal, de outro, o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador serve como meio de trazer aos direitos sociais menor efetividade.

Mas é certo que não há como se afirmar que realmente haveria um engessamento estatal, já que essa situação nunca foi verificada na realidade fática, diferentemente da ampla flexibilização conferida ao administrador que, na prática, opera limitação à promoção dos direitos fundamentais sociais, principalmente sob a justificativa de contingenciamento de despesas<sup>14</sup> e da reserva do possível, que será melhor abordada em capítulo próprio.

Se o juízo de conveniência e oportunidade não é uma ampla liberalidade para o gestor, devendo seguir preceitos constitucionais, deve-se considerar que uma forma de os seguir é dotando os direitos fundamentais sociais de efetividade por meio da realização pelo gestor da peça orçamentária.

---

<sup>14</sup> A discricionariedade do administrador quando da visão de um instrumento autorizativo se opera por meio da técnica do contingenciamento. Este contingenciamento faz com que a dotação orçamentária não ocorra, ao menos temporariamente (GODOY, 2014, p. 62). A técnica do contingenciamento faz com que as despesas que haviam sido previstas no orçamento público deixem de ser executadas ou sejam retardadas sob a justificativa de insuficiência de recursos.

Ao conferir ao orçamento a vinculabilidade do administrador às despesas previstas, ter-se-á como consequência a correspondência, para o cidadão, de um direito subjetivo à prestação estatal anteriormente definida.

É claro que, independentemente da natureza emprestada ao orçamento, ele poderá se sujeitar a imprevisões, por tal motivo é que, quando se defende a vinculação do gestor às despesas, não se pode fazê-lo de modo cego.

Desta maneira é que, pensando o orçamento como forma de ação estatal planejada, ele já deveria prever em seu bojo situações excepcionais que demandariam gastos não definidos como prioridades, mas como disposições de necessidade, até porque, se nunca as prever, sempre existirão situações imprevisíveis servindo como óbice a sua atuação.

No ramo das finanças públicas, a governança republicana há de ser entendida como normas e instrumentos sistematizados que fazem com que o Estado atue de acordo com o interesse público, pautando-se pela transparência e pela participação da sociedade (CAMARGO, 2011, p. 771).

Concluindo, como dito acima, o orçamento público possui diversas facetas e, no que toca à faceta política, verifica-se que a posição assumida de não se realizar na realidade social aquilo que fora anteriormente prometido pelo gestor representa uma fraqueza democrática indireta.

Nesse sentido, averigua-se que, em verdade, o Estado acaba por assumir e exercer interesses que parecem se distanciar daqueles de seus cidadãos e, por vezes, afasta a sua atuação da busca pelos objetivos da República Federativa do Brasil, previstas no artigo 3º, da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Isso porque, mesmo que haja vontade constitucional manifestada no texto normativo, o que determina a concretização na realidade social de um direito são os fatores reais de poder.

### **3. Reserva do possível como limite à efetividade dos direitos sociais**

O recolhimento, aos cofres públicos, dos impostos, é indispensável, não apenas em vistas de garantir-se a atividade arrecadatória do Estado, mas, igualmente, de garantir a promoção dos objetivos da Constituição Federal, de interesse de todos os cidadãos (TIPKE;

---

<sup>15</sup> Um exemplo seria a figura do orçamento participativo, que tem por finalidade a participação social nas escolhas que posteriormente serão levadas ao instrumento. Embora a sua utilização abra um leque para que a sociedade dialogue com os seus representantes, fortalecendo a democracia, o gestor acaba por novamente enfraquece-la, ao desconsiderar o constante na peça orçamentária na hora de efetivamente executá-la, acarretando, inclusive, uma menor participação popular enquanto a Lei de Responsabilidade Fiscal privilegia essa participação.

YAMASHITA, 2002, p. 15). A ideia que se tem é que deve haver um sopesamento daquilo que se compreende como possível sob o enfoque econômico e aquilo que deve se buscar em termos sociais – e que decorre da atuação do Estado (MOURA; RIBEIRO, 2017, p. 237).

A compreensão da atividade fiscal do Estado se reflete fundamentada na solidariedade, de modo que a renda e o patrimônio sejam redistribuídos como meio necessário a se atingir a justiça social (TIPKE; YAMASHITA, p. 43, 2002).

É necessário averiguar que, embora se busque, na realidade fática, por meio da redução de desigualdades, dotar aqueles que detém uma condição de vida menos favorecida, de direitos que devem ser garantidos a todos, uma questão de suma relevância é que, na prática, existem restrições econômicas e orçamentárias que dificultam esta promoção (PIKKETY, p. 468, 2014).

Como os direitos fundamentais sociais são promovidos por meio da atuação estatal direcionada à uma política pública que deve estar prevista no orçamento público e que, portanto, tem dependência sobre a existência de recursos para a sua promoção, mostra-se relevante estudar a teoria da reserva do possível, considerando que esta é utilizada, por vezes, como fator limitador dessa promoção.

Quando se admite o orçamento como possuindo natureza meramente formal, algumas justificativas são dadas pelo administrador para justificar a inexecução ou a menor execução orçamentária, dentre as quais, a teoria reserva do possível, que acaba, por conseguinte, servindo de guisa à uma atuação discricionária do gestor público.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, com o condão de se determinar aquilo que é razoável esperar do Estado em termos de promoção de direitos. No caso que ensejou a sua criação, por meio de uma demanda judicial buscava-se a garantia de escolha acerca de universidade que se pretendia estudar, mas que não continha vaga.

Na decisão, a Corte Alemã entendeu que a pretensão do particular visando a garantia de direitos fundamentais sociais só seria possível se houvesse razoabilidade da medida buscada e recursos financeiros para concretizá-la.

De início, a teoria passou a ser utilizada aqui como “reserva do financeiramente possível” (MÂNICA, 2011, p. 11), condicionando, assim, a realização de direitos sociais à disponibilidade de recursos para promove-los. Entretanto, ao se afigurar tal assertiva, as normas definidoras de direitos sociais seriam vistas, ainda, como programáticas, e esses direitos como meros ideais.

Não é o que parece mais plausível, isso porque, ao asseverar a ausência de eficácia dessas normas constitucionais acaba-se por indiretamente retirar a força normativa da

Constituição, sendo que é ela o fundamento e base de todo o ordenamento jurídico; afigurando-se um esgotamento de forma, mas um vazio de conteúdo.

A reserva do possível deve, então, servir apenas quando estamos diante da indisponibilidade total de recursos, o que não se verifica no Brasil, em que há alta arrecadação. As justificativas utilizadas, nesse sentido, pelos gestores, acabam por refletir ausência de atuação estatal na promoção de direitos sociais (MASTRODI, 2008, pp. 103-104).

Assim, se outrora boa parte das decisões dos tribunais superiores condicionava a promoção dos direitos sociais ao caixa disponível da gestão pública, esquecendo-se do real fundamento da teoria, que é a razoabilidade na pretensão do particular em face do Estado, passou-se, posteriormente, a se considerar que a teoria não poderia ser utilizada quando diante de uma possível violação a um núcleo básico qualificador do mínimo existencial referente aos direitos fundamentais<sup>16</sup>.

Nota-se, por meio da leitura das decisões mencionadas, que há uma preocupação dos tribunais em explicar no que consiste a teoria da reserva do possível e utilizá-la do modo correto, embora, pelos gestores públicos, ela seja utilizada para justificar inação ou menor atuação estatal.

Nesse ponto, um julgado serve para amparar a tese segundo a qual os tribunais têm decidido pelo modo em que a teoria teria surgido na Alemanha, ainda embora os gestores a compreendam apenas e tão somente na acepção de disponibilidade de recursos públicos. Dispõe o referido julgado, que na Alemanha, os cidadãos já possuem um padrão mínimo capaz de lhes garantir a dignidade e que é justamente por esse motivo que não poderiam exigir prestações que escapariam da razoabilidade<sup>17</sup>.

Para se afastar essa pretensão do gestor, que invoca a teoria da reserva do possível como justificadora de ausência ou menor grau de atuação, arrazoar-se que os direitos sociais não podem se condicionar à esperada boa vontade do administrador, de sorte que se tem a necessidade de garantia de um mínimo existencial sem o qual não é possível falar em “reserva de caixa” do Estado para promover os direitos sociais.

Percebe-se, pois, que a exigibilidade dos direitos sociais encontra limitação por conta das disposições da matéria orçamentária, de modo que, se há uma conquista em tentar se dotar as normas definidoras de direitos sociais de efetividade na realidade social, prevendo as

---

<sup>16</sup> Nesse teor são as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: ARE 745.745 AgR/MG; AI 598.212 PR; ARE 639.337 AgR/SP; 727.864 AgR/PR; o são, também, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, como as que seguem a título de exemplificação: RMS 31392 e Resp 1185474/SC.

<sup>17</sup> AgRg no Recurso Especial nº. 1.107.511 – RS (2008/0265338-9).

políticas públicas necessárias para tanto no orçamento público, o gestor deixa de aplicar o recurso público previsto sob a argumentação de que não há disponibilidade financeira que abarque a promoção de todos os direitos sociais.

Entrementes, quando da elaboração das normas orçamentárias, o gestor público atua de modo discricionário para prever as necessidades que entende serem necessárias para atender à sociedade, já efetuando a escolha de quais serão os seus gastos e o que eles consideraram e, assim, não há que se falar em posterior problemática em torno da ausência de recursos para efetivação de direitos todos os direitos, porquanto esse sopesamento já foi efetuado no momento da conformação do documento orçamentário.

### **Considerações finais**

Por meio das discussões elencadas acima, tem-se que há uma intrínseca relação entre a promoção dos direitos sociais fundamentais e a imprescindibilidade da peça orçamentária para tanto.

Isso se deve ao fato de que as normas orçamentárias, no âmbito de um Estado Social, dotam os direitos sociais da certeza que lhes falta para compreendê-los como exigíveis pelos cidadãos, ou seja, para que, em caso de ausência de atuação do gestor público, se possa pleitear a promoção dos direitos pela via judicial.

Percebe-se, no entanto, um relativismo dos direitos fundamentais. Se não há distinção entre os direitos fundamentais, um não merece menor atenção do que o outro. Assim, em uma situação de enorme desigualdade social, não seria possível abrir mão de um ou de outro direito fundamental, já que todos são necessários.

É certo, entretanto, que há uma dependência da eficácia dos direitos sociais aos recursos estatais, mas essa dependência deve limitar-se, apenas ao caso da previsão orçamentária, porque após a previsão os direitos sociais devem ser realizados ou, considerando-se a certeza, eles devem ser passíveis de serem exigíveis.

Não parece razoável aceitar que, de acordo com a atual estrutura do Estado se confira tamanha falta de efetividade aos direitos sociais e, ainda, que eles não possam ser exigidos quando previsto no orçamento público, por meio de políticas públicas.

Os direitos fundamentais sociais não devem ser restringidos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, porquanto o orçamento é um verdadeiro instrumento de planejamento da ação estatal e, desta forma, quando da previsão orçamentária de determinada despesa pública, o gestor deve atentar para estas possibilidades, visto que, em caso contrário, negar-se-ia a efetividade de um direito fundamental por mera desculpa.

Deste modo, deve-se constatar que, se a compreensão de direitos subjetivos à prestação estatal, que concretizariam os direitos sociais, depende da disponibilidade financeira do Estado, não há motivo que leve à um posicionamento diverso do que aquele que considera que quando existe a disponibilidade dos recursos estatais, estes devem ser efetivamente despendidos com a finalidade de garantir a promoção daquilo que outrora fora definido pelo gestor como prioridade e, assim, o instrumento público de planejamento seria realmente levado à sério como capaz de garantir a efetividade dos direitos sociais.

### **Referências bibliográficas**

- ABREU, Ciliar Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. *Rev. Adm. Pública* [online]. 2015, vol.14, n.1, pp. 73-90.
- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado Contemporâneo. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 577-599.
- BARROS, Maurício. Orçamento e discricionariedade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 975-1007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. Saraiva, 1991.
- BERCOVICI Gilberto y MASSONETO, L.F. A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica", em *Revista de Direito Público*, v. 45, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; (1992) tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer- Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAMARGO, Guilherme Bueno. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 769-784.
- CAMPOS, Francisco. Orçamento - Natureza jurídica - Anualidade - Discriminação de rendas - Impostos de indústrias e profissões - Movimento econômico - Imposto sobre vendas e consignações. *Revista De Direito Administrativo*, 71, 324-344, 1963.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CATAPANI, Márcio Ferro. A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 245-266.
- DALLARI, Adilson Abreu. Orçamento Impositivo. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 309-327.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema do orçamento impositivo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*. v. 41, n. 134, p. 57-84, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2003, v. 18, n. 53, p. 143-157. Disponível no URL: <http://scielo.br>. Acesso em 04 de dezembro de 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, 2011, n. 25, p. 1-17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>. Acesso em 02/04/2016.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MORGADO, Laerte Ferreira. *O orçamento público e a automação do processo orçamentário*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/195968/Texto85.pdf?sequence=1>. Acesso em 24/01/2016.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 225-241, 1 abr. 2017.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 357-383.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PIKKETY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1087-1110.

SCAFF, Fernando Facury; REVENGA, Miguel; ROMBOLI, Roberto. *A eficácia dos direitos sociais*. QuartierLatin: 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. Malheiros, 2005.

SLOMSKI, Valmor; PERES, Ursula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911-932.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira e MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p 161-186, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Renovar, 2011.