

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS
UMA ANÁLISE ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO
PARTICIPATIVO
THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS
ANALYSIS BETWEEN THE POSSIBLE RESERVE AND BUDGET
PARTICIPATORY

Sônia de Oliveira Santos Baccarini¹

Waidd Francis de Oliveira²

RESUMO

Este artigo pretende fazer uma breve análise sobre a dificuldade da efetividade dos direitos sociais diante da cláusula da reserva do possível. Objetiva, ainda, discutir e apontar uma possível solução teórica do problema o envolvimento da participação popular na discussão da alocação orçamentária por meio do mecanismo do orçamento participativo no âmbito federal.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Sociais e sua Aplicabilidade. Orçamento Participativo.

ABSTRACT

This article focuses on the task of making social rights effective through legal processes in Brazil. It relates it to democratization of deliberation on the application of public funds in Brazil.

Keywords: Fundamental rights. Justiciability of social rights. Public finances and democracy.

¹ Graduada em Ciências Econômicas pela UFSJ (Universidade Federal de São João del-Rei). Bacharel em Direito pela UNIPAC (Universidade Presidente Antonio Carlos); pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro; pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro de Estudos CESA (Centro de Estudos Superiores Aprendiz) e pós-graduada em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/MG (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais). Mestre em Direito pela UNIPAC de Juiz de Fora. Professora da Fundação Presidente Antônio Carlos e do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo Almeida Neves em São João del-Rei. Advogada em São João del-Rei/MG. *E-mail:* soniasbac@uol.com.br. <http://lattes.cnpq.br/9849229658243384>.

² Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. Pós-graduado em Filosofia. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC/Juiz de Fora). Na área social participou da criação do Grupo União (entidade de promoção social com atuação em Conselheiro Lafaiete), Central da Solidariedade (entidade de promoção social com atuação em Conselheiro Lafaiete), foi Delegado na 1ª Conferência estadual dos direitos da criança e do adolescente do Estado de Minas Gerais, conselheiro municipal dos direitos da criança e do adolescente, conselheiro municipal de assistência social. Atualmente é professor, Coordenador do Núcleo de Extensão e Pesquisa (NEP) da FDCL. É membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) e do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão (CONSEPE). *E-mail:* waiddfreancis@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/566908137636782>.

1. INTRODUÇÃO

A questão da efetividade dos direitos sociais tem como uma das principais barreiras a carência de recursos financeiros, constantemente, lembrada pelo poder público.

Na esteira da dificuldade dos referidos recursos, e com isso, na implementação dos ditos direitos, percebemos tentativas de mudança da legislação que defende o mínimo existencial para a sobrevivência daqueles que alimentam a máquina estatal por meio do pagamento de impostos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental hodiernamente se torna um importante instrumento de defesa contra artifícios estatais de desvirtuamento dos princípios constitucionais.

Se a questão é financeira ou a alocação desta, mais do que justo que a própria população que é o objetivo maior do estado e destinatário da legislação, possa participar da discussão das prioridades de aplicação das verbas oriundas dos impostos recolhidos.

O Orçamento Participativo surge como mais um mecanismo de participação popular eficiente para a discussão, deliberação e aplicação do dinheiro público.

É a população no seu papel primordial, qual seja, decidindo os rumos políticos para o seu próprio bem estar.

Este artigo apresentará um caso concreto, que trouxe ao Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a Cláusula da Reserva do Possível como instrumento na tentativa de sanar o problema da “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”.

Abordará ainda sobre a “evolução e a efetividade dos direitos sociais” e a conflitante “Cláusula da Reserva do Possível”.

Finalmente apontaremos uma alternativa para a solução desse tipo de problema, qual seja, a decisão de prioridades na aplicação do orçamento público. O “orçamento participativo” é um instrumento que transfere a discussão para os seus legitimados, o povo.

2. O CASO CONCRETO

No ano de 2003, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impetrou uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de concessão de medida cautelar *inaudita altera parts*, contra veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, descrita, em parte, abaixo:

Em 14 de abril de 2003, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Sr. Guigo Mantega, encaminhou ao Presidente da República, através da Exposição de Motivos EM n.º 107/2003-MP o Projeto de Lei referente às diretrizes para elaboração de lei orçamentária de 2004. Esse Projeto de Lei, por sua vez, foi encaminhado à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização em 15 de abril de 2003, conforme determina o art. 35, §2º, inciso II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Semelhante Projeto de Lei, versava sobre as Diretrizes Orçamentárias relativas ao exercício financeiro do ano de 2004 (PLDO/2004) prevendo, em seu artigo 55, o seguinte:

Art. 55. A proposta orçamentária incluirá os recursos necessários ao atendimento:

I - [...]

II – da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000.

§1º [...]

§2º Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

O referido artigo do PLDO atende o que dispõe o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional de n.º 29, de 13 de setembro de 2000, *verbis*:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) no ano de 2001 ao ano de 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

[...].

Em outras palavras, o Poder Constituinte estabeleceu um piso mínimo de recursos a serem aplicados ao que chamou de “ações e serviços públicos de saúde”.

Desde então, considerando as Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) editadas desde o advento da Emenda Constitucional n.º 29, a definição do que vem a ser “ações e serviços públicos de saúde” sempre foi “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério, financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza”.

Com isso, em outras palavras, as LDOs classificavam os gastos sob a responsabilidade do Ministério da Saúde em quatro categorias: 1) gastos em ações e serviços públicos de saúde; 2) encargos previdenciários; 3) serviços da dívida; e 4) despesas do Ministério financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

De modo a ilustrar e melhor explicar a questão, apresenta-se a seguinte tabela:

Dotações do Ministério da Saúde	
1) Ações e Serviços Públicos de Saúde	Parcela que deve atender ao mínimo determinado pela EC n.º 29/2000
2) Encargos Previdenciários da União	
3) Serviços da Dívida	
4) Despesas do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza	

É importante observar que a definição de “ações e serviços públicos de saúde” foi adotada nos mesmos termos na LDO referente ao exercício financeiro de 2003 (LDO 2003), na Lei 10.524, de 25/07/2002, em seu artigo 57; e na LDO referente ao exercício financeiro de 2002, na Lei 10.266, de 24/07/2001, em seu artigo 46.

O PLDO de 2004 (Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias referentes ao exercício financeiro de 2004) tramitou regularmente nas casas do Congresso Nacional sendo aprovado e enviado ao Presidente da República para sanção, restando intacto o conteúdo referido no §2º do artigo 55 de semelhante projeto.

Em 31 de julho de 2003, foi publicada no Diário Oficial da União, em edição extra, a Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003, em que, no exercício de seu direito de veto, o

Presidente da República houve por bem rejeitar o texto do §2º do artigo 55 do PLDO/2004 (renumerado na Lei como artigo 59).

Art. 59. A proposta e a lei orçamentária incluirão os recursos necessários ao atendimento:

I – do reajuste dos benefícios da seguridade social de forma a possibilitar o atendimento do disposto no art. 7º, inciso IV da Constituição; e

II – da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000.

§1º Os recursos necessários ao atendimento ao aumento real do salário mínimo, caso as dotações da lei orçamentária sejam insuficientes, serão objeto de crédito suplementar a ser aberto no exercício de 2004, observado o disposto nos arts. 17 e 24 da Lei Complementar n.º 11, de 2000.

§2º. (VETADO).

Nessa mesma edição extra do Diário Oficial, na seção referente à Presidência da República, em “Despachos do Presidente da República”, por meio da MENSAGEM n.º 357, de 30 de junho de 2003, comunicou-se as razões do veto, *verbis*:

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do §1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente o Projeto de Lei n.º 2, de 2003 – CN, que dispõe sobre as diretrizes para elaboração de lei orçamentária de 2004 e dá outras providências.

Ouvido o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão manifestou-se com a ratificação do Ministério da Fazenda, pelo veto aos seguintes dispositivos:

[...]

§2º do artigo 59

Art. 59 [...]

§2º Para efeito do Inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Razões do veto

A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez de recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.

Em termos práticos, o veto presidencial diminuiu os recursos destinados a “ações e serviços públicos de saúde” ao estipular que a parcela que deva atender ao mínimo determinado pela Emenda Constitucional n.º 29/2000 é a totalidade das dotações do Ministério da Saúde.

Com o veto, o esquema *retro* descrito passa a ser interpretado da seguinte maneira:

Dotações do Ministério da Saúde	
1) Ações e Serviços Públicos de	Parcela que deve atender ao mínimo determinado pela EC n.º 29/2000
2) Encargos Previdenciários da União	
3) Serviços da Dívida	
4) Despesas do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e	

Verifica-se, pois, que com a redação anterior, o mínimo de recursos deveria incidir diretamente e apenas sobre o item “ações e serviços públicos de saúde”. Com o veto presidencial, o mínimo de recursos exigido pela EC n.º 29/2000 agora incide sobre ações e serviços públicos de saúde, encargos previdenciários da União, serviços da dívida e despesas financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Em outras palavras, o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

Ao vetar a norma contida no art. 59, §2º, da Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei 10.707, de 30/07/2003 –, o Presidente da República diminuiu a quantidade de recursos que deveriam ser aplicados estritamente em ações e serviços públicos de saúde. Em razão disso, descumpriu o preceito contido no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, bem como as demais normas constitucionais relativas à saúde pública, em especial aquelas contidas nos artigos 6º e 196.

Vejamos quais são:

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

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às razões e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O sentido do artigo 77, dos ADCT, é garantir que haja um determinado mínimo de recursos aplicados diretamente na saúde pública. Não se pode admitir que gastos com encargos Previdenciários da União, serviços da dívida e despesas financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza sejam considerados gastos com “ações e serviços públicos de saúde”. Atendendo ao dispositivo dos ADCT, o legislador vinha excluindo expressamente essas três modalidades de gastos para os fins da Emenda Constitucional n.º 29.

O Presidente da República, alegando vagamente que existem “dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário”, e o conseqüente cumprimento do que dispõe a Emenda Constitucional n.º 29/2000, preferiu manipular a incidência do referido comando constitucional, diminuindo o montante dos recursos destinados especificamente às ações e serviços de saúde.

Alegou, para tanto, com a mesma vagueza, a existência de interesse público.

Ora, não há interesse público existente que se sobreponha ao direito à saúde. Não há qualquer justificativa para que, por razões não expressas, utilizando-se de termos obscuramente contextualizados como “dificuldades” e “interesse público”, diminua-se os já escassos recursos para a saúde.

O veto presidencial, além de desprovido de qualquer fundamentação, conforme já visto, malferiu a Constituição Federal, e, efetivamente, diminuindo a quantidade de recursos destinados propriamente a ações e serviços públicos de saúde, também violou as diretrizes constitucionais insculpidas nos artigos 6º e 196, da Constituição Federal.

Esses artigos, ou melhor, essas diretrizes constitucionais, por não serem normas propriamente ditas, pois desprovidas de sanção, abrem a possibilidade de que se questione, pela via do controle de concentração de constitucionalidade, os atos emanados pelo Poder Público que não atenderem a elas.

A saúde é um direito constitucional social pético do cidadão brasileiro, sendo certo que qualquer restrição a esse direito viola frontalmente a Constituição Federal.

O veto do presidente restringiu a obrigatoriedade de aplicação mínima de recursos que seriam destinados a ações e serviços públicos de saúde e, por esse motivo, descumpriu os preceitos fundamentais contidos no artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29/2000, e os artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Diante do exposto, constatamos que se trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, que foi distribuída ao Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), na qual se discutiu a inconstitucionalidade de veto presidencial aposto a projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004, que impugnava previsão legal que distinguia dotação orçamentária federal para os serviços públicos de saúde.

Conforme narrou a decisão judicial, durante o regular processo legislativo, a matéria então vetada e motivadora da ADPF, voltou a integrar a lei, o que tornou prejudicado o pedido deduzido. Ainda assim, é fundamental ao presente estudo a ementa e os fundamentos da decisão:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão Política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substancializador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³

3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF é o nome dado a um instrumento de defesa dos direitos previstos na Carta Magna brasileira. Segundo Gilmar Ferreira Mendes “é um típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade”. Está prevista no artigo 102, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência originária para apreciação da referida Arguição. A norma é de eficácia limitada, necessitando, pois, de uma lei ordinária para a sua regulamentação.

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

De acordo com o entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 505),

³ Parecer de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que culminou com a ADPF 45.

a indicação dos preceitos que se entende por fundamentais, cujo descumprimento autoriza a Arguição, não consta do texto normativo, mas serão extraídos da própria Constituição por interpretação do Supremo Tribunal.

Nesse sentido, citando José Afonso da Silva, Carvalho (2008, p. 505) afirma que “apesar de a Constituição estabelecer, em seus artigos 1º a 4º, os princípios fundamentais, eles não se confundem com os preceitos fundamentais, que são mais amplos.”

No que tange à propositura da Arguição, os legitimados para fazê-la são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, ou seja, os mesmos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil para a propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

A versão aprovada pelo Congresso Nacional admitia expressamente a legitimidade processual de qualquer cidadão. A falta de disciplina ou limitação ao exercício do direito de propositura levou o Chefe do Poder Executivo a vetar o aludido dispositivo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1313).

Pode-se constatar, portanto, que por se tratar de um excelente instrumento contra iniciativas arbitrárias do Poder Público, logicamente a ADPF seria ainda mais eficiente se o inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.882/99 não tivesse sido vetado, inciso que autorizava a qualquer cidadão a interposição da Arguição. De qualquer forma, algo que chama a atenção é o objeto da ADPF. No artigo 1º da referida Lei é citado como objeto da Arguição evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e ainda no inciso I do parágrafo único, abre-se a possibilidade de Arguição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Percebe-se claramente, apesar do veto que retirou a possibilidade da participação popular direta dos prejudicados pelos atos, um instrumento amplo de questionamento por parte de entes pré-estabelecidos perante a lei ou os atos de âmbito federal,

estadual ou municipal.

Tramita, entretanto, no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.543/2006, da Comissão Especial Mista “Regulamentação da Emenda n.45”, que visa à alteração da Lei n. 9.882/99, com vistas a possibilitar a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1314).

4. A EVOLUÇÃO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Quando se pensa em direitos sociais, fundamentais ou direitos do homem, imediatamente emerge a Revolução Francesa como ponto de partida para o surgimento da sociedade civil e, conseqüentemente, dos direitos sociais, talvez até pelo fato de que antes não havia divisão de classes sociais.

As Declarações Americana e Inglesa também são usadas como referência, porém, para autores como Bonavides (2000, p. 516), a Declaração Francesa sobre os direitos dos homens foi muito mais abrangente que as Declarações Americana e Inglesa, pois seria uma referência nos direitos do homem como um todo.

A evolução do homem resultou em posturas diferenciadas em relação ao poder, assim, os submissos de “ontem”, em consequência de um maior poder econômico, acabaram por exigir que os governantes interferissem nas relações sociais, garantindo assim a aplicação dos direitos econômicos e sociais.

Não restam dúvidas que os direitos fundamentais são a base e a essencialidade para qualquer Constituição, uma vez que eles se encontram vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados, buscando sempre garantir a dignidade humana.

O postulado para se formar um Estado Social, consubstanciado no princípio democrático, é, sem dúvida, sua interligação com os direitos fundamentais. Os Direitos Humanos possuem características próprias, que facilitam sua compreensão, e foram resumidos pelo ideário político dos revolucionários franceses de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade.

Foi no final do século XIX e início do século XX, que surgiram as bases para a

gênese dos direitos de “segunda geração”, operando, reflexamente, uma transformação política por reclamar do Estado uma intervenção até então vedada, a fim de se viabilizar a inclusão de maior número de pessoas.

Foi em um contexto histórico de intensa produção de bens, que se concebeu a massificação da economia e, por conseguinte, dos conflitos sociais, o que descambou na vagarosa decadência do liberalismo enquanto filosofia dominante, pois, por seu perfil marcado pelo profundo sentimento individualista, não mais era capaz de responder às necessidades comuns a um número cada vez mais vasto de pessoas. O Estado não só tem a função, mas também o dever de atuar positivamente na prestação desses direitos fundamentais.

É o que se pode constatar, aliás, na seguinte passagem de Norberto Bobbio (1992, p. 70) na qual o autor ressalta que: “[...] a proteção destes últimos [direitos sociais] requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade.”

Assim, os direitos sociais são as liberdades positivas dos indivíduos, que devem ser garantidas pelo Estado Social de Direito. São basicamente os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à alimentação, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, de forma que possa se concretizar a igualdade social que é um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro.

Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O reconhecimento da saúde, como direito fundamental, encontra legitimidade material por ser parte integrante do mínimo existencial e por ser elemento essencial da dignidade da pessoa humana.

Nos termos do art. 197, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e

controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Para Magalhães (2008, p. 208):

Quando se fala em direito à saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas.

Assim sendo, para que o povo desfrute de um Estado Social de Direito, esculpido por princípios democráticos, é de relevância que a Constituição dos países, além de promover a organização estatal, seja contornada de direitos fundamentais, atingindo efetivamente os fins sociais, para assumir o papel de diretriz da sociedade (MALISKA, 2001, p. 58).

Nesses termos, os direitos sociais, enquanto normas constitucionais, possuem determinado grau de eficácia e aplicabilidade, conforme prevê o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no qual está previsto que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

5. A RESERVA DO POSSÍVEL

A Reserva do Possível surge no Brasil como mais uma barreira à efetivação dos direitos sociais já garantidos na Constituição Federal. Como se não bastasse, dentre outros, a ausência de planejamento por parte dos poderes públicos e a falta de vontade política na implementação desses direitos, surge ainda um novo obstáculo com relação a tais direitos.

Estamos nos referindo aos direitos sociais, que por sua vez são também chamados direitos fundamentais, considerados pelo Supremo Tribunal Federal como direitos que garantem o mínimo existencial, e por uma questão de dignidade da pessoa humana, mínimo pode ser simplesmente a ausência de dor ou fome.

Os cidadãos que direta ou indiretamente recolhem seus impostos e contribuem, dessa forma, para o funcionamento de toda a máquina administrativa, e que, no momento da decisão de alocação dos recursos públicos, passa-lhes distante a chance de pelo menos opinar a respeito de sua preferência com relação aos gastos, são os que mais sofrem com a má distribuição de renda, em todos os seus aspectos.

No que se refere ao surgimento da Reserva do Possível, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 387) destaca o seguinte:

A doutrina e a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.

Canotilho chama esse limite de *reserva do possível* (*VorberhaltdesMoglichen*, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão) para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos. A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais.

A Reserva do Possível surge como um obstáculo, ou melhor dizendo, nomeando um obstáculo já muito conhecido do cidadão brasileiro, qual seja, a escassez econômica para a realização ou a concretização dos direitos já garantidos pelo legislador constituinte.

No entendimento de Cunha Júnior (2008, p. 368):

[...] Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a um *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e constante (problemas diretamente relacionados com a forma de positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei”.

Segundo, ainda, o mesmo autor:

Por último, não podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da *reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo. Fica, por ora, apenas registrada a opinião deste trabalho no sentido de que os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.

Cunha Júnior ressalta da mesma forma que:

Há autores, entretanto, que buscam soluções as mais diversas para tentar contornar esses óbices geralmente opostos ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Nesse sentido, Christian Stark, apesar de contrário à doutrina dos direitos subjetivos a prestações, admite que, em certos casos, é possível deduzir diretamente das normas constitucionais direitos fundamentais sociais, desde que: a) seja urgente e necessário para assegurar materialmente uma liberdade fundamental; b) seja

determinado ou, ao menos, determinável o conteúdo da prestação que lhes constitui objeto, para evitar a obrigatoriedade da intermediação legislativa e c) exista a garantia dos recursos necessários sem que implique qualquer intervenção nos orçamentos públicos, o que contornaria, simultaneamente, os obstáculos representados pelos limites fáticos da reserva do possível e da falta de competência do judiciário em matéria orçamentária (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 372).

A posição do autor fica ainda mais clara no seguinte enunciado:

Apesar dessas posições conciliatórias, observamos que os autores citados condicionam o reconhecimento da efetividade e imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais ao afastamento dos obstáculos normalmente invocados para a negação dos direitos subjetivos a prestações. O que significa, *contrário sensu*, que, não contornados os óbices referidos, o direito não pode ser imediatamente exercido. A nossa proposta, contudo, é no sentido do pleno reconhecimento dos direitos sociais como direitos originários a prestações, ante sua condição indispensável à efetiva garantia do *mínimo existencial*, razão porque sustentamos a afetividade e imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 372).

No que tange à matéria, Gilmar Ferreira Mendes (2000), ministro do STF, se posiciona da seguinte forma:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerusclausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen").

6. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe inovações com relação à participação dos cidadãos na construção das políticas públicas. Direta ou indiretamente, a descentralização político-administrativa trazida pela Constituição possibilitou o surgimento de mecanismos que possibilitam um misto de democracia direta diante da desgastada democracia representativa.

O Orçamento Participativo (OP) é uma dessas inovações. Segundo Avritzer (2003, p. 14),

[...] o OP é uma forma de rebalancear a articulação entre a democracia representativa e a democracia participativa baseada em quatro elementos: a primeira característica do OP é a cessão da soberania por aqueles que detêm como resultado de um processo representativo local. A soberania é cedida a um conjunto de assembleias regionais e temáticas que operam a partir de critérios de universalidade participativa. Todos os cidadãos são tornados, automaticamente, membros das assembleias regionais e temáticas com igual poder de deliberação; em segundo lugar, o OP implica a reintrodução de elementos de participação local, tais como as assembleias regionais, e de elementos de delegação, tais como os conselhos, a nível municipal, representando, portanto, na combinação dos métodos da tradição de democracia participativa; terceiro lugar, o OP baseia-se no princípio da auto-regulação soberana, ou seja, a participação envolve um conjunto de regras que são definidas pelos próprios participantes; em quarto lugar, o OP se caracteriza por uma tentativa de reversão das prioridades de distribuição de recursos públicos a nível local através de uma fórmula técnica (que varia de cidade para cidade) de determinação de prioridades orçamentárias que privilegia os setores mais carentes da população.

Sustenta ainda Avritzer (2003, p. 51) que,

[...] os limites da democracia representativa devem significar a necessidade de se propor um modelo alternativo ou a possibilidade de retomar a discussão sobre a articulação entre os dois principais modelos disponíveis de democracia, o da democracia representativa e o da democracia participativa. Em segundo lugar, o modelo da democracia participativa deve ser pensado unicamente como formas universais de participação direta ou deve ser pensado a partir de um conjunto de inovações na área da argumentação e da deliberação propostas por diferentes autores.

Sobre a matéria, Wampler (2003, p. 61) assevera que:

O Orçamento Participativo (OP), uma das construções institucionais mais inovadoras do Brasil, oferece aos cidadãos a oportunidade de se envolverem diretamente nas questões do processo de tomada de decisão nos municípios e nos estados brasileiros. Embora a maioria das análises sobre OP seja positiva, existem poucos estudos comparativos que avaliam as amplas variações nos seus resultados.

Na opinião de Wampler, “a forma mais frutífera de avaliar o OP é aquela que considera a análise de três áreas amplas: democracia, racionalização da administração local e justiça redistributiva” (2003, p.63).

O OP, segundo o autor, é também uma instituição democrática inovadora que

amplia os limites da democracia representativa. Em seus casos mais bem-sucedidos, o OP ocupa o centro da disputa política na medida em que diferentes atores políticos, com interesses diversos, são forçados a negociar no seu interior.

Wampler (2003, p. 75) destaca ainda que,

[...] o OP deve ser analisado como um processo público de tomada de decisão. Esta é a maior inovação na elaboração das políticas públicas e orçamentárias brasileiras e não deve ser subestimada. Por que a ênfase no caráter público do processo? O Estado brasileiro tem sido caracterizado como um Estado privado no qual as decisões são tomadas no interior dos gabinetes do Executivo (presidente, governador e prefeito) ou por tecnocratas isolados do debate público. Uma das inovações mais importantes é a ênfase na deliberação e na elaboração das políticas públicas.

Conclui Wampler (2003, p. 75),

[...] quando as regras permitem e demandam uma quantidade maior de participação, a pressão dos líderes comunitários e dos representantes do governo sobre a realização do que foi demandado aumenta. Os governos ficam expostos diretamente às demandas de uma população mobilizada que, por sua vez, limita a capacidade dos governos de esconder informações. Isto aumenta a importância do OP como um vetor da “transformação social”, como um espaço público deliberativo e como uma instituição participativa.

Logicamente, o Orçamento Participativo muda a relação sociedade-governo, contribuindo para uma descentralização na discussão e implantação de políticas públicas por meio de discussões e decisões que comportam a participação dos interessados.

Sobre o Orçamento Participativo, Adalmir Marquetti (2003, p. 156) afirma que:

O caráter redistributivo do OP foi, desde o início do processo, um dos seus objetivos centrais. Este é resultado dos critérios de distribuição dos recursos e das escolhas realizadas pelos participantes nas assembleias. A democratização do funcionamento do estado, institucionalizando no poder segmentos pobres e organizados da população, tende a propiciar a inclusão destes setores sociais no processo de desenvolvimento.

Marquetti (2003, p. 154) conclui que “a atratividade do OP está no fato de que a própria população pode propor e decidir, não somente sobre os programas de combate à pobreza, como também sobre o futuro de suas cidades.”

Ana Cláudia Teixeira Chaves (2003, p. 190), citando Genro e Souza, destaca

que:

A primeira experiência de Orçamento Participativo, com esta denominação, foi realizada em Porto Alegre, estado do Rio Grande do Sul, a partir de 1989. O OP surgiu nesta cidade a partir do objetivo genérico “de transferir o poder para a classe trabalhadora organizada”, que participaria democraticamente da gestão da cidade e não apenas de quatro em quatro anos por ocasião da eleição dos seus representantes.

Segundo o prof. Octaciano Nogueira (2006, p. 155),

[...] a teoria do processo decisório coletivo está calcada no pressuposto de que, quanto maior o número de pessoas envolvidas nas decisões que afetam um determinado grupo, maior tende a ser o consenso. Teoricamente, uma decisão que afeta a um grupo determinado tende a ter risco zero, se tomada por todos os membros do grupo. Quanto menor o número de pessoas envolvidas, maior tende a ser o conflito. A conclusão é quase aritmética. Supõe-se que uma fórmula adotada por todos que serão afetados deverá ser consensual ou hegemonicamente majoritária, se todos os interesses envolvidos forem considerados. Terá, portanto, o grau máximo de legitimidade.

Já o professor Rubens Beçak (2008), sobre a matéria, ressalta a importância do Orçamento Participativo da seguinte forma,

Não nos olvidemos também de algumas experiências efetivamente colocadas em prática, como o orçamento participativo, algo que de forma pioneira surgiu no Rio Grande do Sul e de lá se espalhou, sendo hoje, conforme preleção de Boaventura de Souza Santos utilizado em mais de 1.200 cidades da América Latina.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com fundamento nos temas abordados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, podemos concluir que ela trata de preceitos de valores principiológicos que estão acima das normas regras.

A ideia que apresentamos aqui não se coaduna com a descrença pela democracia representativa, mas busca aprimorar os instrumentos de participação direta dos cidadãos na discussão e deliberação do orçamento público. Se o orçamento não é suficiente para satisfazer todas as exigências e direitos sociais, que seja então, concedida ao próprio cidadão a chance de ele decidir o que é prioridade. O cidadão hipossuficiente que faz parte da maioria demográfica deste país, que representa com isso a massa humana que constrói o dia a dia de todos os outros cidadãos, tem o direito de optar pelas suas prioridades, ao contrário dessa forma de cunho ainda liberal e natureza aristocrática.

Nada mais justo que esse cidadão, que conhece profundamente as suas dificuldades de viver ou de sobreviver em um país que em algumas regiões é considerado de 5º mundo, discuta e delibere sobre as verdadeiras prioridades que assolam os seus pares.

Pesquisas mostram tanto o potencial de aumento da eficiência quanto o potencial de aumento da equidade na distribuição de recursos por meio do Orçamento Participativo. A relevância do OP como política participativa parece ser a sua capacidade de se tornar um instrumento de participação da população de baixa renda e de transferência de recursos materiais públicos para essa faixa da população.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. In: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander. *A Inovação Democrática no Brasil*. Belo Horizonte: Cortez, 2003. p. 13-60.
- BEÇAK, Rubens. Ainda a Democracia Participativa. In: Semana Jurídica da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, 15 de agosto de 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 23 jan. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CHAVES, Ana Cláudia Teixeira. A Extensão do Orçamento Participativo. In: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander. *A Inovação Democrática no Brasil*. Belo Horizonte: Cortez, 2003. p. 189-216.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de Direito Constitucional*. 3 ed. Bahia: Podium, 2008. p. 349-395.

- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
- MAISKA, Marcos Augusto. *O Direito a Educação e a Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 2001. p.55-60
- MARQUETTI, Adalmir. Participação e redistribuição: o Orçamento Participativo em Porto Alegre. In:AVRITZER Leonardo; NAVARRO, Zander. *A Inovação Democrática no Brasil*. Belo Horizonte: Cortez, 2003. p. 129-156.
- MENDES, Gilmar F. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 14, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/index.htm>. Acesso em: 30 jan. 2011.
- MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Introdução à Ciência Política*. 13. ed. Brasília, Senado Federal: Unilegis, 2006.
- WAMPLER, Brian. Orçamento Participativo: uma explicação para as amplas variações nos resultados. In:AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander. *A Inovação Democrática no Brasil*. Belo Horizonte: Cortez, 2003. p. 61-86.