

# A CLÁUSULA DA PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O CASO DE FOZ DO IGUAÇU

## THE CLAUSE OF THE CONSTITUTIONAL PRIORITY OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF FOZ DO IGUAÇU

Davi Nogueira Lopes\*  
Alexandre Ávalo Santana\*\*

### RESUMO

Não deve ser fácil – muito longe disso – chefiar o executivo municipal na grande maioria das cidades brasileiras. Salvo raras exceções, governá-las significa fazer escolhas trágicas. Este artigo toma como exemplo um caso ocorrido no município paranaense de Foz do Iguaçu, no qual a vice-prefeita, estando na chefia da prefeitura, decidiu “descumprir” as regras do sistema jurídico e transferir recursos da conta da iluminação pública para impedir a paralização do hospital público municipal. Por ter feito isso, ela foi acusada pelo Ministério Público de ter cometido ato de improbidade administrativa. Partindo desse caso concreto, busca-se, no presente artigo, oferecer razões que respaldaram aquela decisão administrativa, sustentando que, no modelo jurídico brasileiro, é possível reconhecer a existência da *cláusula da prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais*, que condiciona a interpretação e a eficácia de todo o ordenamento jurídico, incluindo das próprias normas constitucionais às finalidades impostas pelos direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chave:** Políticas públicas; Direitos fundamentais sociais; Prioridade constitucional; Improbidade administrativa; Legalidade substancial.

---

\* Mestrando em Direitos Humanos (Linha Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Advogado no Mato Grosso do Sul. [davinogueiralopes@gmail.com](mailto:davinogueiralopes@gmail.com).

\*\* Mestrando em Direitos Humanos (Linha Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Procurador-geral de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Advogado em Mato Grosso do Sul. Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito. [alexandreavalo@hotmail.com](mailto:alexandreavalo@hotmail.com).

### ABSTRACT

---

It should not be easy – so far from it – to lead the municipal executive in the vast majority of Brazilian cities. With few exceptions, governing them means making tragic choices. This article takes as an example a case occurred in the municipality of Foz do Iguaçu, in Paraná State, in which the vice mayor, in charge of the government, decided to “disobey” the rules of the legal system and transfer funds from the account of public lighting to prevent the paralyze of the municipal public hospital. For having done it, she was accused by the Public Ministry of having committed an act of administrative improbity. Based on this concrete case, this article seeks to offer reasons that support this administrative decision, sustaining that in the Brazilian legal model it is possible to recognize the existence of the *clause of the constitutional priority of fundamental social rights*, which conditions the interpretation and effectiveness of all legal order, including the constitutional rules themselves, to the purposes imposed by fundamental social rights.

**Keywords:** Public policies; Fundamental social rights; Constitutional priority; Administrative improbity; Substantial legality.

### INTRODUÇÃO

Assumir a chefia do Poder Executivo Municipal certamente é um grande desafio, por múltiplas razões. Uma delas, talvez a mais significativa, relaciona-se com as frequentes, ou até mesmo constantes, crises financeiras que acometem setores públicos extremamente sensíveis.

Não raros são os casos em que o Ministério Público aciona o Poder Judiciário para que intervenha no sentido de garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais, sobretudo nas áreas da saúde, educação e assistência social. Além disso, as contestações apresentadas pelo Executivo quase sempre partem de um mesmo argumento: a reserva do possível.

Na maioria das vezes, tal argumento é superado por uma ponderação de interesses na qual sobressai a importância da ação governamental pleiteada. Nesses casos, o rito estabelecido pelo artigo 167 da Constituição Federal para a abertura de crédito suplementar, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários, que exige a prévia autorização do Poder Legislativo, não impede que o Ministério Público requeira e o Judiciário determine o custeio de uma ação de política pública que implemente ou fomente um direito fundamental social.

Este artigo diz respeito, no entanto, a uma situação radicalmente oposta. Ele pretende analisar, sob o ponto de vista constitucional, a legalidade da medida tomada pela vice-prefeita da cidade de Foz do Iguaçu/PR, que remanejou recursos da conta da iluminação pública para impedir a suspensão do funcio-

namento de um hospital público municipal e do serviço de hemodiálise ali realizado.

Valendo-se da pesquisa bibliográfica e utilizando como marco teórico a concepção de “constitucionalismo garantista” desenvolvida por Ferrajoli,<sup>1</sup> o propósito desse artigo é sustentar que há, em nosso modelo constitucional, uma cláusula implícita que condiciona a interpretação e a eficácia de todo o ordenamento jurídico às finalidades impostas pelos direitos fundamentais.

## O CASO DE FOZ DO IGUAÇU

No dia 17 de novembro de 2014, a vice-prefeita do município de Foz do Iguaçu, no estado do Paraná, encaminhou ao Ministério Público Estadual uma carta para noticiá-lo sobre um ato administrativo por ela praticado no exercício temporário da chefia do Poder Executivo.<sup>2</sup>

Nesta carta ela conta que em 19 de setembro do ano 2014, apenas quatro dias após assumir interinamente a chefia do Executivo, foi informada pelo Secretário Municipal de Saúde que sua pasta estava em séria crise financeira, o que foi confirmado em reunião posterior por ela convocada, nessa também presentes o secretário da Fazenda, o diretor do Fundo Municipal de Saúde e outros.<sup>3</sup>

Conta também que nessa segunda reunião o quadro apresentado pelos servidores era de “imminente risco à vida de cidadãos, não só para aqueles que necessitam dos serviços do Hospital Municipal, mas também dos nefropatas (...)” que utilizavam o serviço de diálise renal substitutiva. A dívida inicialmente apresentada foi de R\$ 5,2 milhões, sob o aviso de que o não pagamento poderia ensejar o fechamento do hospital. Diante disso, perguntou a vice-prefeita se havia alguma conta de outra pasta com dinheiro suficiente para sanar a crise apresentada, quando foi informada que o saldo na conta da iluminação pública era de R\$ 19 milhões. Houve consenso, então, em utilizar uma parte desse saldo para impedir a paralização daqueles serviços públicos de saúde.<sup>4</sup>

Então, uma terceira reunião foi marcada, para que se apurasse mais detidamente o valor sem o qual realmente o hospital e o serviço de hemodiálise municipais seriam interrompidos. Chegaram a um montante de R\$ 3,5 milhões, dos

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

<sup>2</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015.

<sup>3</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu.

<sup>4</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 26-27.

quais R\$ 500 mil foram remanejados da conta da Câmara Municipal, e R\$ 3 milhões remanejados da conta da iluminação pública.<sup>5</sup>

Diante dessa situação, a decisão da vice-prefeita teve como base a ponderação de interesses sintetizada no seguinte parágrafo de sua carta ao Ministério Público:

Naquela situação de crise que me era apresentada por servidores do primeiro escalão da Administração Municipal, não tive dúvidas em optar por salvar vidas, lançando mão, mesmo que temporariamente, de um recurso “parado” numa conta que, a princípio, nenhum prejuízo traria a outros órgãos ou pessoas.<sup>6</sup>

E disse que cedeu “temporariamente” o valor remanejado porque, no dia 30 de dezembro de 2014, o recurso financeiro retornou à conta da iluminação pública, ou seja, o uso foi limitado a menos de dois meses.<sup>7</sup>

Mesmo assim, no início do ano de 2015, o Ministério Público do estado do Paraná ajuizou uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa com base precisamente no fato de que a vice-prefeita autorizou a transferência financeira de R\$ 3 milhões da conta da iluminação pública para, segundo consta da inicial, “cobrir despesas da Secretaria Municipal de Saúde e da Fundação Municipal de Saúde, a qual administra o Hospital Padre Germano Lauck”.<sup>8</sup>

## A CONSTITUIÇÃO GARANTISTA

O celebrado jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>9</sup> explica que podemos distinguir três paradigmas ou modelos teóricos de direito que se desenvolveram ao longo dos últimos séculos no continente europeu: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

Ferrajoli<sup>10</sup> denomina modelo jurisprudencial pré-moderno o advindo do direito romano e do direito comum (*common law*) até a era das codificações. Nesse modelo o direito não é estruturado em fontes normativas de competência,

---

<sup>5</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 27.

<sup>6</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 28.

<sup>7</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 35.

<sup>8</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 3-21.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 18.

mas se funda em um conjunto de regras estabelecidas por precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária.

A existência e a validade das normas do *common law* dependem da sua substância, ou conteúdo prescritivo. Por isso, a norma de reconhecimento das normas jurídicas é a *verdade*, no sentido de *intrínseca justiça* ou *racionalidade*.<sup>11</sup>

O segundo modelo é o legislativo, também chamado de *paleojuspositivista*, consolidado a partir do monopólio estatal da produção normativa. Nele, a norma de reconhecimento passa a ser o princípio da legalidade, de modo que as normas são reconhecidas pelo fato de que são produzidas em conformidade com a competência derivada de uma norma superior. A existência e a validade das normas dependem de como e quem as produziu, e não mais de sua substância (verdade, justiça, razão).<sup>12</sup> Este modelo legislativo separou, portanto, a validade das normas de sua intrínseca justiça, ou, noutros termos, separou o direito da moral. Foi o preço pago pelos valores da certeza do direito, da igualdade de tratamento perante a lei, da liberdade em face do arbítrio, da submissão dos juízes à lei. O positivismo jurídico é a filosofia do direito embasada nessa experiência, ou seja, no afastamento do direito relativamente a concepções políticas ou axiológicas de justiça.<sup>13</sup>

Já o terceiro modelo de direito adveio da difusão que se deu na Europa das constituições rígidas após o fim da Segunda Guerra Mundial. Trata-se do modelo constitucional chamado de *neojuspositivista*. Tal modelo continua a adotar a norma de reconhecimento do positivismo, que determina a existência e a vigência das normas em função de sua produção (princípio da legalidade formal), mas a sua validade passa a depender também da *conformidade da sua substância ou conteúdo aos princípios e direitos firmados na Constituição*, que passa a figurar como uma *norma de reconhecimento de caráter substancial* (princípio da legalidade substancial).<sup>14</sup>

Assim, semelhantemente à função exercida pelo *due process* no sistema do *common law*,<sup>15</sup> no sistema do *civil law*, fundamentado no modelo constitucional neopositivista, os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 18.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19-20.

<sup>15</sup> PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf>. Acesso em: 15/11/2016.

determinam limites substantivos que delinham uma zona de proteção ao indivíduo, a qual Ferrajoli<sup>16</sup> denominou “esfera do não decidível”, definindo-a como “aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela Constituição”.

Assim sendo, têm-se três modelos de direito com base em três distintas formas de reconhecimento da norma, que, por sua vez, correspondem a três diferentes critérios de validade. No modelo jurisprudencial, a norma era reconhecida por sua intrínseca justiça, que era a sua condição de validade. No modelo legislativo ou *paleopositivista*, a norma é reconhecida e validada pela adequação de sua produção às regras de forma e competência do ordenamento jurídico. No modelo constitucional *neojuspositivista*, a norma de reconhecimento identifica-se tanto com a conformidade de sua produção (legalidade formal) quanto com a coerência substancial da norma produzida aos princípios e direitos fundamentais firmados na Constituição (legalidade substancial).<sup>17</sup>

Ferrajoli<sup>18</sup> observa que, no Estado legislativo de direito, o fundamento do Estado vinha expresso por noções metafísicas, imprecisas e organicistas como “vontade geral”, o *demos*, “a nação” etc., dos quais a esfera pública era tomada como expressão política. No Estado constitucional de direito, tais expressões ideológicas dão lugar à expressa positivação constitucional dos fundamentos do Estado: “de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, *os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância*” (grifo nosso).

Com efeito, o moderno constitucionalismo *neojuspositivista*, na concepção de Ferrajoli,<sup>19</sup> configura um “sistema de garantias, isto é, de limites e de vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder como condição de sua legitimidade”. O autor traz à doutrina constitucional a concepção de garantismo, anteriormente ligada ao direito penal, todavia ampliada, para compreender, em suas palavras, “um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição”.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 20.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 21.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 21-22.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 24.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 30.

Nesse sentido o garantismo é sinônimo de “Estado constitucional de direito”, ou seja, de um sistema que refunda o paradigma clássico do Estado liberal, ampliando-o em duas direções: de um lado, em relação a todos os poderes, não apenas para o Judiciário, mas também para os poderes legislativo e de governo, e não apenas para os poderes públicos, mas também para os poderes privados; de outro lado, em relação a todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as consequentes obrigações, além das proibições, a cargo da esfera pública.<sup>21</sup>

O neopositivismo também sustenta uma concepção substancial de democracia. Para Ferrajoli,<sup>22</sup> se o primeiro positivismo jurídico possibilitou a eleição dos órgãos legislativos e executivos, munindo os eleitos da necessária competência representativa, com o segundo juspositivismo “vinculou-se o conteúdo das normas produzidas à garantia dos interesses e das necessidades vitais dos sujeitos representados”.

Segundo Ferrajoli,<sup>23</sup> os princípios e os direitos fundamentais estipulados nas Constituições equivalem à positivação da “lei da razão” jusnaturalista, ainda que contingente e historicamente determinada, e funcionam como limites e vínculos à “lei da vontade”, que é expressa em uma democracia pela *regra da maioria*.

Em suma, o paradigma neopositivista do constitucionalismo acresce ao ordenamento jurídico um elemento substancial, de modo que não basta que a lei seja produzida em conformidade com a dinâmica por ele estipulada, mas é preciso que ela sirva à garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.<sup>24</sup>

Assim sendo, o princípio da legalidade assume um duplo significado: o fraco ou formal, que o remete apenas às regras de competência legislativa; e o forte ou substancial, que vincula o conteúdo da lei à garantia dos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

## A CLÁUSULA DA PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O construto teórico mais largamente utilizado pela Administração Pública nas ações – cujo mérito discute a concretização de direitos fundamentais sociais

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 30-31.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 26.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 36.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 31.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 30.

por meio da implementação ou fomento de políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde e da educação – é certamente a reserva do possível.<sup>26</sup>

A reserva do possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão e, no sentido original, serviu para fornecer uma espécie de “contenção racional” da despesa pública, isto é, um limite que a razão justifica para a concretização de cada direito fundamental, considerando não apenas a porção já efetivada pelo Estado, como também a necessidade de efetivação de outras demandas sociais.<sup>27</sup>; <sup>28</sup> É, pois, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.<sup>29</sup> No Brasil, entretanto, ela está intimamente ligada à noção de escassez, ajustando-se mais à ideia de *reserva do financeiramente possível*.<sup>30</sup>

Sobre a noção de escassez, lecionam Gustavo Amaral e Danielle Melo,<sup>31</sup> na esteira de John Elster,<sup>32</sup> que ela pode ser classificada em natural, quase-natural, ou artificial. Tem-se uma *escassez natural* quando não há nada que se possa fazer para suprir, parcial ou integralmente, alguma demanda. Dá-se a *escassez quase-natural* quando o aumento da oferta pode se dar apenas por condutas não coativas dos cidadãos, como, no exemplo de Sgarbossa,<sup>33</sup> a doação de sangue. A es-

<sup>26</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2009, p. 98. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 20/03/2017.

<sup>27</sup> LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 63-100, jan./jun. 2013, p. 73-74.

<sup>28</sup> Na paradigmática decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), a partir da qual a teoria da reserva do possível ganhou impulso, julgou-se “uma demanda judicial proposta por estudantes que não foram admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. Os estudantes valeram-se do art. 12 da Constituição alemã, segundo o qual ‘(...) todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação’. Ao decidir o pleito pelo aumento do número de vagas, o Tribunal entendeu que o direito à prestação positiva encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade” (LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade, p. 73-74).

<sup>29</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 136.

<sup>30</sup> LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade, p. 73.

<sup>31</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96-97.

<sup>32</sup> ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 21-22.

<sup>33</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 138.

cassee artificial aparece nas hipóteses em que o governo pode, por uma escolha, tornar o bem acessível a todos, como a oferta de vagas em escolas públicas.

Assim sendo, é possível entender-se a reserva do possível sob três aspectos, a saber: (i) a escassez fática (natural ou quase natural); (ii) a escassez artificial; e (iii) a contenção racional da despesa pública.

Para o escopo deste artigo, há de se focar nos dois últimos aspectos: quando a escassez se dá, na verdade, por uma questão de escolha na alocação orçamentária (escassez artificial), e quando a sujeita, por sua vez, a um juízo da racionalidade, ou de razoabilidade, da contenção de determinada despesa pública.

Há, em suma, uma existência real dos recursos financeiros, “mas cuja alocação em determinados setores acaba por importar no não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele que for”.<sup>34</sup>

Especialmente em matérias de direitos fundamentais sociais, costuma-se dizer que as decisões alocativas de recurso são *escolhas trágicas*,<sup>35</sup> porque cada escolha importa em uma situação de renúncia ao atendimento de outra demanda. Como asseverou o ministro Celso de Mello no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 – no qual se discutia a questão do fornecimento de medicamento de alto custo para tratamento de uma doença rara, orçado à época em R\$ 52 mil mensais.<sup>36</sup>

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.<sup>37</sup>

Isso implica que, uma que uma vez que as escolhas orçamentárias são fruto de decisões essencialmente políticas que promovem uma escassez artificial, “é

---

<sup>34</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência*: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal, p. 140.

<sup>35</sup> MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 164-165.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, p. 72. Julgado em 17/03/2010. *DJe* 29-04-2010, publicado em 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18/11/2016.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, p. 116.

*perfeitamente possível a reversão da decisão alocativa, em virtude da existência real de recursos*”.<sup>38</sup>

Entra em questão, então, a necessidade de revisitar, ainda que muito rapidamente, o tema da *separação dos poderes*, para enfatizar que o seu conteúdo não é universal, mas se amolda aos específicos modelos constitucionais adotados pelos Estados, lição esta que ficou assentada pelo STF no julgamento da ADI n. 98/MT (1997), relatado pelo então ministro Sepúlveda Pertence. Confira-se, a propósito, os seguintes excertos de seu voto:

O princípio da separação e independência dos Poderes, malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, *não possui fórmula universal apriorística*: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre os poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presente ambos em todas elas, *apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções* (grifo nosso).

(...)

Não há dúvida de que o princípio da separação e independência dos Poderes – instrumento que é da limitação do poder estatal –, constitui um dos traços característicos do Estado Democrático de Direito. Mas, como há pouco assinalava neste mesmo voto, *é princípio que se reveste, no tempo e no espaço, de formulações distintas nos múltiplos ordenamentos positivos que, não obstante a diversidade, são fiéis aos seus pontos essenciais* (grifo nosso).

(...)

À identificação dos signos característicos de um sistema de posituação do princípio menos importará talvez a divisão tripartite das funções jurídicas do Estado – vale dizer a separação dos poderes, cujas linhas básicas são mais ou menos constantes – do que o mecanismo dos freios e contrapesos – que, delimitando as interferências permitidas a um na área da função própria de outro, permitem, em contraposição, apurar a dimensão real da independência de cada um dos Poderes, no modelo considerado.<sup>39</sup>

Com efeito, nos países cujas Constituições positivaram os direitos humanos, a ideia de separação de poderes também há de se a, *como tudo o mais*, à força normativa de tais enunciados, na festejada expressão de Konrad Hesse.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência*: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal, p. 140.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 98. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/1997. DJ 31-10-1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26619>>. Acesso em: 18/11/2016, p. 36-39.

<sup>40</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Tal entendimento é fortemente corroborado quando a própria Constituição expressamente consagra a dignidade humana como fundamento do pacto político, como se verifica no artigo 1º da Constituição da República Brasileira:<sup>41</sup>

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Igualmente, o artigo 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)<sup>42</sup> enuncia o seguinte:

Artigo 1º

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (ALEMANHA, 2011).

O mesmo ocorre na Constituição da República Portuguesa (1974):<sup>43</sup>

Artigo 1º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm)>. Acesso em: 19/11/2016.

<sup>42</sup> ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. Aachen, Renânia do Norte-Vestfália, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016.

<sup>43</sup> PORTUGAL. Constituição (1974). Constituição da República Portuguesa. Lisboa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19/11/2016.

Portanto, no modelo constitucional, fundamentado na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são a pedra angular de todo o edifício jurídico-político. Por isso mesmo, conforme Ferrajoli,<sup>44</sup> no sistema constitucional garantista:

A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

De maneira semelhante, Jorge Miranda ressalta que “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”.<sup>45</sup>

Esse também é o sentido que se pode extrair dos julgamentos do STF, que determinando aos demais poderes da União a prestação de um direito fundamental social ou a implementação de determinada política pública, expressando, no entanto, que não há, por isso, quebra do princípio da separação de poderes. Confira-se, como exemplo, o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello no AgReg em RE n. 745.745/MG:<sup>46</sup>

Assim, *a questão central da presente causa é verificar* se se revela possível ao Judiciário, **sem que incorra** em ofensa ao postulado da separação de poderes, **determinar a adoção, pelo Município,** quando **injustamente** omissis **no adimplemento** de políticas públicas **constitucionalmente** estabelecidas, de medidas **ou providências destinadas a assegurar, concretamente,** à coletividade em geral, **o acesso e o gozo** de direitos **afetados pela inexecução governamental** de deveres jurídico-constitucionais.

**Observe,** quanto a esse tema, que, ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF n. 345/2004):

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 22.

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. I, *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 43.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745.745. Relator Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. DJe 18.12.2014, publicado em 19/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 18/11/2016.

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) – grifos do original.**

O “caráter relativo da liberdade de conformação do legislador” representa, obviamente, a relativização do princípio da separação de poderes, relativização esta que está em função da “*necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’*”, isto é, de um mínimo de condições materiais para uma existência coerente com a *dignidade humana*.

É possível ver que a superação da regra da separação de poderes significa, na verdade, o desrespeito da legalidade constitucional formal, uma vez que os incisos V e VI do artigo 167 da Constituição Federal exigem prévia autorização legislativa para a abertura de créditos suplementares, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários. Obviamente, se houvesse os recursos orçamentários necessários à realização da medida, não haveria que se falar em “superação da separação dos poderes”. Assim sendo, superar a separação dos poderes significa, em concreto, superar a legalidade constitucional formal em favor da prioridade dos direitos fundamentais sociais.

A defesa da necessidade de se conferir prioridade aos direitos fundamentais sociais também pode ser encontrada na doutrina mais especializada, sendo exemplo disso a seguinte lição do professor Luís Fernando Sgarbossa:

Portanto, a expressão máximo dos recursos disponíveis, a despeito da indeterminação, serve de parâmetro hermenêutico mínimo de determinação de sentido, de modo a indicar que a parcela de recursos alocada para a consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser significativa em comparação com as alocadas para outras finalidades,

não assim írrita, ínfima ou muito diminuta, em montante que, comparativamente, *possa demonstrar sua efetiva prioridade* (grifo nosso).<sup>47</sup>

Sustenta-se, por tudo isso, que o modelo constitucional brasileiro conduz ao reconhecimento de uma norma constitucional implícita, aqui chamada de *cláusula da prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais*, apta a condicionar a interpretação e a eficácia das demais normas constitucionais, e de toda a legislação infraconstitucional, às finalidades impostas por tais direitos fundamentais.

## O MÉRITO DA QUESTÃO

“*Quem quer que utilize dinheiro público terá de verificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes, ou seja: quem gastar, tem de gastar de acordo com a Lei*” (grifo nosso).<sup>48</sup> Essa foi a citação que epigrafou a “ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa” mencionada na introdução.

O Ministério Público Estadual sustentou que a transferência de recursos da conta da iluminação pública para a pasta da saúde fez incidir a norma do inciso VI do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, cuja redação é a seguinte:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

A alegação do Ministério Público é de que, como a contribuição para custeio da iluminação pública é um tributo afetado, ela não pode “subsidiar eventuais *déficits* financeiros da Fundação Municipal ou da Secretaria de Saúde”.<sup>49</sup>

Como se sabe, a referida contribuição foi inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 39/2002, pelo acréscimo do artigo 149-A, cuja redação é a seguinte:

<sup>47</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 2.014-2.015.

<sup>48</sup> FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994, *apud* PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 93.

<sup>49</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 7.

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observando o disposto no art. 150, I e III.

Também sustentou o Ministério Público que o ato administrativo violou “os princípios que regem a administração pública” ao desrespeitar o princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.<sup>50</sup>

A construção da tese do Ministério Público baseia-se, principalmente, nas seguintes premissas:

É inquestionável que a liberação de verbas públicas em desacordo com o que dispõe a legislação importa em prejuízo ao erário, já que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato ilegal caracteriza dano e redundando no dever de ressarcir.<sup>51</sup>

(...)

Em resumo, a Administração Pública, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*).<sup>52</sup>

(...)

Ora, não corresponde aos padrões éticos que a sociedade espera e deseja da representante do Executivo, o desrespeito à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, das quais ela, primordialmente, deveria ser defensora.<sup>53</sup>

Evidencia-se, assim, o agir irresponsável do administrador público, tratando-se evidentemente de ato que atenta contra os princípios norteadores da Administração, em especial o da legalidade e o da moralidade, afinal não é moral transferir recursos financeiros que não lhe pertencem, mas sim ao contribuinte (verba vinculada) para a Secretaria Municipal de Saúde.<sup>54</sup>

Pois bem, a pretensão desse tópico é demonstrar como a concepção garantista da constituição dialoga com as premissas acima expostas. Antes, cumpre relembrar quais foram os contornos da situação concreta. No caso, a vice-prefeita, no exercício da chefia do Poder Executivo, determinou o remanejamento, sem

---

<sup>50</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 17-19.

<sup>51</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 13.

<sup>52</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 15.

<sup>53</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 18.

<sup>54</sup> PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 19.

prévia autorização legislativa, de parte de um saldo superavitário da conta da iluminação pública, para impedir a paralização do atendimento do hospital municipal, incluindo o serviço de hemodiálise, em razão de não haver saldo financeiro suficiente na conta da saúde. Menos de dois meses depois, e dentro do mesmo exercício fiscal, tais recursos foram devolvidos para a conta da iluminação pública.

Diante desse quadro, uma primeira questão a ser levantada é se houve violação ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

A solução não é simples, e muito menos livre de polêmicas. Não há dúvida, para começar a resposta, que houve desrespeito à legalidade formal, seja por descumprimento dos artigos 149-A e 167-VI da Constituição Federal, seja porque o ato está em desconformidade com a legislação infraconstitucional, como o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Todavia, a conclusão é diversa se o ato administrativo em questão for analisado sob a perspectiva da *legalidade substancial*. Isso porque, como foi dito, a partir da introdução dos direitos fundamentais nas cartas constitucionais, há uma esfera mínima de proteção do indivíduo, a que Ferrajoli chamou de *esfera do não decidível*:

Aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição.<sup>55</sup>

Evidente que há limites para a satisfação dos direitos sociais, limites estes sujeitos ao teste da proporcionalidade.<sup>56</sup> No entanto, a partir da posituação dos direitos fundamentais pela CF de 1988, todo ordenamento jurídico pátrio deve se voltar, prioritariamente, ao atendimento das *finalidades* por eles impostas, inclusive a regra da *legalidade* insculpida no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Esse entendimento é corroborado pelo posicionamento tomado muito recentemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade de uma interpretação teleológica da Constituição que tende ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais. Tal posicionamento se deu no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 5.296/DF,<sup>57</sup> publi-

---

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 20.

<sup>56</sup> LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296. Relatora Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgado em 18/05/2016. Publicado em 11/11/2016. Disponível em:

cado em 11/11/2016, no qual se questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 74/2013, que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 134 da Constituição Federal, concedendo à Defensoria Pública da União as mesmas prerrogativas dadas pela Emenda Constitucional n. 45/2014 às Defensorias Públicas Estaduais, ou seja, a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária.

No caso, alegou-se que houve ofensa ao artigo 61, § 1º, II, *c*, da Constituição Federal porque a iniciativa da Emenda Constitucional n. 74/2013 partiu de Parlamentar, e não do Poder Executivo, como determina a citada norma. Alegou-se, também, que a iniciativa de Parlamentar feriu os artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição, por desrespeito à separação dos poderes.

É certo que o fundamento principal do acórdão que indeferiu a pretensão cautelar consistiu na afirmação de que o Poder Constituinte derivado não está sujeito à reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo trazido no artigo 61, § 1º, que expressamente se destina apenas às leis complementares e ordinárias. Entretanto, outros importantes argumentos fundamentaram a decisão, dos quais se destaca o que se refere à *interpretação teleológica da constituição*. Sobre essa temática, consta na ementa o seguinte:

4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. *Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV) (grifo nosso).*<sup>58</sup>

O argumento da *intepretação teleológica da constituição* foi desenvolvido no voto da relatora, a ministra Rosa Weber, como se confere do seguinte trecho:

Ainda que, como qualquer opção de política constitucional, possa ser alvo de questionamentos legítimos sob diversos ângulos – eficiência orçamentária, desempenho da Administração, desejabilidade etc. – não me parece que a concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal seja, em si, incompatível com a ordem constitucional vigente.

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310710836&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18/11/2016.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296, p. 3.

*Pelo contrário, a teleologia da Constituição Federal ampara e legitima, na minha visão, o reconhecimento da autonomia das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do próprio sistema democrático.*

*Nesse contexto, lembro que a assistência jurídica aos hipossuficientes foi alçada, pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Política, à condição de direito fundamental prestacional, na linha do amplo acesso à Justiça também nela consagrado. No desempenho do seu mister, as Defensorias Públicas concretizam esse direito fundamental que, além de se tratar de um direito de inclusão em si mesmo, traduz mecanismo pelo qual é garantido o exercício, por toda uma massa de cidadãos até então sem voz, dos demais direitos assegurados pela Constituição do Brasil e pela ordem jurídica (grifo nosso).<sup>59</sup>*

A ideia de interpretação teleológica da Constituição, que tende ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais, coaduna-se com o entendimento de que os direitos fundamentais não só condicionam a interpretação da legislação infraconstitucional, como também do próprio texto constitucional.

Tudo isso nos leva a concluir que, no caso concreto, o ato praticado pela vice-prefeita, embora em desconformidade formal com várias regras constitucionais e infraconstitucionais, na verdade não feriu a dimensão substancial da legalidade administrativa insculpida no artigo 37 da Constituição Federal, porque a interpretação dessa regra não pode conduzir à aniquilação de direitos fundamentais tão caros às pessoas que vivem naquela cidade, como a saúde e a própria vida.

Isso expõe o equívoco de considerar que a Administração Pública *sempre* terá de atuar segundo a lei, pois há situações em que seguir a literalidade da lei, até mesmo da lei constitucional, pode causar uma grave violação a direitos fundamentais. Obviamente, tais situações são excepcionais, e a medida que descumprir a lei deve ser justificada por um juízo de proporcionalidade em que se supere tanto o princípio que justifica a regra, como também o princípio formal que estabelece que as regras que foram criadas por autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas.<sup>60</sup>

Também não está correta a afirmação de que o desrespeito à Constituição e à legislação infraconstitucional infringe os *padrões éticos* que a sociedade espera do chefe do Poder Executivo. Nem sempre.

Para o celebrado jusfilósofo John Finnis, “existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições de direito humano e requisitos

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296, p. 53.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer”.<sup>61</sup> E ao fazer a pergunta sobre “quais são, então, as formas básicas do bem para nós?”, Finnis coloca em primeiro lugar – e não poderia ser de outra forma – o bem “vida”. Confira-se a preciosa lição:

Um primeiro valor básico, correspondente ao impulso de autopreservação, é o valor da vida. O termo “vida” aqui significa cada aspecto da vitalidade (*vita*, vida) que põe um ser humano em uma boa forma para a autodeterminação. Daí que aqui a vida inclui a saúde corporal (inclusive a cerebral) e estar livre de dor que indica mau funcionamento ou dano orgânico. E o reconhecimento, a busca e a realização desse propósito humano básico (...) são tão variados quanto o esforço e a prece do homem que caiu no mar e está tentando ficar à tona até que seu navio volte para recolhê-lo; o trabalho de equipe dos cirurgiões e de toda a rede de apoio, serviços auxiliares, faculdades de medicina etc.<sup>62</sup>

Obviamente existem outros tantos bens ou valores caros ao ser humano, e muitas vezes a realização de um deles importa no abandono de outro. Para Finnis,<sup>63</sup> a escolha entre um ou outro é guiada pela *razoabilidade prática*. É ela que resolve “o problema da decisão inteligente: O que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito?”<sup>64</sup>

Assim sendo, a conduta ética que a sociedade espera de seu governante e das instituições de direito reclama a preservação de seus bens básicos, e parece evidente que o maior deles é a “vida”, considerada aqui no amplo aspecto de *vitalidade* assumido por Finnis.<sup>65</sup>

De igual sorte, a *moralidade* de uma determinada lei está intrinsecamente ligada à *razoabilidade prática* da ação que ela exige, sempre condicionada ao propósito de alcançar o *bem comum*, aqui tomado no sentido de “bem-estar geral”, ou “interesse público”.<sup>66</sup> Segundo Finnis,<sup>67</sup>

(...) na perspectiva mais ampla do raciocínio prático que inclui mas vai além dos limites do raciocínio jurídico, os princípios relevantes adicionais serão os princípios de que o bem comum deve ser promovido, que a determinação oficial de problemas de coordenação serve ao bem comum, e de que a regulamentação legal é (*presumivelmente*) um bom método de determinação oficial” (grifo nosso).

---

<sup>61</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 17.

<sup>62</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 91.

<sup>63</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 25.

<sup>64</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 105.

<sup>65</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 91.

<sup>66</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 155.

<sup>67</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 321-322.

Assim sendo, o agir moral do administrador público não se confunde necessariamente com cumprir a lei, pois a conduta normativa, ainda que abstratamente justa, pode gerar um grave prejuízo ao *bem comum* no caso concreto, como seria a paralização das atividades de um hospital municipal. A moralidade da ação governamental advém daquilo que a *razoabilidade prática* exige para o alcance dos bens fundamentais, dos quais a “vida” é o maior.

Vale lembrar que o inciso I do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa deixa claro que imoral é o ato praticado visando uma *finalidade* proibida em lei, ou regulamento, ou diversa daquela prevista na regra de competência.

Ora, a *finalidade* da lei não pode ser outra senão a realização do *bem comum*, e no modelo do constitucionalismo neopositivista isso se identifica essencialmente com a *efetivação dos direitos fundamentais*.

## CONCLUSÃO

O caso de Foz do Iguaçu aqui apresentado é bastante emblemático porque representa uma inversão daquilo que os operadores jurídicos estão acostumados a ver. Nele, não se acusa a Administração Pública de se omitir perante o dever de proteger os direitos fundamentais sociais à vida e à saúde, mas se pretende punir o agente público que ousou romper a legalidade formal precisamente para preservar tais direitos diante de uma situação concreta de risco iminente de grave lesão.

Vale lembrar que em cada ação civil pública que culmina na determinação à Administração para que custeie determinada medida de política pública, a despeito da insuficiência de recursos orçamentários (escassez artificial), há também um desrespeito à legalidade constitucional, uma vez que o artigo 167, incisos V e VI, da Constituição Federal exige prévia autorização do Poder Legislativo para a abertura de crédito suplementar, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários, se necessários ao cumprimento da medida.

No entanto, o modelo constitucional brasileiro autoriza a superação da legalidade formal se isso for imprescindível à garantia de uma efetividade mínima dos direitos fundamentais. É claro que isso somente pode se dar em situações excepcionais nas quais a medida seja justificada pela regra da proporcionalidade, sob pena de se beirar o anarquismo.

Mas não há dúvida de que a Constituição de 1988 é uma constituição garantista e, como tal, pede o reconhecimento da cláusula da prioridade dos direitos fundamentais.

Evidentemente este artigo não teve o propósito de esgotar o tema, por demais complexo e polêmico. Pretendeu-se, isso sim, apenas expor, a partir de uma situação concreta, a necessidade de uma tomada de posição sobre a força normativa dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social.

Nessa perspectiva, a conclusão só pode ser a de que o ato administrativo que remanejou recursos da conta da iluminação pública para impedir a paralização do atendimento do hospital municipal, a despeito de ter contrariado a legalidade formal, foi respaldado por um juízo de proporcionalidade na qual reconheceu-se justamente a prioridade constitucional dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. Aachen, Renânia do Norte-Vestfália, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. Saúde, fornecimento de remédios e escolhas públicas. 2009. Fortaleza, CE (apresentação de trabalho no XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado). Disponível em: <[http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/001\\_015\\_Gustavo\\_do\\_Amaral\\_Martins\\_22072009-13h18m1.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/001_015_Gustavo_do_Amaral_Martins_22072009-13h18m1.pdf)>. Acesso em: 18/11/2016.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 98. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/1997. *DJ* 31-10-1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26619>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF, publicada no *DJU*, seção 1, n. 84, 04/05/2004, p. 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745.745. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. *DJe* 18/12/2014, publicado em 19/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 727.864. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2014. *DJe* 12-11-2014. Publicação 13/11/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010. *DJe* 29-04-2010, publicado em 30/04/2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296. Relatora Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgado em 18/05/2016. Publicado em 11/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310710836&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF n. 347. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09/09/2015, *DJe* 18/02/2016, publicado em 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR, Relator Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 22/11/2005, *DJ* 03/02/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 18/11/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CORWIN, Eduard S. A constituição norte-americana e seu significado atual. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959, *apud* PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <[siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf)>. Acesso em: 15/11/2016.

ELSTER, Jon. Local Justice. New York: Russell Sage Foundation, 1992, *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994, *apud* PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015, p. 3.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 63-100, jan./jun. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. I, *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260p., Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2009, p. 98. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 20/03/2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo (substantive due process)*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <[siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf)>. Acesso em: 15/11/2016.

PORTUGAL. Constituição (1974). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19/11/2016.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260p. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 17/11/2016.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, *apud* PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo (substantive due process)*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <[siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf)>. Acesso em: 15/11/2016.

Data de recebimento: 17/01/2017

Data de aprovação: 30/01/2017

