



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

DENISE MACIEL DE ALBUQUERQUE CABRAL

**DIREITOS SOCIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO E
ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO**

FORTALEZA

2016

DENISE MACIEL DE ALBUQUERQUE CABRAL

DIREITOS SOCIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO E
ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Denise Lucena Cavalcante.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C117d Cabral, Denise Maciel de Albuquerque.
Direitos sociais, orçamento público e escassez de recursos públicos financeiros do Estado /
Denise Maciel de Albuquerque Cabral. – 2016.
90 f. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante.
1. Finanças públicas - Brasil. 2. Orçamento - Brasil. 3. Direitos sociais. I. Cavalcante, Denise
Lucena (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

DENISE MACIEL DE ALBUQUERQUE CABRAL

DIREITOS SOCIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO E
ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Denise Lucena Cavalcante (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juarez de Freitas
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por me dar saúde e forças para concluir este trabalho.

À minha família, em especial aos meus pais, Alfredo e Ivanise, grandes exemplos de dedicação à vida acadêmica.

Ao meu querido Pedro Cabral, pela insistência em me convencer a fazer o mestrado, pelas várias horas de discussão dos mais diversos temas, sempre com sabedoria e criticidade, e pelo apoio imprescindível na reta final, para que tudo terminasse bem.

Às minhas pequenas, Júlia e Luísa, pela compreensão de todo o tempo de ausência da mãe; que lhes sirva de exemplo e inspiração.

Aos meus queridos colegas, uma verdadeira família com que o mestrado me presenteou, a quem só tenho a agradecer. A presença de vocês tornou esses dois anos leves e divertidos.

À minha orientadora, colega de trabalho, amiga e inspiração, Denise Lucena, pela generosidade com que compartilha seu conhecimento e sua biblioteca, pela calma que transmitia nos momentos mais difíceis, pelo incentivo constante. Muito obrigada.

A todos os professores e servidores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, pelos ensinamentos compartilhados e o apoio fundamental.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional pelo apoio e incentivo, em especial aos meus colegas da PFN-CE, por compreenderem meu afastamento no período da licença-capacitação.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a relação entre os direitos sociais garantidos na Constituição Federal de 1988, o orçamento público e a escassez de recursos financeiros do Estado. Parte-se da premissa de que os recursos financeiros do Estado são escassos, não sendo suficientes para atender a todas as demandas. Diante disso, surge a necessidade de escolher em quais áreas esses recursos serão aplicados. Em virtude do extenso rol de direitos sociais trazidos pela Constituição, a questão das escolhas orçamentárias ganha relevância, sendo necessária a busca de critérios que possam orientar o administrador público. A metodologia de pesquisa adotada abrangeu pesquisa bibliográfica e documental, com análise de jurisprudência a respeito do tema. Os resultados obtidos demonstraram que os Poderes Legislativo e Executivo não apresentam justificativas para as escolhas alocativas do orçamento, tratado como um mero documento de receitas e despesas, palco de disputas políticas nas quais o interesse pessoal dos políticos prevalece sobre as necessidades públicas. Por outro lado, o Poder Judiciário, na tentativa de suprir uma carência institucional, tem adotado uma postura cada vez mais ativista, determinando aportes financeiros para a solução de casos concretos individuais. Tal atitude tem desequilibrado os orçamentos estaduais, comprometendo parte significativa dos mesmos para o atendimento de decisões judiciais. Conclui-se que, embora não seja possível encontrar um critério único de orientação, é necessário que haja um equilíbrio entre os poderes públicos responsáveis pelas decisões alocativas de recursos financeiros, Legislativo e Executivo, a quem compete apresentar justificativas adequadas e condizentes com as necessidades públicas, e o Poder Judiciário, responsável pelo controle da legalidade e da constitucionalidade das referidas escolhas, a fim de evitar um ativismo exacerbado e interferências indevidas no orçamento público. Dessa forma, será possível iniciar um movimento sério de concretização dos direitos sociais garantidos na Constituição.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Orçamento público. Escassez.

ABSTRACT

This study aims to investigate the relationship between social rights guaranteed in the Federal Constitution of 1988, the public budget and the scarcity of financial resources of the State. It starts with the premise that the State's financial resources are scarce and are not sufficient to meet all demands. Then the need to choose in which areas these funds will be used arises. Because of the extensive list of social rights brought by the Constitution, the question of budget choices becomes relevant, requiring the search criteria that can guide the public administrator. The research methodology used was bibliographical and documentary research, with analysis of jurisprudence on the subject. Results revealed that Legislative and Executive Powers have no arguments to justify the allocative choices budget, treated as a simple income and expenses document, stage of political disputes in which the personal interest of political prevails over the public needs. On the contrary, the Judiciary, trying to fill an institutional deficiency, has used an increasingly activist positioning, determining financial contributions to the solution of individual specific cases. That conduct has unbalanced state budgets, committing significant part of them to the judgments attendance. As a conclusion, although it's not possible to use a single criterion of orientation, is necessary to find a balance between public authorities responsible for the allocative decisions of financial resources, Legislative and Executive, which are responsible for presenting appropriate and consistent justifications to public needs, and the Judiciary, responsible for controlling the legality and constitutionality of these choices, in order to avoid an exaggerated activism and undue interference in the public budget. That way, it can be possible to start a serious movement of realization of social rights guaranteed in the Constitution.

Keywords: Social rights. Public budget. Shortage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DIREITOS SOCIAIS, ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS E O ESTADO: DILEMAS SOBRE A FUNÇÃO DO ESTADO E AS TEORIAS DA JUSTIÇA.....	13
2.1	O surgimento dos direitos humanos: o indivíduo em face do Estado.....	14
2.2	A valorização do social: o Estado como protetor do indivíduo.....	19
2.3	As escolhas orçamentárias e a teoria da justiça.....	23
2.4	A crise de legitimidade dos direitos sociais.....	25
3	DIREITOS SOCIAIS E A SUA APLICABILIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	30
3.1	Direito social como direito subjetivo.....	32
3.2	Estrutura das normas de direitos sociais.....	37
3.3	Classificação dos direitos em negativos e positivos e principais críticos.....	38
3.4	Os direitos sociais no Direito brasileiro.....	43
4	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS NO BRASIL.....	47
4.1	Visão clássica.....	48
4.2	A noção moderna de gasto público dentro do orçamento.....	52
4.3	Planejamento orçamentário e discricionariedade do administrador público.....	56
4.4	A crise do orçamento brasileiro nos dias atuais.....	60
5	CRITÉRIOS E LIMITES DE GASTOS COM DIREITOS SOCIAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO.....	64
5.1	A reserva do possível.....	67
5.2	O mínimo existencial e a ausência de critérios.....	69
5.3	Princípios de justiça distributiva e critérios de alocação de recursos escassos.....	72
5.4	Posição da jurisprudência brasileira sobre o assunto.....	75
6	CONCLUSÃO.....	81
	REFERÊNCIAS.....	

1 INTRODUÇÃO

A relação entre os direitos sociais e o seu financiamento pelo Estado é um dos temas mais relevantes e delicados da teoria dos direitos fundamentais. Muito se discorre a respeito da obtenção de recursos financeiros mediante tributação como a melhor forma de se arrecadar, o meio mais justo de se tributar, a distribuição mais adequada da carga tributária. Entretanto, apesar do batimento ano a ano do recorde de arrecadação, a efetivação dos direitos sociais avança lentamente.

A discussão sobre o gasto dos recursos arrecadados ou seu investimento real na efetivação dos direitos sociais ainda é incipiente, contribuindo para o desequilíbrio entre a receita e a despesa para a efetivação desses direitos.

Outro aspecto que merece destaque é que em momentos de crise, os direitos sociais são os primeiros a sofrer corte, encontrando um limite claro e real na disponibilização de recursos financeiros para sua garantia.

A escassez de recursos para atender a todas as demandas gera assim a necessidade de se fazer escolhas, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. O que se observa no panorama atual brasileiro é que nem o Estado, por intermédio dos seus três Poderes, atenta para a importância dessas escolhas, nem a doutrina enfrenta o problema, de forma a indicar critérios norteadores dessas decisões alocativas.

Vários fatores influenciam essa cultura. De um lado, tem-se por parte do constituinte um excesso de otimismo legislativo, manifesto no emprego de expressões como pleno emprego, saúde como um direito de todos ou ainda acesso universal a educação, todos incluídos como direitos sociais, extensíveis a toda a população. Metas que ao serem estabelecidas desconsideram a escassez de recursos financeiros e a impossibilidade prática de seu cumprimento, resultam na prevalência da ideia de que o Estado é responsável, não importando quanto vai custar aos cofres públicos.

Tais expressões poderiam ser defendidas pelo seu conteúdo programático, mas considerando-se a nova hermenêutica constitucional, que defende a aplicação direta dos direitos fundamentais, vê-se que não constituem apenas programas, mas direitos exigíveis do Estado, inclusive judicialmente.

Expressões do tipo dinheiro há, mas não é bem aplicado, ou se não houvesse corrupção, haveria dinheiro para tudo, tão comuns, refletem bem a ausência de noção da escassez de recursos para atender a todas as demandas.

Parte-se, desse modo, no presente trabalho, da premissa de que os recursos financeiros do Estado para cumprir com as suas tarefas constitucionais são escassos e limitados, mesmo porque têm como fonte principal a arrecadação de tributos da população.

A necessidade de se fazer escolhas alocativas é, assim, consequência natural da escassez, e essas escolhas possuem caráter disjuntivo, ou seja, na medida em que se decide aplicar recursos numa determinada área está-se, concomitantemente, decidindo não aplicar nas demais. De forma que é necessário que o Estado estabeleça critérios claros de alocação de recursos, cumprindo o seu papel delimitado constitucionalmente ou justificando a impossibilidade de fazê-lo, apresentando as suas razões.

Como consequência dessa ausência de critérios, multiplicam-se decisões judiciais determinando o cumprimento pelo Estado desses direitos, a exemplo de tratamento médico, fornecimento de remédios e vagas em escolas públicas. Tais decisões muitas vezes comprometem uma parcela significativa dos orçamentos dos estados, prejudicando de forma ampla todo o sistema de garantia dos direitos sociais.

É preciso, portanto, levar as limitações financeiras do Estado a sério, reconhecendo que não lhe é possível atender a todos, estabelecendo assim parâmetros de decisões. Ressalte-se que essas escolhas são eminentemente políticas e possuem como palco principal os Poderes Executivo e Legislativo, principais responsáveis pela elaboração e execução do planejamento orçamentário. Como a Constituição estabeleceu as prioridades que devem ser buscadas por essas escolhas, o Poder Judiciário atuaria no controle da constitucionalidade dessas decisões.

Não há por isso como se furtar da discussão sobre a dimensão financeira e orçamentária dos direitos sociais, o que motiva esta pesquisadora a tratar do tema.

A discussão sobre a efetivação desses direitos sociais perpassa, portanto, por questionamentos que delimitam o problema e demarcam o caminho que será percorrido ao longo do trabalho.

Inicialmente, é necessário definir o conceito e o papel do Estado, a fim de se estabelecer a premissa a ser seguida na pesquisa. Para tanto abordam-se as principais teorias que tratam do tema.

Isso porque o modelo de Estado determina os direitos sociais que são por ele reconhecidos e concedidos, por meio do qual assume o compromisso de sua efetivação. Nesse contexto, aborda-se o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, do ponto de vista dos direitos básicos que são concedidos ou não em cada tipo.

Os direitos fundamentais em geral são debatidos no capítulo inicial do desenvolvimento do texto que sucede esta introdução no que tange à sua origem e à sua titularidade. Tais direitos precedem ao Estado, nascendo juntamente com o homem, ou existem na medida em que são concedidos e garantidos por ele? A resposta a esse questionamento norteará o desenvolvimento da pesquisa.

A demanda por direitos é crescente; grupos minoritários surgem a todo instante, reivindicando mais direitos, à assistência médica, à moradia, ao trabalho, à segurança, ao meio ambiente, à paz, entre tantos outros.

Nesse contexto, a tributação tem dúplice função: surge como solução de financiamento e, ao mesmo tempo, representa um impasse ao desenvolvimento econômico. Ao tempo que surgem demandas por mais direitos, cresce a pressão por redução da carga tributária.

Esse conflito perdura ao longo da história da humanidade, dando origem a um rico material teórico sobre a natureza do Estado e sobre a origem dos direitos.

Outra pergunta que se coloca de importantíssima repercussão nesse capítulo inicial é quais direitos devem ser garantidos pelo Estado e como será efetivada essa garantia. Essas questões iniciais passam necessariamente pelo conhecimento do papel do Estado, da função que desempenha, de se é da sua alçada garantir todos esses direitos e outros tantos que surgem a cada momento. Essa garantia, enfim, é possível ou não passa de um projeto falido?

Estabelecida a premissa inicial sobre o papel do Estado como partícipe na efetivação dos direitos fundamentais, o terceiro capítulo dedica-se à conceituação dos direitos sociais, abordando as principais teorias a respeito do tema.

Inicialmente apresenta-se a delimitação do conceito de direito social, definindo-se a sua estrutura e a divisão entre direitos positivos e negativos, bem como as críticas que essa divisão recebeu.

Há autores, inclusive, que falam do caráter expansivo dos direitos fundamentais como sendo um sistema em processo de ampliação, que avança sobre todo o ordenamento, forçando-o a remodelar-se e reconfigurar-se à luz de suas exigências¹.

Essa expansão dos direitos fundamentais, e dos direitos sociais em específico, tem influência direta no orçamento público de um Estado. E aqui se coloca mais uma pergunta: os

¹ CORTI, Horacio G. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

direitos sociais devem ser prestados na medida da capacidade econômica ou o Estado, ao assumir o compromisso constitucional, não pode restringi-los alegando ausência de recursos?

Abordam-se a definição desses direitos e a sua estrutura ainda no terceiro capítulo, delimitando-se o conteúdo do próximo.

Ressalte-se que se optou por tratar os direitos sociais de maneira geral para descrever uma visão global do tratamento que esses direitos têm recebido por parte do Estado. A delimitação feita foi em relação à Constituição brasileira.

O quarto capítulo dedica-se ao estudo do orçamento público em si. Primeiramente a partir da sua visão clássica, como mera peça contábil, ordenadora de receitas e despesas. Em seguida, faz-se a análise da visão moderna de gasto público, em que o orçamento passa a ser visto como instrumento político e com papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais. Aborda-se também o planejamento orçamentário, elaborado dentro dessa nova concepção, e a questão da discricionariedade do administrador na ordenação dessas despesas. Por fim, traça-se um breve panorama sobre a crise do orçamento público nos dias atuais.

No quinto capítulo analisam-se a escassez de recursos financeiros do Estado e as escolhas trágicas impostas por ela. Nesse ponto, discorre-se sobre a reserva do possível e a teoria do mínimo existencial. A ausência de critérios claros e os prejuízos causados por essa omissão também são temas tratados nesse capítulo. Por fim, analisa-se como a questão tem sido enfrentada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 apresenta um extenso rol de direitos sociais, garantindo-os amplamente. Em princípio, esses direitos representam uma conquista, haja vista que representam o atendimento de várias demandas históricas.

Mas, vistos do ponto de vista financeiro, o tamanho do rol representa a extensão das tarefas que o Estado brasileiro precisa cumprir para garanti-los. Tais tarefas produzem reflexos diretos no orçamento brasileiro. Em épocas de crise, os direitos sociais são os primeiros a sofrer cortes.

Em que medida esses direitos podem sofrer restrições e qual critério a ser utilizado para restringi-los é o último ponto abordado no quinto capítulo.

A presente pesquisa tem, portanto, por objetivo responder às seguintes perguntas:

- Os direitos sociais devem ser prestados na medida da disponibilidade econômico-financeira do Estado ou o Estado deve prestá-los de acordo e nos termos previstos na Constituição, não podendo restringi-los alegando ausência de recursos financeiros?

- Considerando que a Constituição brasileira estabelece um extenso rol de direitos sociais, como esses direitos têm sido tratados no orçamento brasileiro? O Estado Brasileiro tem conseguido efetivar os direitos sociais previstos na Constituição?
- Por fim, esses direitos sociais, apesar de garantidos constitucionalmente, podem sofrer restrição em face de dificuldades financeiras do Estado? Até que ponto os orçamentos públicos podem ser engessados ou flexibilizados para garantir a prestação dos direitos sociais?

2 DIREITOS SOCIAIS, ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS E O ESTADO: DILEMAS SOBRE A FUNÇÃO DO ESTADO E AS TEORIAS DA JUSTIÇA

A discussão sobre os direitos sociais é complexa e exige que se estabeleçam algumas premissas antes de se adentrar no terreno movediço dos direitos fundamentais.

Quais os direitos a que se tem direito? Essa primeira pergunta, aparentemente simples, tem forte conteúdo filosófico. Além dos direitos positivados, haveria outros?² Direitos naturais ou morais³ inerentes à espécie humana têm sido reivindicados ao longo da história humana, desde os tempos antigos.

A esse respeito, cumpre ressaltar a distinção, elaborada pela doutrina germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais⁴. Os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados, nas Constituições, leis e normas internacionais⁵.

Mas os direitos não surgiram juntos, nem de uma só vez. Pelo contrário, os direitos foram surgindo como construções históricas, intrinsecamente relacionados com o desenvolvimento do homem e da sociedade moderna. A relação do homem, indivíduo e cidadão, com o Estado marca o compasso dessa evolução.

Na verdade, o surgimento da ideia dos direitos humanos se confunde com a história do próprio homem e da sua relação com o Estado.

² ãA teoria positivista considera, no entanto, essa indagação como despida de sentido, a partir do postulado de que não há direito fora da organização política estatal, ou do concerto dos Estados no plano internacional. Ora, essa concepção, como é fácil de ver, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamam os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado. [...] Por outro lado, se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis.ö (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59-60)

³ A expressão direitos morais é usada com frequência no direito anglo-saxão. Como observa Bobbio, ãDa Inglaterra e dos Estados ó por influência, creio, sobretudo de Dworkin ó chega-nos a distinção entre *moral rights* e *legal rights*, que é intraduzível. [...] O único modo para nos entender é reconhecer a comparabilidade entre as duas distinções, em função da qual ãdireitos moraisøenquanto algo contraposto a ãdireitos legaisø ocupa o mesmo espaço ocupado por ãdireitos naturaisøenquanto algo contraposto a ãdireitos positivosø Trata-se, em ambos os casos, de uma contraposição entre dois diversos sistemas normativos, onde o que muda é o critério de distinção.ö (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 7-8).

⁴ Para Alexy, entre os direitos do homem e os direitos fundamentais há uma relação estreita: ãDireitos do homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos e (5) morais. Como direitos morais, eles têm um caráter suprapositivo. Rigorosamente isso distingui-os dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de positivar os direitos do homem. [...] A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral.ö (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a, p. 10-11).

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58-59.

Em se tratando de escolhas orçamentárias, é fundamental se ter uma escala de valores e de prioridades a fim de orientar a alocação dos recursos. Por isso, é de suma importância entender o significado dos direitos, como surgiu a sua fundamentalidade, o que é essencial e o que não é. Nesse sentido, faz-se uma breve incursão histórica partindo-se do surgimento dos direitos humanos em geral até o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Em seguida, analisam-se as principais teorias da justiça que tratam dos direitos fundamentais, buscando encontrar a fundamentação filosófica para o reconhecimento desses direitos. Não se trata, porém, de repetição enfadonha de teorias, mas da construção de um alicerce que fundamente e oriente as escolhas públicas no último capítulo.

Por fim, ressalta-se o papel do Estado na efetivação desses direitos, sobretudo buscando respostas para o que de fato é possível ser feito, do ponto de vista econômico e financeiro.

2.1 O surgimento dos direitos humanos: o indivíduo em face do Estado

Os direitos humanos, tal como são conhecidos hoje, surgiu juntamente com o Estado Moderno. Até então, a ideia de indivíduo não estava bem definida, e as legislações centravam-se basicamente em proibições e imposições. Como observa Bobbio, a figura deontica originária é o dever, não o direito⁶. O homem era considerado como membro de uma sociedade, e, como tal, deveria cumprir o papel que lhe cabia no arranjo social.

A sua eclosão, na verdade, foi resultado de uma longa preparação histórica, centrada na limitação do poder político. Como destaca Comparato, o reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência

⁶ Como destaca Bobbio: "No início, as regras são essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e visam a obter comportamentos desejados ou a evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. Logo nos vêm à mente os *Dez mandamentos*, para darmos o exemplo que nos é mais familiar: eles foram durante séculos, e ainda o são, o código moral por excelência do mundo cristão, a ponto de serem identificados com a lei inscrita no coração dos homens ou com a lei conforme a natureza. Mas podemos aduzir outros inúmeros como o *Código de Hamurabi* até a *Lei das doze tábuas*. O mundo moral, tal como aqui o entendemos ó como o remédio ao mal que o homem pode causar ao outro ó, nasce com a formulação, a imposição e a aplicação de mandamentos ou proibições, de obrigações. Isso quer dizer que a figura deontica originária é o dever, não o direito." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 55-56)

de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder⁷.

A ideia de direitos humanos surge com o jusnaturalismo, doutrina que atribui direitos ao homem por sua própria natureza, independentemente do Estado. O indivíduo, abstratamente levado em conta⁸, sem considerações de espaço e tempo, passou a ser visto como um ser autônomo, dotado de direitos anteriores à sociedade.

Essa teoria, criada em reação ao despotismo da época, foi a grande responsável pela virada paradigmática dos direitos humanos, ocasionando a transferência do problema da moral da sociedade para o indivíduo, trazendo para si uma gama de direitos inerentes à sua condição humana, e alterando definitivamente a visão das funções do Estado.

O homem passou a ser visto não mais como um elemento da sociedade, mas como agente da sua vida e dos seus direitos. O Estado, por sua vez, deixa de ser um superpoder para quem os indivíduos deveriam contribuir de acordo com as suas funções, e passa a existir em função dos indivíduos, tendo por objetivo precípuo a garantia dos direitos fundamentais.

O individualismo⁹ tornou-se então a doutrina dominante em todas as esferas de pensamento; política e filosoficamente a alteração do núcleo de poder para o indivíduo provocou mudanças profundas na relação entre direito e dever¹⁰, bem como entre a finalidade do Estado e a concepção de justiça.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

⁸ O pensamento secularizado dos contratualistas ingleses do século XVII rompe taxativamente com a tradição escolástica [...]. Se o pensamento escolástico parte, em sua reflexão, do homem em comunidade submetido a um poder que vem de Deus, a filosofia política individualista adota como ponto de partida o homem abstrato, desligado de todo vínculo social e, portanto, desvinculado de todo dever. (ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005, p. 19-20).

⁹ A concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; [...] Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. A mesma inversão ocorre com relação à finalidade do Estado, a qual, para o organicismo, é a concórdia ciceroniana (a omónia dos gregos), ou seja, a luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre de condicionamentos externos. O mesmo ocorre com relação ao tema da justiça: numa concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a platônica, para a qual cada uma das partes de que é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria; na concepção individualista, ao contrário, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade que é um fim individual por excelência. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 60).

¹⁰ A teoria dos direitos humanos, como teoria desconectada dos deveres e dos valores, é obra principalmente de dois grandes ideólogos ingleses que romperam com a Escolástica: Thomas Hobbes e John Locke. O pensamento escolástico fornecia uma concepção global da ética e da política presidida pela proeminência da teologia. Em seu edifício teórico, os direitos tinham lugar, mas sempre subordinados à ideia de dever. De fato, no âmbito de uma concepção teológica que se espalha por todo o pensamento, a ideia ética básica é a de dever,

Como destaca Bobbio, numa concepção orgânica da sociedade, as partes estão em função do todo; numa concepção individualista, o todo é o resultado da livre vontade das partes. Para ele, nunca será suficientemente sublinhada a importância histórica dessa inversão, sendo a partir dela que nasce a democracia moderna, como o poder dado a cada indivíduo, o direito de participar das decisões políticas que obrigam toda a coletividade¹¹.

O estado da natureza, anterior à sociedade, em que os indivíduos, dotados de direitos ilimitados, viviam em perfeita liberdade¹², emerge doutrinariamente como justificativa para a origem do Estado. Este nasce do acordo entre os indivíduos, que se unem para garantir a proteção aos seus direitos e a segurança de suas propriedades¹³.

Nesse acordo, os indivíduos abrem mão de parte de seus direitos e assumem alguns deveres, ao passo que o Estado tem como dever fundamental garantir o gozo dos direitos naturais do homem¹⁴. O contratualismo passa assim a ser uma das correntes que mais influenciou o pensamento político contemporâneo.

O estado da natureza surge dessa forma como uma reação ao autoritarismo do Estado e ao dogmatismo da Igreja, colocando o indivíduo em primeiro plano, marcando o início do Estado de direito, com poderes limitados de interferência na vida dos cidadãos¹⁵.

já que o homem como criatura se situa primariamente diante de Deus como um ser que deve obedecer aos mandamentos. Os direitos têm seu lugar, mas são secundários em relação aos deveres. (ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005, p. 19).

¹¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 119.

¹²Nas palavras de Locke: "Para se entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado da perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei de natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro." (LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 381-382).

¹³Com a teoria do contrato social se quis, primeiro, afirmar em geral a soberania popular como poder absoluto, indeterminado; depois, cuidou-se de determinar as consequências jurídicas, as cláusulas do hipotético contrato, vindo-se, desse modo, a investigar quais os direitos que o povo se reservou, e em quais casos e modos poderia exercitá-los. Começou-se, assim, a formular os direitos individuais, buscando-se manter possivelmente no estado de sociedade aqueles direitos que se dizia terem existido no estado de natureza (liberdade, igualdade etc.). (DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006, p. 57)

¹⁴A concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo prioridade em relação a este, é sem dúvida devida à doutrina do Direito natural. Essa parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos ao homem, que existem antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva. [...] A função de uma ordem jurídica positiva (do Estado), que põe termo ao estado da natureza, é, de acordo com essa concepção, garantir os direitos naturais mediante a instituição dos correspondentes deveres. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 145).

¹⁵É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito

No estado da natureza, o homem possuía como direitos, basicamente, à vida, à liberdade e a propriedade.

No século XVIII, surgiram as primeiras declarações de direitos humanos¹⁶. Fortemente inspirada nas doutrinas contratualistas e individualistas, a Declaração de Independência americana trouxe em seu bojo os direitos inalienáveis, considerados como verdades autoevidentes¹⁷, seguida pela Declaração dos Direitos do Homem, proclamada na França.

Essas primeiras declarações, sobretudo a francesa, referiam-se a direitos de conteúdo universal, voltados para o homem de forma abstrata, fora do espaço e do tempo. Em termos de efetividade, porém, essas declarações eram ainda bastante incipientes, sendo tidas mais como cartas de intenções do que normas imediatamente aplicáveis.

Por outro lado, esse teor universal provocou uma verdadeira revolução social; a todo instante novos direitos eram reivindicados, sobretudo por grupos excluídos da vida política, como protestantes, judeus, negros, escravos, mulheres, etc. Isso porque, se os direitos foram declarados como universais e inerentes à espécie humana, as discriminações até então existentes perderam o sentido.

Para Lynn Hunt, as questões dos direitos revelavam uma tendência a se suceder em cascata. Assim que os deputados consideraram o status dos protestantes como uma minoria religiosa sem direitos civis, os judeus estavam fadados a vir à baila; quando as exclusões religiosas entraram na agenda, as profissionais não demoraram a segui-las¹⁸.

é o Estado dos cidadãos.ö (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61).

¹⁶O art. I da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, marca o registro histórico dos direitos humanos num documento solene ao afirmar que "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado da sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter felicidade e segurança. Como destaca Comparato, é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50).

¹⁷Como observa Lynn Hunt, "Na Declaração de Independência americana, Thomas Jefferson escreveu que: "Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade." Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos.ö (HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 13).

¹⁸A autora destaca ainda a preocupação de um congressista americano, John Adams, com uma progressão mais radical dos direitos humanos em Massachusetts, que em 1776, escreveu a James Sullivan: "Pode acreditar, senhor, é perigoso abrir uma Fonte de Controvérsia e alteração tão fértil como a que seria aberta pela tentativa de alterar as Qualificações dos Votantes. Isso não terminará nunca. Surgirão novas reivindicações. As mulheres exigirão o voto. Os garotos de 12 a 21 anos pensarão que seus Direitos não são suficientemente considerados, e todo Homem sem um tostão exigirá uma Voz igual a qualquer outra em todas as Leis do Estado.ö (HUNT,

Essas teorias, porém, não se desenvolveram sem resistência, e encontram na doutrina crítica a respeito do individualismo exacerbado, da desconexão provocada entre direitos e deveres e por considerar o homem abstratamente, fora do espaço tempo.

Gregorio Robles rechaça as teorias contratualistas, ressaltando o forte conteúdo ideológico das ficções do estado da natureza e do contrato social. Além disso, o autor critica o fato de a teoria dos direitos humanos ser uma teoria somente de direitos, desvinculada da ideia de dever¹⁹.

Bobbio, por outro lado, ressalta o caráter histórico dos direitos humanos, resultado não da natureza, mas das lutas travadas pelo homem e das transformações da sociedade, como tal, direitos mutáveis, suscetíveis de modificações. O autor destaca ainda que, justamente por conta da contínua ampliação desses direitos, o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, além de mostrar que os chamados direitos fundamentais (como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade) não são suficientes para o mundo das relações sociais atual, muito mais complexo²⁰.

Esse primeiro momento dos direitos humanos é marcado, portanto, pela valorização do indivíduo frente ao Estado. Os primeiros direitos surgidos visam à proteção individual contra o arbítrio estatal. Surgem, assim, direitos como à vida, à liberdade e à propriedade, de todos os indivíduos, por sua própria condição humana, independentemente de raça, credo ou classe social. À medida que a sociedade foi se desenvolvendo e se transformando, porém, esses direitos mostraram-se insuficientes para proteger sobretudo as camadas mais pobres da população, dando origem a novas reivindicações, que marcaram a segunda fase da evolução dos direitos humanos.

Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 147)

¹⁹“A *ficção*, na teoria política, não é neutra, meramente lógico-descritiva; a *ficção* é ideologia, está dirigida à justificação de um determinado modelo de sociedade. As *ficções* do estado da natureza e do contrato social servem aos contratualistas para múltiplos fins: desteologização do pensamento, ruptura com a história e com a tradição, absolutização do indivíduo, mercantilização das relações pessoais e sociais etc.” (ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005, p. 29).

²⁰“Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão ‘direitos do homem’ que é certamente enfática ó ainda que oportunamente enfática ó, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32).

2.2 A valorização do social: o Estado como protetor do indivíduo

O final do século XIX foi marcado por grandes transformações sociais, resultantes em novas demandas de direitos, impulsionadas pela industrialização crescente e pelo crescimento da população urbana.

Os direitos trabalhistas foram os primeiros a ser reivindicados e reconhecidos, limitando as horas de trabalho, garantindo o descanso remunerado, entre outras questões que afetavam a vida dos trabalhadores das indústrias.

Em 1917, a Constituição mexicana inaugurou um modelo de bem-estar social, constitucionalizando direitos de proteção do trabalho. Em 1919, a Constituição de Weimar avançou ainda mais no campo dos direitos sociais, prevendo direitos à educação, à saúde e à previdência.

O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste justamente na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado²¹. Como consequência desse movimento de concretização e positivação, os direitos perderam em universalidade, passando a valer no âmbito de cada Estado. Os direitos agora eram os direitos do povo inglês, dos trabalhadores franceses, americanos, etc., e não mais do homem abstratamente considerado. Essa fase gerou, por outro lado, movimentos nacionalistas, xenófobos e racistas²², que trouxeram graves consequências para a humanidade.

Após o fim da Segunda Guerra e os horrores do Holocausto, os direitos humanos ganharam um novo impulso, entrando, como observa Bobbio, numa terceira e última fase, na qual os direitos são, ao mesmo tempo, *universais*, ou seja, aplicam-se a todos os seres humanos, independentemente da nacionalidade, e *positivos*, no sentido de que devem ser reconhecidos e protegidos pelas legislações dos Estados²³.

Os direitos sociais também passaram a ser amplamente defendidos, constando expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como direitos intrínsecos à natureza humana e interdependentes com os direitos de liberdade. Em 1966, foi

²¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

²²Ironicamente, portanto, a própria noção de direitos humanos abriu inadvertidamente a porta para formas mais virulentas de sexismo, racismo e antissemitismo. Com efeito, as afirmações de alcance geral sobre a igualdade natural de toda a humanidade suscitavam asserções igualmente globais sobre a diferença natural, produzindo um novo opositor aos direitos humanos, até mais poderoso e sinistro do que os tradicionalistas. (HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 188).

²³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30).

firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que ratificou a ideia de unidade e interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais e apontou que os direitos sociais devem se realizar mediante a proteção das relações de trabalho, da família, da infância e da juventude, da saúde, da educação e da cultura.

A ratificação do referido pacto, entretanto, não foi matéria pacífica, sobretudo num mundo dividido entre países capitalistas de um lado e socialistas de outro. Essas divergências de ideologias redundaram em dois pactos distintos: um garantindo os direitos civis e políticos e outro com os direitos sociais, econômicos e culturais²⁴.

Nesse sentido, Bobbio ressalta que os direitos humanos constituem uma categoria heterogênea, de forma que, a partir do momento em que foram considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais, a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros.

Para o autor, essa distinção entre dois tipos de direitos humanos expõe, na verdade, também no plano teórico, duas concepções diversas de direitos do homem: a liberal e a socialista²⁵. Da mesma forma, dois modelos de Estado entram em conflito: um mais liberal, que intervém pouco, cujo principal papel é garantir o exercício das liberdades individuais, e outro socialista, com o Estado intervindo diretamente na economia e na sociedade, responsabilizando-se pela concessão dos direitos sociais, como os direitos à saúde e à educação.

Apesar das diferentes concepções, os direitos sociais, ainda que limitados ao mínimo existencial, foram incorporados pela maioria dos Estados que adotam a forma de Estados Democráticos de Direito. Como observa Nunes Junior, os direitos fundamentais demarcam o perfil do Estado que os reconhece e protege. De modo que a arquitetura dos direitos fundamentais sociais prenuncia o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar²⁶.

²⁴Importante salientar, no entanto, que o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais refletiu, em parte, o contexto de divisão mundial então experimentado: de um lado, o bloco de países capitalistas, capitaneados pelos Estados Unidos, que pontuavam a necessidade do reconhecimento dos chamados direitos de liberdade; de outro, os países do bloco socialista, liderados pela antiga União Soviética, que acentuavam a necessidade do reconhecimento de direitos sociais. O desfecho de tal tensionamento foi a celebração simultânea de dois pactos internacionais, o de direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais. (NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 56-57).

²⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 43-44.

²⁶NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 74.

Tais direitos, portanto, estão longe de ser uma unanimidade, e se relacionam intrinsecamente com a natureza e o modelo de Estado, de Direito e de Sociedade adotado, possuindo, na expressão utilizada por Alexy, o caráter politicamente explosivo²⁷, sobretudo por tratarem de problemas distributivos.

Krell observa que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da segunda geração (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência, etc.), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar, tida no mundo inteiro como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto.

O autor afirma que a maioria da doutrina alemã se dirige contra os direitos fundamentais sociais na constituição porque seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado, o que resultaria na perda de normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores²⁸.

Com efeito, a implementação dos direitos sociais, ou seja, a sua realização prática, constitui um dos pontos mais polêmicos da teoria dos direitos fundamentais, por diversos aspectos. O primeiro deles é que a sua proteção, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade, exige uma intervenção ativa do Estado, produzindo toda uma estrutura de serviços públicos que, como observa Bobbio, deu origem até mesmo a uma nova forma de Estado, o Estado social²⁹. Além disso, os direitos sociais, para serem concretizados, ampliam os poderes do Estado, provocando justamente o efeito contrário dos direitos de liberdade, que nasceram com o objetivo de limitar o poder estatal.

²⁷ A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição e também dos direitos fundamentais e bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu caráter politicamente explosivo é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 441)

²⁸ Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram ridicularizados por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como promessas vazias do Estado burguês e contos de lenda. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. (KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 24-25).

²⁹ É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas mais difíceis de resolver no que concerne àquela prática de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado e, portanto, com o objetivo de limitar o poder e, os direitos sociais exigem para a sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72).

Os custos da implementação desses direitos também provocam acaloradas discussões e põem em destaque a questão dos limites de sua realização, tendo em vista que o Estado, para implementá-los, depende dos recursos financeiros arrecadados da população. Como ressalta Alexy, para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, por exemplo, na forma de impostos e taxas. Assim, os limites decorrem não apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais³⁰.

A população sempre espera do Estado condições melhores de vida, como saúde, educação, moradia e trabalho digno. Governos são agentes provocadores de esperanças³¹. A questão que se coloca e que vários países se fazem até hoje, como a Alemanha, por exemplo, é se essas aspirações devem ser asseguradas como direitos legais ou constitucionais. Constitucionalizar direitos que dependem tão diretamente de recursos públicos para serem implementados poderia causar a sensação de que os direitos fundamentais podem ou não serem concretizados, a depender do resultado da arrecadação, ou ainda que seriam promessas vazias³².

Nesse sentido, Bobbio ressalta que a linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido³³.

Krell critica o condicionamento econômico dos direitos sociais, afirmando que condicionar a realização dos direitos sociais à existência de õcaixas cheiosõ do Estado

³⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 510.

³¹CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do governo grátis**: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 19.

³²õUna sociedad justa se aseguraría de que sus ciudadanos tuvieran alimento y vivienda; trataría de garantizarles una atención médica adecuada; se esforzaría por ofrecerles una buena educación, buenos empleos y un ambiente limpio. Pero debería perseguir esos objetivos creando derechos legales o incluso constitucionales? [...] De hecho, si etiquetáramos como õderechos constitucionalesõ algunos servicios valiosos que a veces no podemos darnos el lujo de proporcionar, podríamos incluso rebajar las libertades estadounidenses tradicionales a los ojos de los ciudadanos, que empezaría a ver los derechos constitucionales como reclamos que se puedan atender o no, dependiendo de los recursos de que disponga en el momentoõ. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 144).

³³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

significa reduzir a sua eficácia a *zero*, sobretudo num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, como é o Brasil³⁴.

A dimensão econômico-financeira dos direitos sociais será abordada ao longo do presente trabalho, inclusive com as críticas feitas à ideia de que somente os direitos sociais têm custos.

2.3 As escolhas orçamentárias e a teoria da justiça

A discussão sobre os direitos sociais envolve ainda importantes questões a respeito da justiça. Como seria uma sociedade justa, quais direitos ela deveria proteger, qual o melhor critério de justiça a ser utilizado para distribuir os recursos financeiros, são perguntas essenciais na definição dos tipos de direitos a serem assegurados pelo Estado e a sua extensão.

A relevância desses questionamentos sobressai inclusive se for levado em consideração que os recursos que garantirão a proteção desses direitos serão coletados da população mediante a tributação.

Ao longo da história da humanidade, vários autores buscaram respostas para os questionamentos a respeito da justiça, dando origem a diversas correntes de pensamento.

Rawls apresenta a sua teoria da justiça a partir da estrutura básica da sociedade, na qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais de forma justa. Os princípios de justiça que regeriam essas instituições seriam resultado de um acordo hipotético, em que as pessoas, postas numa situação original de igualdade, semelhante ao estado da natureza da teoria do contrato social, não saberiam que lugar ocupariam na sociedade, tampouco sua classe ou seu status social. Por desconhecerem sua sorte não poderiam decidir a seu favor.

Para o autor, cobertas pelo que ele chama de *véu da ignorância*, as pessoas chegariam ao acordo quanto a dois princípios de justiça: o primeiro seria a igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais; e o segundo estabeleceria que as desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade³⁵.

³⁴KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 29.

³⁵RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 17-18.

Rawls tem o grande mérito de reacender as discussões a respeito da teoria da justiça. Com uma extensa lista de críticos e seguidores, a sua teoria vem sendo amplamente debatida nos últimos anos.

Sen critica essa abordagem, que chama de "institucionalismo transcendental", afirmando que se concentra na identificação de uma justiça perfeita, da natureza do "justo", em vez de encontrar algum critério para afirmar que uma alternativa é "menos justa" do que outra³⁶. O institucionalismo transcendental estaria assim preocupado em acertar as instituições, sem focalizar as sociedades reais que poderiam surgir.

O autor parte, desse modo, para uma análise voltada para as sociedades reais e seus problemas, que chama de abordagem comparativa. Ao invés de buscar os princípios de justiça ideal e perfeita, essa abordagem faz uma leitura realista das normas comportamentais, buscando tornar as sociedades menos injustas, analisando as instituições reais, procurando meios de avaliação dos resultados delas provenientes.

Outros autores, a exemplo de Hobbes, Rousseau, Kant, e atualmente Nozick, também são transcendentalistas, pois embora tenham visões diferentes, todos abordam a justiça do ponto de vista ideal. Nesse aspecto, concorda-se com a afirmação de Sen de que essas abordagens baseadas em instituições alternativas para uma sociedade justa não são aptas a resolver a injustiça das sociedades existentes e reais. Tampouco resolvem o problema central do presente trabalho, que é a escolha de alocação dos recursos orçamentários para efetivação dos direitos sociais.

Outras abordagens podem ser citadas³⁷, como o utilitarismo, cujo princípio fundamental pode ser definido como a maior felicidade possível para o maior número de

³⁶Sen ilustra seu raciocínio com o seguinte exemplo: "Para exemplificar, se estamos tentando escolher entre um Picasso e um Dalí, de nada adianta invocar um diagnóstico (mesmo que esse diagnóstico transcendental pudesse ser feito) segundo o qual o quadro ideal no mundo é a *Mona Lisa*. Pode ser interessante ouvir isso, mas não tem nenhuma relevância na escolha entre um Dalí e um Picasso. Na verdade, para a escolha entre as duas alternativas com que deparamos, não é minimamente necessário falar sobre o que pode ser o quadro mais grandioso ou perfeito do mundo. Também não é suficiente, ou mesmo de alguma serventia específica, saber que a *Mona Lisa* é o quadro mais perfeito do mundo quando a escolha é de fato entre um Dalí e um Picasso". (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 37).

³⁷Existe uma longa tradição na análise econômica e social de identificação da realização da justiça com o que é considerado a estrutura institucional correta. Há muitos exemplos dessa concentração em instituições, com a vigorosa defesa de visões institucionais alternativas de uma sociedade justa, variando desde a panaceia do livre mercado e livre-comércio funcionando maravilhosamente até a Shangrilá da propriedade social dos meios de produção e do planejamento central magicamente eficiente. Há, no entanto, boas razões probatórias para pensar que nenhuma dessas fórmulas institucionais grandiosas geralmente proporciona o que seus defensores visionários esperam, e que seu sucesso real na geração de boas realizações sociais é completamente dependente de variadas circunstâncias sociais, econômicas, políticas e culturais. [...] E aqui de fato chegamos a uma separação de caminhos. Em contraste com tais abordagens institucionais, há teorias da justiça e da escolha social que levam bastante em conta os estados sociais que realmente emergem a fim de avaliar a forma como as coisas estão indo, e se os arranjos podem ser vistos como justos. O utilitarismo assume esse ponto de vista

peçoas. O utilitarismo parte de um cálculo de custo-benefício para avaliação das políticas públicas que proporcionem o bem-estar do maior número de peçoas, ainda que possa resultar em prejuízo ou dor para alguns.

Os autores utilitaristas sofreram várias críticas por desconsiderar questões morais. Apesar disso, o utilitarismo não foi de todo descartado, sobretudo as abordagens mais modernas, influenciando inclusive as teorias da escolha social e da escolha pública, importantes para o estudo das alocações de recursos.

Das várias teorias que tentaram, até os dias atuais, buscar modelos para um arranjo social justo, poucas serviriam de fundamento para as escolhas públicas que são feitas diuturnamente pelo Estado, sobretudo quando se trata de direitos sociais. A eleição de prioridades e a percepção de que a escassez de recursos financeiros impõe a aplicação do princípio da isonomia são um caminho que as teorias que buscam a justiça ideal não oferecem.

2.4 A crise de legitimidade dos direitos sociais

Por fim, encerrando este capítulo introdutório, é necessário destacar a crise de legitimidade enfrentada pelos direitos sociais na atualidade. A crise engloba vários aspectos, dentre os quais se destacam o alto custo de manutenção desses direitos, assim como a insuficiência da sua prestação por parte do Estado.

A primeira questão que se coloca diz respeito à própria definição de tais direitos, visto que sob o manto de direitos sociais encontram-se direitos das mais diversas ordens, como os relativos ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, ao lazer³⁸.

No rol de direitos sociais garantidos constitucionalmente está, por exemplo, o direito ao trabalho. Como pode o Estado garanti-lo se não é sua função a geração de empregos?

(mesmo que sua avaliação dos estados sociais se limite à perspectiva limitada das utilidades produzidas, ignorando todo o resto), mas, com mais abrangência, ele é assumido pela teoria da escolha social como uma abordagem à avaliação e à justiça, assim como explorada por Kenneth Arrow, em grande medida alinhada às abordagens normativas exploradas por Condorcet, Adam Smith, entre outros. (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 96-99).

³⁸CF, 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.

Esses e outros direitos que sequer estão dentre as funções do Estado contribuem para a perda de legitimidade dos direitos sociais, pois passam a existir apenas na Constituição, não tendo condições de serem minimamente efetivados.

Os legisladores, ao formularem os direitos normativamente, desconsideram ainda a escassez financeira, prometendo acesso universal à saúde, educação para todos, pleno emprego, quando econômica e financeiramente não é possível garanti-los, em virtude da ausência de recursos suficientes para todas essas demandas.

A diferença entre o que é assegurado constitucionalmente e o que de fato é garantido é brutal e produz um efeito inestimável sobre a legitimidade dos direitos sociais. Se, por um lado, serve como bandeira de luta política por conquistas sociais, por outro, gera o sentimento de que as normas constitucionais que garantem direitos sociais não passam de promessas vazias.

Outro aspecto importante diz respeito à titularidade desses direitos e aos seus sujeitos passivos, ou seja, a quem tem o dever de prestar o direito e a quem arca com as despesas da sua concessão. Como observa Canotilho, a problemática dos direitos sociais transporta também o peso de uma sociedade excessivamente *introvertida*³⁹, em que o Estado é o titular passivo dos direitos à prestação e impõe, para o cumprimento da sua função, o pagamento autoritário e coativo de impostos destinados a satisfazer as demandas prestacionais dos cidadãos.

Ao final, perde-se a noção de que os direitos, para serem concedidos, necessitam de recursos financeiros, quando sua fonte única ou principal é o pagamento de tributos. A *introversão* dissolve a noção de reciprocidade, ou seja, de que uns cidadãos pagam e outros recebem, passando a falsa ideia de que é o Estado que concede e presta os direitos.

Governos populistas costumam usar esse artifício, prometendo uma gama de prestações sociais õgratuitasõ à população⁴⁰, passando a falsa ideia de que esses direitos não

³⁹Canotilho realça os traços dessa *introversão*: õ1. Os direitos sociais implicam o *dever* de o estado fornecer as *prestações* correlativas ao objecto destes direitos; 2. Os direitos sociais postulam esquemas de *unilateralidade*: o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. Os direitos sociais eliminam a *reciprocidade*, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve, na burocracia prestacional, a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da trocaõ. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. õMetodologia *fuzzy*õ e õcamaleões normativosõ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008a. p. 97-113, p. 101).

⁴⁰õAlguém sempre paga de uma forma ou de outra algo para outro alguém que, ou não paga nada, ou paga proporcionalmente menos do que outros. Em outras palavras, toda política social efetiva configura uma política redistributiva, sendo insensato, ou irresponsável supor que alguma política social possa ser universalmente gratuita... E esta é a primeira, e não mais nociva, forma de ação dos políticos populistas: apresentar como *efetivamente* gratuitas políticas que não o são, acusando aqueles que não os imitam ou que a eles se opõem de

têm custos e que o governante os concede por bondade⁴¹. As consequências dessas políticas costumam ser desastrosas, especialmente para a economia e para as finanças do país, a exemplo do que ocorre atualmente nos países da América Latina.

O Brasil, lamentavelmente, tem servido de exemplo dessa prática nefasta para as contas públicas. Programas sociais como Bolsa-família, Pronatec⁴², Minha Casa Minha Vida, entre tantos outros, foram prometidos na eleição presidencial do ano de 2014 como se fossem uma panaceia, meras opções ideológicas do partido político de plantão. Essas promessas, embora não tivessem embasamento na realidade das finanças do País, angariaram votos, já que o povo, carente de tantas coisas, mas sobretudo de educação financeira, ainda acredita na promessa do “governo grátis”⁴³.

O desfecho, porém, é sempre o mesmo, considerando-se que o financiamento dos programas sociais é feito com recursos públicos. Esses, como já salientado, são escassos, tendo que ser aplicados com responsabilidade. O volume de gastos públicos no primeiro governo da presidente Dilma Roussef (2010-2014) foi elevadíssimo, não só com programas sociais, mas com a burocracia em geral, sem a preocupação com o equilíbrio orçamentário.

O resultado foi o previsto: antes mesmo de tomar posse no segundo mandato o governo admitiu que estava com dificuldades econômico-financeiras e anunciou diversos cortes, cujas principais áreas foram os direitos sociais, como o seguro-desemprego, a pensão por morte e o abono de permanência⁴⁴.

defensores da injustiça social. (SANTOS, Wanderley Guilherme. **Razões da desordem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 34-36).

⁴¹A respeito do tema, Paulo Rabelo de Castro chama esse fenômeno de “governo grátis”: “O ponto culminante do ilusionismo político é o governo grátis. O mito do governante que seja capaz de produzir benefícios coletivos sem qualquer custo para a sociedade é a forma mais sofisticada de se criar a ilusão coletiva da gratuidade a respeito de tudo que seja ou provenha do setor público”. (CASTRO, Paulo Rabelo de. **O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 22).

⁴²Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec).

⁴³“A retórica em torno da gratuidade dos direitos em geral é deveras prejudicial, simplesmente por ignorar ou desconsiderar o que resulta no mesmo os elevadíssimos custos subjacentes às prestações públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, o discurso público em torno de tais direitos tidos por gratuitos obstaculiza a perfeita compreensão das escolhas públicas a eles subjacentes, pois, tendo em vista a escassez de recursos estatais, a opção pela proteção de um direito aparentemente “gratuito” significa de modo direto e imediato o desprezo por outros (em princípio, não “gratuitos”). Esta opção é fundada na desconsideração dos custos e será, só por isso, inevitavelmente trágica. Tal fato, aliado, em um clima de insinceridade normativa, à multiplicação dos direitos, *rectius*: de promessas de direitos fundamentais irrealizáveis e das respectivas prestações públicas (igualmente irrealizáveis), conduz invariavelmente (i) à desvalorização dos direitos mesmos (já se disse que se tudo é direito, nada mais é direito), (ii) à malfadada irresponsabilidade dos indivíduos e (iii) à injustiça social. (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 325).

⁴⁴HAUBERT, Mariana; CUCOLO, Eduardo. Governo muda benefícios como pensão por morte e seguro-desemprego. **Folha de S.Paulo**, Brasília, 29 dez. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1568439-governo-muda-regra-de-pagamento-de-beneficios-como-seguro-desemprego.shtml>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

Ao longo do ano de 2015, novos cortes foram anunciados, sendo as áreas de saúde e educação as que mais sofreram restrições.

Isso porque por mais justos e necessários que sejam os direitos, eles precisam ser economicamente sustentáveis, é preciso que haja recursos para sua concessão. Ressalte-se que não se trata aqui de um discurso em oposição à concessão dos direitos sociais. Pelo contrário, o objetivo da pesquisa é tratá-los de forma responsável, sem demagogia, levando em consideração as implicações do seu reconhecimento no âmbito de um determinado país.

O caminho para a concretização desses direitos começa, portanto, com a definição de seu rol, partindo-se do pressuposto do que realmente é função do Estado e do que é possível e economicamente sustentável ser garantido. Para isso, volta-se ao início do capítulo para se definir o perfil do Estado, as suas funções e as prioridades a serem garantidas.

Após, é imprescindível a realização do que Canotilho chama de *des-introversão*⁴⁵ do esquema jurídico da relação prestacional, isto é, a definição de quem de fato paga pelos serviços sociais gratuitos oferecidos pelo Estado e quem é o beneficiário. Isso porque não é o Estado que paga pelos serviços sociais, com recursos próprios, mas os contribuintes, por intermédio dos seus tributos. Não se trata de uma relação unilateral em que o Estado concede as prestações e os cidadãos as recebem. O Estado, na verdade, exerce a função de distribuidor de receitas, recebendo os tributos e aplicando-os nas áreas consideradas prioritárias.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o financiamento dos direitos prestacionais, bem como de todos os outros, tem como fonte de recursos o dinheiro arrecadado com o pagamento de tributos e que esses são, por natureza, limitados, chega-se à primeira premissa que vai orientar o presente trabalho: *não é possível atender a todas as demandas*.

Diante da limitação de recursos e das infinitas demandas sociais, surge a necessidade de estabelecimento de prioridades, que vão definir a alocação de recursos para as

⁴⁵ [...] Há hoje o sentimento difuso ó mas não ideias claras! ó de que a *dinamização* dos direitos sociais passa por uma *des-introversão* do esquema jurídico da relação prestacional. Quem paga não é o Estado: são uns cidadãos que contribuem (os contribuintes os tomadores de encargos os pagadores de prestações) e são outros os cidadãos que recebem (os beneficiários os tomadores de prestações). Isto é sabido é uma verificação banal. No discurso sobre os direitos sociais a relação prestacional tem sido escondida num unilateral *dever de socialidade* do Estado, e justificada na feia impessoalidade através de princípios técnico-financeiros, como, por exemplo, o da não afectação de receitas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008a. p. 97-113, p. 102).

áreas escolhidas. O que se vê, atualmente, é que pouca ou nenhuma atenção à elaboração do orçamento público é dada pelos teóricos dos direitos fundamentais.

Quando se trata de direitos sociais, então, a preocupação mais frequente, além daquela que clama por mais direitos, é a que compara o gasto público dos direitos sociais com os direitos ditos de primeira geração, como segurança, garantia da propriedade ou da liberdade, para afirmar o óbvio: que todos os direitos têm custos.

Olvidam os autores, no entanto, que quanto se gasta e com que se gasta é uma decisão política⁴⁶, pouco tendo relação com a natureza dos direitos, se negativos ou positivos. E é justamente essa decisão, que define para onde vai o dinheiro, que passa à margem das discussões teóricas.

A elaboração do orçamento constitui assim etapa fundamental na concretização dos direitos fundamentais, sendo palco de disputas e concessões políticas. Sob essa ótica, os direitos passam a ser vistos não como absolutos, alheios ao tempo e ao espaço, mas como variáveis, resultado de alocações de recursos coletivos escassos. A definição de critérios para que essa alocação seja feita de forma a concretizar os direitos sociais da maneira mais eficiente possível é o objetivo da presente pesquisa.

⁴⁶ Todos los derechos están protegidos hasta cierto punto, y ese punto depende en parte de las decisiones presupuestarias sobre la asignación de recursos públicos escasos. Si los derechos tienen costos, entonces, nos guste o no, la política es una carta de triunfo, como sostiene el aforismo del científico político B. Guy Peters (1991, p.3), que nos recuerda el papel inevitable de la decisión política en la creación del presupuesto público. [í] Pero hay otra variable más mundana, porque los derechos arraigan en el más movido de los suelos políticos, el del presupuesto anual, un proceso erizado de transacciones y concesiones políticas. Los derechos, erigidos sobre ese terreno incierto, tienden a ser menos inamovibles de lo que la necesidad de certeza legal podría llevarnos a desear. Por lo tanto, teniendo en cuenta esa realidad inestable, no deberíamos imaginar los derechos como algo ajeno al tiempo y al lugar, ni tampoco como entidades de carácter absoluto. Es más realista y productivo definirlos como poderes individuales derivados del hecho de ser miembro de, o estar afiliado a, una comunidad política, y como inversiones selectivas de recursos colectivos escasos destinadas a alcanzar objetivos comunes y resolver problemas que, en líneas generales, se consideran comunes a todos y urgentes. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 144-146).

3 DIREITOS SOCIAIS E A SUA APLICABILIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO

A delimitação dos conceitos é o primeiro desafio de quem se debruça sobre um problema jurídico. Quando se trata de direitos sociais, a confusão terminológica é um dos grandes empecilhos para um estudo sério a respeito da sua extensão e da sua concretização.

O tratamento conferido aos direitos sociais pelos teóricos do Direito é objeto de constantes críticas, como a proferida por Canotilho, que o acusa de *“fuzzismo”*⁴⁷, termo que caracteriza imprecisão e vagueza. Muito dessa imprecisão redundava da diversidade de direitos que são assegurados nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Alexy ressalta que o caos terminológico⁴⁸ é um dos grandes entraves para um acordo a respeito dos direitos a prestações. Com efeito, sob a terminologia de direitos sociais encontra-se uma gama de direitos heterogêneos, como direito ao trabalho, direito à educação, direito à moradia, direito à infância e à adolescência, dentre outros, de conteúdo indefinido. Como exemplo, pode-se citar o direito à educação: qual o conteúdo desse direito? O que ele assegura aos seus titulares? Embora a Constituição de 1988 tenha dedicado vários artigos a esse direito, ainda assim é difícil definir o seu conteúdo.

As consequências da imprecisão são evidentes: como saber se esse direito foi assegurado? Ou melhor, quando considerar que o direito à educação foi infringido se sequer se pode precisar seu conteúdo? Os exemplos seguem com relação ao direito ao trabalho, a começar pelo sujeito passivo. Se não é o Estado o responsável pelo mercado de trabalho, como assegurar esse direito? Quem será o sujeito passivo de uma possível ação em caso de infração?

A enumeração dessas dificuldades reforça a necessidade de aprofundamento na delimitação dos conceitos de direitos sociais, pois mesmo quando se trata de escassez de

⁴⁷“Como todos sabem *fuzzy* significa em inglês ‘coisas vagas’ ‘indistintas’ ‘indeterminadas’. Por vezes, o estilo ‘fuzzysta’ aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da ‘vagueza’ ‘indeterminação’ e ‘impressionismo’ que a *teoria da ciência* vem apelidando, em termos caricaturais, de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’ [...] Em toda a sua radicalidade, a censura do ‘fuzzismo’ lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos económicos, sociais e culturais. Assim, por exemplo, quando insistem nas fórmulas emancipatórias do direito ‘ao emprego’ ou ao ‘trabalho’ ultrapassarão os juristas as metanarrativas da modernidade sobre a libertação do sujeito histórico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia fuzzy* e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008a. p. 97-113, p. 99).

⁴⁸“Na polémica acerca dos direitos a prestações um acordo é dificultado não apenas em razão de concepções fundamentais diversas, mas também em virtude de obscuridades conceituais e dogmáticas fundamentais, caracterizadas, entre outras coisas, por um caos terminológico frequentemente criticado” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 441)

recursos financeiros e escolhas alocativas, é importante saber até que ponto um direito pode ser restringido quando em choque com outras prioridades. Para isso é de fundamental importância saber o conteúdo desse direito.

Com efeito, o termo "Direito" tem diversos significados⁴⁹, e um equívoco recorrentemente cometido é usá-lo indistintamente. Quando se trata de direitos fundamentais, há ainda duas abordagens possíveis: uma moral ou ideal e uma positiva ou descritiva. A concepção moral dos direitos fundamentais investiga o direito ideal, aquele que é comum ou que deveria ser comum a todos os seres humanos; a abordagem positiva ou descritiva se volta para a análise dos direitos positivados, ou seja, dos direitos que são assegurados por uma ordem jurídica determinada.

As diferenças entre as duas concepções tornam-se evidentes quando se observa que os direitos fundamentais positivados contam com a proteção de um sistema jurídico organizado, cuja violação enseja uma sanção, podendo inclusive contar com o uso legal da força para serem assegurados⁵⁰. Os direitos, sob o ponto de vista moral, por outro lado, embora possam ser usados como modelo ou inspiração para o direito positivo, não contam com uma ordem de coação, visto que as sanções são internas, da consciência do indivíduo, ou sociais, mas sem o uso da força física⁵¹.

⁴⁹ "A palavra Direito é plurissignificativa, podendo ter o sentido de: (i) o antônimo de torto, ou do esquerdo; (ii) um modelo ideal de correção ou justiça; (iii) o conjunto de normas que disciplina o comportamento humano em determinada sociedade; (iv) o conhecimento que se tem do conjunto de normas antes mencionado, de seu funcionamento e da realidade que lhe é subjacente; (v) o resultado da incidência de uma norma sobre um fato nela previsto (direito subjetivo) etcö. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7).

⁵⁰ "El término "derechos" tiene muchos referentes y matices de significado. En líneas generales, hay dos maneras de encarar el asunto: una moral y otra descriptiva. La primera los asocia con principios o ideales morales. Los identifica no consultando las leyes y el derecho, sino preguntando a qué tienen derecho moralmente los seres humanos. [...] Un segundo enfoque de los derechos está orientado no tanto a justificar sino a explicar cómo funcionan efectivamente los sistemas legales. No es una visión moral; no toma posición sobre qué intereses humanos, desde un punto de vista filosófico, son más importantes y meritorios. No afirma ni niega el escepticismo ético ni el relativismo moral. En cambio, es una indagación empírica sobre qué tipo de intereses protege de hecho una determinada sociedad políticamente organizada. Dentro de ese marco, un interés califica como derecho cuando un sistema legal efectivo lo trata como tal utilizando recursos colectivos para defenderlo. Como capacidad creada y mantenida por el Estado para evitar o compensar daños, en el sentido legal un derecho es, por definición, "hijo de la ley" [...] Los derechos en sentido legal tienen "dientes" [...] Los derechos morales, en cambio, si no están respaldados por la fuerza de la ley, carecen de dientes por definición. Los que no se exigen son aspiraciones que obligan a la conciencia, no poderes que obligan a los funcionarios. Imponen deberes morales a toda la humanidad, pero no obligaciones legales a los habitantes del territorio limitado de un Estado nacionalö. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 34-35).

⁵¹ "Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando ó como já mostramos ó se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposita um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de

Uma ordem positiva terá seu grau de legitimidade e aceitação no seio de uma comunidade jurídica tão mais elevado quanto maior for a sua proximidade com os direitos moralmente nela reconhecidos. Daí a importância do estudo de ambas as concepções.

Temas como custos e escassez de recursos financeiros do Estado, todavia, dizem respeito aos direitos positivados, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, não se referindo a direitos morais⁵². Embora, ressalte-se, seja importante que moralmente se leve em consideração os custos e os gastos públicos, a fim de aproximar os direitos da realidade, sobretudo porque, diante da escassez, a distribuição de recursos sempre envolve dilemas morais de alocação.

No presente trabalho, porém, em virtude das limitações espaciais e temporais próprias de uma dissertação, a pesquisa se restringirá aos direitos fundamentais, ou seja, aos direitos positivados.

Desse modo, neste capítulo faz-se uma explanação sobre o conceito e a estrutura dos direitos sociais, a fim de se delimitar o objeto da presente pesquisa. Além disso, analisa-se de forma crítica sua divisão em direitos positivos e negativos e sua classificação como direitos positivos. Por fim, expõe-se o tratamento conferido aos direitos sociais no Direito brasileiro pela Constituição de 1988.

3.1 Direito social como direito subjetivo

Uma das dificuldades de se definir os direitos sociais como direito subjetivo encontra-se na utilização de conceitos próprios de Direito Privado para definição de institutos de Direito Público.

Com efeito, o direito subjetivo, conceito oriundo do direito privado, é um poder jurídico conferido a um indivíduo, por uma norma jurídica⁵³, de fazer valer o não

conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 71).

⁵²Como destacam Holmes e Sustain, os custos só interessam aos direitos morais, se esses estiverem positivados: "Pero el costo de los derechos es en primera instancia un tema descriptivo, no moral. Los derechos morales sólo tienen costos presupuestarios si su naturaleza y su alcance preciso están estipulados e interpretados políticamente, es decir, sólo si son reconocidos por la ley." (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 36).

⁵³Diz-se que uma norma garante um *direito subjetivo* quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Assim, por ex., quando a Constituição consagra, no art. 24º., o direito à vida, poder-se-á dizer que: (1) o indivíduo tem o *direito* perante o Estado a não ser morto por este (proibição da pena de morte legal); o Estado tem a *obrigação* de se abster de atentar

cumprimento de um dever jurídico de outrem, de fazer, permitir ou omitir, mediante uma ação judicial⁵⁴.

Como destaca Arango, é possível distinguir três características na definição de direito subjetivo: a) uma **norma jurídica**; b) uma **obrigação jurídica** de outrem derivada dessa norma; e c) um **poder jurídico** para a consecução de interesses próprios reconhecidos a um sujeito (uma **posição jurídica**)⁵⁵.

Em relação aos direitos a prestações ou direitos sociais a relação se estabelece entre o titular do direito, o Estado, e a ação estatal positiva. Assim, aplicando-se o conceito de direito subjetivo aos direitos fundamentais sociais tem-se que *se* o sujeito (*A*) tem um direito a uma ação positiva (*p*) em face do Estado (*E*), *então* o Estado (*E*) tem o dever de realizar essa ação (*p*) em relação a *A*⁵⁶. E mais: caso não seja possível o cumprimento da prestação, o Estado tem o dever de indenizar *A* pelos danos causados por esse não cumprimento. Uma vez configurada essa relação envolvendo um direito subjetivo, o titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação do Estado de realizar a prestação ou ainda a reparação dos danos pelo não cumprimento da mesma.

Exatamente nesse ponto, quando o direito fundamental à prestação segue o seu curso natural de concretização, surgem os problemas relacionados com orçamento, escassez de recursos financeiros, origem dos recursos para o pagamento dessas prestações ou indenizações, escolhas públicas de alocações de recursos, além de com o papel do Judiciário na configuração do Estado.

contra a vida do indivíduo; (2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar actos (activos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 533).

⁵⁴É a lição de Kelsen: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 162).

⁵⁵No original: oPor derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entiende generalmente el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma leal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro hacer, permitir u omitir algo. Según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una **norma jurídica**, (ii) una **obligación jurídica** de otro derivada de esta norma, y (iii) un **poder jurídico** para la consecución de **intereses** propios reconocidos al sujeto (es decir, una **posición jurídica**). (ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005, p. 8-9)

⁵⁶oEnquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação a a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 445).

Questiona-se inclusive a respeito da natureza dos direitos a prestações como direito subjetivo ou como verdadeiros direitos, em virtude da correlação entre o direito garantido e o dever correspondente do Estado de cumprir as promessas constitucionais, criando meios materiais para o exercício desses direitos. Além disso, o reconhecimento do direito dá ao indivíduo a prerrogativa de exigir judicialmente a prestação a que tem direito.

Canotilho, ilustrando as dificuldades inerentes aos referidos direitos, pergunta se a partir do direito ao trabalho pode derivar, por exemplo, o dever do Estado de criar postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho. Do mesmo modo, com base no direito de expressão, indaga se é legítimo derivar o dever do Estado de criar meios de informação e de colocá-los à disposição dos cidadãos, reconhecendo-lhes o direito de exigir sua criação⁵⁷.

Nesse sentido, Alexy, ressaltando a diferença entre os direitos a ações negativas e os direitos a ações positivas, afirma que enquanto os primeiros impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos, os segundos, por impor ao Estado a persecução de alguns objetivos, suscitam o problema de saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos⁵⁸.

Na doutrina brasileira, Amaral afirma que os direitos fundamentais têm natureza própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado⁵⁹, de forma que as pretensões voltadas a prestações positivas que podem ser formuladas com amparo em direitos humanos não encontram correlação necessária em deveres estatais⁶⁰.

⁵⁷õAfirma-se a existência de *direitos originários* a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) Estes problemas apontam para o problema fundamental dos direitos originários a prestações: a garantia da proteção jurídica pressupõe uma actuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, o que leva a uma significativa parte da doutrina a negar a sua configuração como verdadeiros direitosõ. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 543).

⁵⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.

⁵⁹õAo nosso ver, os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado. Não são eles meras regras de estrutura, pois indisfarçavelmente há direitos fundamentais voltados a prestações positivas e, por outro lado, os conflitos intersubjetivos baseados em direitos fundamentais obrigam a uma intervenção estatal nas esferas protegidas por esses direitos, muitas vezes para limitá-los, o que seria impensável se sua natureza fosse de norma de estrutura, hipótese em que faltaria competência ao Estado. Não são eles meros valores jurídicos a orientar a formação do ordenamento ou concessões estatais, mas, ao contrário, investem o particular em diversas prerrogativas, legitimando-o a exigir dadas condutas estataisõ. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 96).

⁶⁰Nesse mesmo sentido, Canotilho destaca que õ[...] o mundo de hoje dos direitos não se reduz ao -direito hohfeldianoõó afirmar um direito hohfeldiano é afirmar uma tripla relação entre duas pessoas e o acto de uma delas, na medida em que esse acto afecta a outra ó, antes exige uma aguda consciência das -nuancesõ ou -gradaçõesõ das posições jurídicas garantidas no catálogo dos direitos fundamentaisõ. (CANOTILHO,

Nesse aspecto, o autor destaca que a doutrina se divide basicamente em três correntes: a dos que negam eficácia aos direitos sociais, já que a carga positiva depende de mediação do legislador e da existência de meios materiais, a dos que colocam esses direitos no mesmo nível que os direitos individuais, e uma terceira que os visualiza sob a ótica da õreserva do possível, visto que a sua realização demanda emprego de recursos financeiros⁶¹.

No Direito brasileiro, a Constituição de 1988 incluiu os direitos sociais no õTítulo II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, considerando-os, portanto, um direito fundamental, tal como os direitos individuais e coletivos, sem distinção. Além disso, estabeleceu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁶², afastando assim as teorias que definem as normas de direitos sociais como programáticas.

Silva ressalta, porém, que o fato de a Constituição estatuir que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os direitos fundamentais⁶³.

Alexy destaca, ainda, que saber quando uma norma confere direitos subjetivos é uma questão que tem importância prática, sobretudo processual. Para ele, esse problema surge quando o texto normativo deixa a questão em aberto, atribuindo ao Estado a obrigação de realizar uma determinada ação, mas sem definir se o particular tem direito à realização dessa ação estatal⁶⁴.

Por outro lado, há autores cuja opinião é contrária ao reconhecimento dos direitos sociais como direito subjetivo, a exemplo de Timm, que afirma que o que caracteriza um direito como social é a sua não apropriação por um indivíduo, mas estar, ao invés, à disposição de toda a sociedade⁶⁵. Comparato, por sua vez, defende que o objeto dos direitos

Joaquim José Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008c. p. 35-68, p. 67).

⁶¹AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61.

⁶²CF, Art. 5º, §1º.

⁶³õPor regras, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos económicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade imediata, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 184).

⁶⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 500-501.

⁶⁵O autor prossegue afirmando que: õ[...] o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível *x* de funcionamento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento

econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública, de forma que os direitos sociais não criam pretensão individual a favor do titular⁶⁶.

Sarmento critica esse posicionamento por não proporcionar aos titulares desses direitos uma proteção adequada. Para ele, do ponto de vista dogmático, se os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais eles possuem titulares e se radicam na pessoa humana, de forma que é incorreta a posição que lhes nega dimensão subjetiva. O autor também não considera viável conceber os direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, em virtude da escassez de recursos e da existência de diversas formas de sua realização, além do que o legislador tem primazia sobre o Judiciário na adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e como deve ser concretizado cada direito. Para ele, o modelo mais comprometido com a efetivação dos direitos sociais é o proposto por Alexy, segundo o qual os direitos sociais são direitos subjetivos garantidos *prima facie*, ou seja, são direitos subjetivos, mas possuem natureza principiológica, de forma que se sujeitam a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesse processo de ponderação entrariam em jogo os princípios da separação de poderes, da democracia, além dos direitos de terceiros afetados pela decisão, inclusive do ponto de vista financeiro⁶⁷.

A respeito do assunto, o presente trabalho segue o posicionamento defendido por Alexy, por ser o que melhor alia o conceito constitucional de direito fundamental com a realidade prática, de forma que, embora seja possível pleitear judicialmente a proteção de um direito social, a tutela deve ser ponderada com os demais princípios constitucionais.

do posto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual. (TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61).

⁶⁶Ora, uma das grandes insuficiências da teoria dos direitos humanos é o fato de se não haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais. Mas como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento não cria pretensão a ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza. (COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260).

⁶⁷SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

3.2 Estrutura das normas de direitos sociais

As normas que disciplinam os direitos fundamentais sociais possuem diversos tipos⁶⁸. Primeiramente, cumpre ressaltar que ao lado do aspecto subjetivo, as normas de direitos sociais podem ainda obrigar o Estado, possuindo assim um aspecto objetivo. Com efeito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais enseja um dever de proteção do Estado contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados. Além disso, o aspecto objetivo confere às referidas normas um papel de diretriz interpretativa, que irradia por todo o ordenamento⁶⁹.

As normas podem ainda ser *vinculantes*, quando o seu descumprimento ensejar proteção judicial⁷⁰, ou *não vinculantes*, a exemplo das normas programáticas⁷¹.

No Brasil, durante muito tempo, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, vigeu na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as normas constitucionais de direitos sociais possuíam caráter programático, não tendo aplicabilidade imediata⁷².

⁶⁸As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica "direitos fundamentais sociais" são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não-vinculantes* ó neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como *vinculante* se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios. Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 500-501).

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168-169.

⁷⁰Em um sistema jurídico, que conhece a divisão de poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala em favor disto, de designar como *juridicamente vinculativas* somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, por um tribunal pode ser comprovada, que, portanto são *justiciáveis*. [...] Normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser comprovada por nenhum tribunal, têm, pelo contrário, um caráter não-justiciável e são, sob esse aspecto, *vinculativas não juridicamente*, mas, no máximo, moral ou politicamente. Elas são proposições programáticas ou, se se quer formular polemicamente, mera *lógica constitucional*. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62).

⁷¹No magistério de José Afonso da Silva, normas programáticas são "aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado". (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138).

⁷²Como observa Bonavides: "Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude da própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos

Sarmiento destaca que tal discurso impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado, sendo raríssimas as intervenções judiciais nesse campo, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais⁷³.

Atualmente, porém, o Judiciário está cada vez mais atuando no controle das políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, que deixaram de ser vistos como normas programáticas, passando a ser vistos como normas de aplicabilidade imediata, tal como preconizado no § 1º do art. 5º da Constituição Federal⁷⁴. Assim, a todo instante surgem decisões determinando o fornecimento de remédios, a matrícula em escolas públicas, tratamentos de doenças raras, dentre tantas outras, comprometendo substancialmente o orçamento público destinado à efetivação dos direitos sociais.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que uma das objeções formais levantadas contra os direitos fundamentais sociais, segundo Alexy, aponta para um dilema: se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional; se não forem vinculantes implicam violação da cláusula de vinculação do art. 1º, § 3º, da Constituição alemã⁷⁵.

De certa forma, a crítica se aplica ao momento atual, com o Judiciário cada vez mais ativista em matéria de direitos fundamentais sociais, muitas vezes ignorando as escolhas políticas e o orçamento público. É necessário que se busque com urgência um ponto de equilíbrio entre a efetividade dos direitos sociais e os demais princípios constitucionais.

3.3 Classificação dos direitos em negativos e positivos e principais críticos

Classicamente a doutrina divide os direitos fundamentais em direitos negativos e direitos positivos. Os direitos negativos seriam aqueles cuja efetivação não resultaria em

direitos fundamentais. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 564).

⁷³O autor afirma ainda que: "Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de *todos* os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas". (SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586).

⁷⁴Art. 5º [...] §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 507.

custos para o Erário, relacionados com a mera omissão ou não agressão por parte do Estado.

Exemplo de direitos negativos seriam os direitos de defesa ou liberdade, também conhecidos como direitos de primeira geração⁷⁶, como liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, direito de propriedade, liberdade religiosa, entre outros. Considerados direitos contra o Estado, os direitos negativos seriam direitos cuja garantia requer que o Estado se abstenha⁷⁷ de neles interferir, sem ter que dispender recursos financeiros para a sua manutenção.

Os direitos positivos, por outro lado, são identificados com os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, caracterizando-se pela necessidade de uma ação positiva por parte do Estado para a sua efetivação, não sendo garantidos apenas pela omissão ou não interferência.

Como exemplos de direitos positivos podem-se citar os direitos à saúde, à moradia, à educação, entre outros, para cuja garantia é necessária uma ação efetiva do Estado, como a construção de hospitais, escolas, moradias, além da manutenção do serviço com a compra de materiais, a contratação de médicos, enfermeiras, professoras, etc.

Tais direitos exigem, assim, o dispêndio de recursos públicos em quantias consideráveis, dependendo a sua efetivação da existência e disponibilidade desses recursos financeiros. Em virtude dessa característica os direitos positivos, em especial os direitos sociais, foram alvos de duras críticas, por necessitarem de altas somas financeiras para a sua manutenção. Alguns países, inclusive como a Alemanha, por exemplo, sequer positivaram os direitos sociais em suas constituições.

Os direitos negativos seriam, assim, direitos que excluem o governo, protegendo a liberdade, enquanto os direitos positivos exigem a participação efetiva do Estado, tendo a igualdade como valor maior a ser protegido. Os primeiros defendem os indivíduos contra a

⁷⁶Ou de primeira dimensão, como preferem alguns autores, como o professor Paulo Bonavides, para quem o termo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo "geração", caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 571-572). Feita a ressalva, destaque-se que, no presente trabalho, os termos serão usados como sinônimos.

⁷⁷São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. [...]Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137-138).

ação do Estado, enquanto os segundos oferecem serviços do Estado, com a finalidade de reduzir as desigualdades materiais entre os indivíduos⁷⁸.

Como consequência dessa divisão, os direitos negativos, por serem oponíveis ao Estado e estabelecerem zonas de não interferência ou de omissão do Estado em relação aos indivíduos livres, não exigindo o gasto de recursos públicos para a sua existência, seriam direitos imediatamente aplicáveis; enquanto os direitos positivos ou prestacionais, entre os quais se incluem os direitos sociais, por necessitarem de ações por parte do Estado e, portanto, de gastos públicos para sua concessão e manutenção, não seriam imediatamente aplicáveis, dependendo da disponibilidade de recursos e das condições econômicas para a sua concessão.

Essa distinção, entretanto, tem sido alvo de diversas críticas, sobretudo por ser demasiadamente simplista, separando de um lado os direitos de defesa, cuja efetivação supostamente não implicaria custos, portanto seriam de aplicação imediata, e de outro os direitos sociais, econômicos e culturais, cujos custos financeiros impostos ao Estado impediriam a sua aplicação de forma automática, tornando-os dependentes da disponibilidade de recursos financeiros, entre outros fatores.

A crítica principal centra-se no argumento de que todos os direitos, não importando se forem civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, têm um custo⁷⁹. Com efeito, os direitos de defesa, ou tidos como negativos, não se esgotam na abstenção ou não intervenção, necessitando de um aparato estatal para a sua garantia⁸⁰, como a regulação e a

⁷⁸Como observam Holmes e Sustain: «Los derechos negativos destierran y excluyen al gobierno; los positivos lo exigen e invitan. Para los primeros, los funcionarios públicos son una molestia, mientras que los segundos requieren su intervención activa. Lo característico de los derechos negativos es que protegen la libertad, mientras que los positivos impulsan la igualdad. Los primeros protegen un reino privado, en tanto que los segundos reasignan los dólares recaudados. Los primeros son privativos u obstruccionistas; los segundos son caritativos y contributivos. Si los derechos negativos nos ofrecen refugio contra el gobierno, los positivos nos conceden servicios de éste. Entre los primeros se cuentan los derechos de propiedad y de contratación y, por supuesto, la libertad de no ser torturado por la policía; los segundos incluyen el derecho a recibir cupones para canjear por comida, las viviendas subsidiadas y los pagos mínimos de asistencia social». (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 60).

⁷⁹A crítica mais famosa a referida divisão foi formulada por Stephen Holmes e Cass R. Sustain, no livro intitulado «O custo dos direitos» (*The cost of rights*, no original. No presente trabalho será usada a versão em espanhol), que professam que todos os direitos são positivos: «La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos». (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 69).

⁸⁰«Todos os direitos fundamentais são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem ó para a sua realização ó um conjunto de medidas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo, de tal sorte que a circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional».

estruturação de um Poder Judiciário⁸¹, para protegê-lo contra as interferências ilícitas do próprio Estado e de outros particulares, e a polícia, para fazer valer as decisões que o protegem⁸². O direito de ir e vir, por exemplo, se de um lado exige a não interferência na movimentação do indivíduo, de outro impõe a existência de vias de transporte e de locomoção que propiciem o exercício dessa liberdade em segurança. O direito de propriedade, um clássico direito de primeira geração, para existir e ser usufruído, exige do Estado gastos com policiamento para evitar turbação, com registro em cartórios, um corpo de bombeiros, para evitar incêndios⁸³, enfim, uma rede de apoio governamental, sem a qual deixaria de ter proteção. Aliás, o gasto público para a manutenção e garantia dos direitos de defesa muitas vezes é maior do que o gasto com os direitos sociais e assistência social.

Por outro lado, nem todos os direitos de segunda geração, como os direitos sociais, são direitos positivos. O direito de livre associação sindical e o direito de greve, por exemplo, são direitos de não interferência, ou de abstenção por parte do Poder Público, não exigindo para a sua concretização nenhuma prestação material. Os demais direitos, como o direito à educação, à moradia ou à saúde, da mesma forma possuem facetas negativas, a

(SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 285).

⁸¹õ[...] os *derechos de defensa* apresentam problemas semelhantes aos dos modernos direitos a prestações (direito à saúde, direito à escola, direito à habitação). Reconhecer direitos de defesa significa *direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de sentenças judiciais*. Esses direitos não podem, porém, ser realizados eficazmente sem a intervenção do Estado (que cria tribunais, estabelece processos e procedimentos, organiza as magistraturas, impõe o cumprimento de decisões). Consequentemente, a sua estrutura básica não se diferencia dos vulgarmente chamados direitos a prestaçõesõ (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudios sobre derechos fundamentales**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008c. p. 35-68, p. 77).

⁸²õLa distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación ó destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos ó, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien en que constituye el objeto del derecho. [...] En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos ó salud, vivienda, educación, seguridad social ó el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afectenõ. (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 3-29, p. 5).

⁸³Holmes e Susteian citam em seu livro (O custo dos direitos) o caso de um incêndio ocorrido em West Hampton, uma das zonas mais bonitas dos Estados Unidos, que, para ser controlado, mobilizou funcionários de todos os níveis de Governo, municipais, estaduais e federais, custando para os cofres públicos algo em torno de 2,9 milhões de dólares. Ao final, não morreu ninguém e a destruição de propriedades foi mínima, mas o gasto de recursos públicos para a proteção da vida dos cidadãos e das propriedades privadas foi altíssimo. E concluem que õa la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicosõ. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 31-33).

exemplo da não adoção pelo Estado de medidas que os contrariem, como o fechamento de escolas ou hospitais, ou ainda o estabelecimento de políticas públicas que impeçam ou prejudiquem o acesso à moradia⁸⁴.

A divisão em direitos positivos ou negativos, ou ainda em direitos civis e políticos de um lado e econômicos e sociais de outro para esses autores, portanto, teria valor para situar historicamente o seu surgimento e positividade, assim como para contextualizá-los historicamente dentro de paradigmas político-ideológicos distintos⁸⁵, mas do ponto de vista das obrigações estatais em relação a tais direitos, o que se observa é um *continuum* de direitos e não uma separação estanque⁸⁶.

Todos os direitos, desse modo, independentemente da classificação, seriam positivos e implicariam custos para o Estado⁸⁷, justamente porque a sua garantia exige um aparato estatal que abrange um Poder Judiciário, uma polícia, oficiais de registro, entre outros funcionários, para monitorar e controlar o seu gozo⁸⁸.

⁸⁴Os direitos fundamentais a prestações ó mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* ó geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, consoante assinalado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal [...]. Neste particular, a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental. Cuida-se, neste particular, da assim denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, à que já se fez referência. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 297).

⁸⁵En nuestra opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas o matrices político-ideológicos diferentes de regulación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivados los diversos derechos. (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 47-48)

⁸⁶Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales o culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. [...] En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria. (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 27)

⁸⁷Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles, y por esta razón, la ley sólo puede ser permisiva si al mismo tiempo es obligatoria. [...] Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorar y controlar. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 64-65).

⁸⁸El argumento de que las naciones pobres pueden permitirse la primera generación de derechos pero no la segunda no es de todo falso, pero, así expresado, es demasiado simple. Si los derechos de primera generación se toman en serio y resultan demasiado costosos, los países verdaderamente pobres tampoco pueden permitírselos. No pueden asegurar que el derecho a un proceso judicial justo sea siempre respetado en la práctica, como no siempre respeta en los barrios pobres de Estados Unidos a pesar de la riqueza sin

Outros autores, embora compreendam que de fato todos os direitos, independentemente da classificação, ocasionam alguma espécie de custo aos cofres públicos, não havendo direitos meramente negativos do ponto de vista econômico, defendem que há direitos que não dependem *necessariamente* de uma ação estatal, como a liberdade de expressão e a religiosa, enquanto outros, para serem concretizados, dependem *intrinsecamente* de uma ação estatal, como os direitos ligados à assistência social⁸⁹.

Isso quer dizer que, abstraindo-se os custos comuns a todos os direitos, como a estruturação de um judiciário, da polícia, corpo de bombeiros, etc., para esses autores há diferenças entre os direitos em relação à forma como são efetivados. Um exemplo é o da liberdade de expressão. Para o cumprimento desse direito, fora a estrutura básica estatal, não há problemas orçamentários que impeçam o seu exercício; ao contrário, direitos relacionados à assistência social, como o fornecimento de medicamentos ou o de creches-escola para crianças até seis anos de idade necessitam, além da estrutura mencionada, de recursos financeiros para custear o sua disponibilização e manutenção.

Assim, se de um lado é correto afirmar que não há direito garantido pelo Estado que não importe custos financeiros, de outro, não é possível juntar numa vala comum todas as espécies de direitos, como se consumissem todos o mesmo nível de recursos e esforços públicos.

3.4 Os direitos sociais no Direito brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988 prevê um extenso rol de direitos sociais. O art. 6º⁹⁰ elenca uma lista de direitos sociais que aglutina demandas de diversos setores da sociedade, sem muita preocupação com o rigor terminológico desses conceitos.

precedentes históricos de este país. Todos los derechos son vagos por la simple razón de que tiene costos y, por lo tanto, nunca pueden estar perfecta o completamente protegidos. Todos son aspiraciones. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 143).

⁸⁹É o que pondera Gustavo Amaral: «Feita a ressalva, cumpre ver que há «direitos» cuja eficácia não depende *necessariamente* de uma ação estatal. A liberdade de expressão e de credo são bons exemplos disso. De outro lado, há «direitos» cuja eficácia depende *intrinsecamente* de uma conduta estatal positiva, como os direitos ligados à assistência social. [...] Quanto aos «direitos parcialmente independentes» será sempre possível ao magistrado dar ordens para que o Estado se abstenha e essas ordens sejam cumpridas. Não há questões orçamentárias que impeçam o cumprimento de uma ordem de *habeas corpus* ou uma liminar determinando a liberação de mercadoria, o não impedimento de uma manifestação religiosa, política ou artística, muito embora a obtenção dessas ordens demande um aparato judicial custoso. Já quanto aos «direitos dependentes» o consumo de recursos é inexorável. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81-84).

⁹⁰Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma da Constituição.

A redação do artigo, inclusive, foi objeto de duas Emendas Constitucionais⁹¹ para inclusão de novos direitos. Atualmente, são considerados 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.

Constituem amplas pautas de atuação estatal que refletem o desejo de emancipação de uma sociedade⁹² preocupada em assegurar constitucionalmente demandas históricas. A efetividade prática desses direitos, porém, não entrou em pauta, muito menos a sua dimensão financeira, e todos foram alocados na Constituição, refletindo a crença tão presente no constitucionalismo pátrio de resolução dos problemas concretos mediante a normatização das soluções⁹³.

A Constituição de 1988, em vários pontos, sobretudo em se tratando de direitos sociais, aproxima-se do que Marcelo Neves chama de *“legislação-álibi”*⁹⁴, que consiste na elaboração, pelo legislador, de diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem o mínimo de condições de sua efetivação⁹⁵.

Veja-se que não bastasse a quantidade extensa de direitos sociais já previstos pelo constituinte originário, o art. 6º ainda passou por duas emendas constitucionais para a inclusão

⁹¹ A Emenda Constitucional nº 26/2000 incluiu a moradia e a Emenda Constitucional nº 64/2010 incluiu a alimentação como direito social.

⁹² Como observa Paulo Rabello de Castro, demandas tão justas quanto impraticáveis: “Os constituintes de 1987-1988 se viram tão divididos quanto a nação que representavam na redemocratização do país. Todos os direitos buscados por um povo frustrado por carências seculares, tão fundas e doloridas por conta da escravidão secular e de maus-tratos de negro e índios, bem como pela quebra das promessas de acesso a uma classe média rarefeita, formaram o caldo de reivindicações sociais no plenário da Constituinte eleita ao final de 1986 ó demandas tão justas quanto impraticáveis no contexto da absoluta restrição orçamentária de então”. (CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 108).

⁹³ Krell adverte que “Este idealismo jurídico presente também na última Assembleia Nacional Constituinte (1986-88), é expressão de uma crença profunda no poder transformador de uma constituição para superação dos graves problemas econômicos e sociais do país. Considera-se como (quase) resolvido tudo o que é promulgado como lei, sem grandes considerações a respeito de sua exequibilidade ou eficácia. Pouca atenção é dada ao exame de como as normas funcionam na prática”. (KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 26).

⁹⁴ “A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. [...] Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica”. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39-40)

⁹⁵ “Sem um mínimo de pragmatismo, a Constituição periga ser uma viagem ao mundo da ficção, onde se imagina que a pobreza pode ser erradicada trabalhando-se cada vez menos, poupando-se cada vez menos e botando-se o capital estrangeiro cada vez mais para fora e, mesmo assim, todos conseguirão direito à educação, à assistência médica, à moradia e à paisagem...” (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 276).

de novos direitos sociais: moradia e alimentação, antes que os outros direitos já previstos chegassem pelo menos perto de serem efetivados⁹⁶.

O uso reiterado da legislação-álibi produz efeitos danosos ao longo do tempo. Isso porque o próprio sistema jurídico cai em descrédito⁹⁷, ao se observar que passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição, pouco se modificou no que diz respeito aos direitos sociais. O que se observa é o uso sistemático dos direitos sociais para fins populistas e demagógicos, em anos eleitorais, com pouca ou nenhuma preocupação com a sustentabilidade financeira ou com a sua efetiva concretização.

Por outro lado, há um aspecto de grande relevância na previsão de um amplo rol de direitos sociais que vai além da função jurídico-normativa, exercendo um papel pedagógico e conscientizador, de cunho programático, estabelecendo uma pauta de valores para o futuro⁹⁸.

É o que Marcelo Neves chama de *ambivalência do simbólico*, isto é, a força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela sua construção e realização⁹⁹. Com efeito, o descompasso entre a previsão normativa de direitos e a realidade, ao mesmo tempo

⁹⁶ Esta superabundância serve, sobretudo, para manter uma onda de *reivindicações* impossíveis de se satisfazer, que, diante da realidade, deixa as pessoas decepcionadas e amarguradas. Uma linguagem especiosa. Imensamente ambiciosos, mas indefinidos, os direitos do homem têm um caráter *ilusório*. Pode-se dizer que eles constituíram promessas insustentáveis de falsas crenças como se tornou nossa moeda desde o inflacionismo. É deformação de romantista? Quando nos atribuem um direito, esperamos de nossa parte que este direito verdadeiramente nos pertença, nos seja *devido* de verdade e possa ser, no sentido real da palavra, *reivindicado*, com qualquer oportunidade de sucesso. O que não são os direitos do homem? Diante da sua inflação, admira-se que tão poucos juristas, em lugar de aplaudi-los, protestem contra esse abuso de linguagem. (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito** ó definições e fins do direito ó os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130).

⁹⁷ Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transformando persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 40-41).

⁹⁸ [...] os Direitos Fundamentais Sociais da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e acima de tudo, conscientizadora. [...] Sua supressão do texto constitucional, sem dúvida enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais. A relevância das normas programáticas também está no sentido teleológico, de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas. (KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional ó comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27)

⁹⁹ A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos. Esta ambivalência significa que o simbólico não se reduz ao ideológico no sentido de ilusão negadora de outras alternativas ou ao retórico no sentido de uma mera persuasão descomprometida com o acesso aos direitos, pois também, paradoxalmente, incorpora o espaço de crítica ao modelo normativo de fachada. (NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005, p. 5).

em que causa descrença no sistema¹⁰⁰, pode desencadear o movimento reivindicatório de direitos, tendo como pauta a previsão legal.

A realidade brasileira no que diz respeito aos direitos sociais é, porém, bastante complexa. No País, ainda em desenvolvimento, cuja turbulência política e econômica marcou uma boa parte da sua história, o modelo de Estado Providência sequer chegou a ser implantado. Algumas tentativas esparsas marcadas pelo populismo dificultaram esse processo.

Na Constituinte de 1988 não foi diferente. Enquanto os países europeus viviam a crise do Estado Social, repensando seus limites, sobretudo econômicos e financeiros, e os países do eixo socialista ruíam, o Brasil buscava o caminho inverso¹⁰¹, ampliando o rol de direitos sociais, aumentando as tarefas do Estado e, conseqüentemente, os custos da máquina burocrática.

É certo que a realidade brasileira é muito diferente, não se podendo simplesmente importar teorias e políticas públicas de países desenvolvidos como se tivessem o mesmo efeito e aplicabilidade aqui¹⁰². Mas o que se vê, após mais de 25 anos de promulgação da Constituição, é o aumento da dívida pública e da burocracia estatal e pouco ou nenhum avanço na efetivação dos direitos sociais.

¹⁰⁰ Esse quadro de características dos direitos a prestação material pode desolar o observador animado pela leitura singela das promessas constitucionais e esperançoso de resolver juridicamente carências de ordem econômica. Não por outro motivo, Hesse adverte para o perigo que corre a própria força normativa da Constituição, quando é tensionada com promessas excessivas, que resultam em inescapáveis frustrações de expectativas. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164).

¹⁰¹ Paulo Rabello Castro relata que Pouca criatividade puderam os racionalistas exercer para colocar o texto constitucional um pouco mais atualizado frente ao mundo que iria ruir, já no ano seguinte à promulgação da Carta, com a queda do Muro de Berlim (1989). O país buscava o antigo socialismo, aquele do controle direto do capital pelo Estado e dos meios de produção pela burocracia governamental, que acabara de se provar inteiramente disfuncional em todos os países em que fora ensaiado como forma de acelerar o alcance de uma sociedade próspera e equilibrada, pelas oportunidades geradas para cada cidadão. (CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 108).

¹⁰² Como adverte Andreas J. Krell: O mundo em desenvolvimento ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferido para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS NO BRASIL

O orçamento constitui peça essencial na definição do papel do Estado e na concretização dos direitos fundamentais¹⁰³, vez que é nele que são definidas as prioridades de gastos dos recursos do Estado, que se estabelece quanto dinheiro será aplicado, as regiões beneficiadas, enfim, todo o programa de governo¹⁰⁴. Apesar disso, o orçamento não tem recebido a importância devida no estudo do Direito Constitucional.

Sua elaboração abrange uma decisão política na definição dos gastos, delimitando a orientação ideológica seguida pelo Estado, bem como o grau de intervencionismo na economia e na sociedade¹⁰⁵. Um governo com viés socialista, por exemplo, intervirá mais fortemente na economia e aplicará mais recursos em áreas mais voltadas para o social. Por outro lado, um governo liberal terá um orçamento mais enxuto, e fomentará a iniciativa privada e o crescimento econômico¹⁰⁶.

¹⁰³ O orçamento público, abaixo da Constituição, é o conteúdo normativo de maior importância para a continuidade do Estado. E essa estatura vê-se alcançada por ser uma lei que confere unidade à atividade financeira do Estado. [...] A partir da Constituição, confere segurança jurídica e previsibilidade às relações jurídicas da atividade financeira do Estado, em virtude das funções fundamentais a serem atendidas pelo orçamento. E tem ainda a função de preservar e efetivar direitos e liberdades fundamentais, controlar as estimativas de receitas e a coerência, legitimidade e economicidade dos gastos públicos, além da necessária transparência para a opinião pública, com abertura para participação popular ao longo da deliberação e da execução. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 340).

¹⁰⁴ O orçamento público é o instrumento jurídico no qual se prevê a efetivação de todo e qualquer direito por parte do Estado. É, e deve ser, no orçamento que o governo expressa de antemão quais direitos serão, ou pelo menos uma tentativa, atendidos. Não é à toa que o Ministro Ayres Brito, no julgamento da mencionada MC em ADIn 4.408/DF, afirmou que o orçamento anual é o diploma normativo mais importante depois da Constituição Federal. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 396).

¹⁰⁵ Como plan económico del sector público, el Presupuesto constituye una ley con eficacia obligatoria para los diferentes poderes a los que se encomienda su ejecución. Su contenido normativo es diferente de la mayoría de las leyes, pero su esencia es la de un marco legal dentro del cual debe desarrollarse la acción del gobierno. Es ésta la naturaleza político-económica del Presupuesto que se proyecta también en el ámbito jurídico; no hay, pues, en nuestra opinión, contradicción alguna entre el enfoque político-económico y el punto de vista jurídico del Presupuesto. (JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributario**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 82).

¹⁰⁶ As decisões são tomadas pelos agentes da política, para assegurar que a vontade do poder governante, enquanto opção democrática da maioria da sociedade. Destarte, o voto dos eleitores é a primeira etapa das decisões financeiras, que não podem prescindir da decisão política. Esse condicionante democrático define as prioridades financeiras do Estado, bem como a forma como as despesas serão realizadas, ou qual setor, como e quando o intervencionismo será praticado nos setores ou mercados eleitos. Sob a mesma Constituição Econômica, as escolhas de quem defende um Estado-providência, um Estado Social ou um Estado Liberal serão evidentemente diversas, ainda que mantidas as bases de fundamentação dos fins e valores constitucionais, segundo a preferência sobre os estímulos ou fomentos, assim como da ação das escolhas públicas. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191).

É por meio do orçamento que se pode exercer o controle do atendimento dos comandos constitucionais, verificando se os gastos estão de acordo com os objetivos e princípios constitucionais, e se os direitos fundamentais estão sendo efetivados. Considerando-se ainda que os recursos para o atendimento das demandas são limitados, é no orçamento que a sua distribuição é feita, a partir de uma hierarquização das necessidades mais urgentes e da definição de quanto será gasto, quais áreas serão priorizadas, qual direito será atendido¹⁰⁷.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de requisitos para a elaboração do orçamento, inclusive apontando algumas áreas como prioritárias, fixando percentuais mínimos de alocação de recursos para determinados setores, como educação e saúde, o que significa que o administrador não é inteiramente livre para decidir, embora lhe reste uma parcela significativa de discricionariedade.

O estudo do orçamento e do processo de sua elaboração desde a decisão política de distribuição de recursos até a sua execução é de importância fundamental para o estudo dos direitos fundamentais, seja do ponto de vista de inclusão dos direitos, seja do controle constitucional¹⁰⁸. O estudo da concretização dos direitos sociais passa, portanto, necessariamente, pelo processo de elaboração e execução da peça orçamentária.

4.1 Visão clássica

O orçamento, na sua configuração atual, inexistia na Antiguidade, quando as finanças do Estado se confundiam com as finanças do próprio rei, sendo resultado do advento do Estado Liberal.

No Estado Absolutista, o rei não precisava prestar contas de suas atividades, sendo despendida a ideia de um orçamento. Não havia controle, tampouco alternativas de

¹⁰⁷ Como observa Ricardo Lobo Torres, embora o orçamento seja uma lei formal e não possa garantir os resultados econômicos previstos em sua peça, todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente por ele: «A Constituição Orçamentária, da mesma forma que o Direito Orçamentário, é meramente processual. O orçamento, balizado pelas normas constitucionais e complementares, prevê a receita e autoriza a despesa, mas não dirige a ação administrativa nem garante resultados econômicos efetivos ao ser executado pela Administração. [...] Mas daí não se tira a conclusão de que seja puramente formal ou refratário aos valores; pelo contrário: todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social». (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 2).

¹⁰⁸ «Estudiar el Presupuesto es penetrar, pues, en el fondo de los problemas constitucionales y particularmente en los regímenes democráticos con separación de los poderes, es plantear el estudio de las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo». (SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Notas de derecho financiero**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1975, t. I, vol. 3, p. 557).

alocação de receitas, o poder do rei era ilimitado. As contas públicas se misturavam com os gastos pessoais do governante, que decidia arbitrariamente sobre os gastos do Estado, instituindo muitas vezes tributos extras para o seu financiamento.

Com o surgimento do Estado Liberal, a noção de responsabilidade e limitação do poder do Estado e dos governantes, assim como de controle das contas públicas, fortaleceu-se, e com ela surge o orçamento como instrumento de previsão e autorização dos gastos públicos.

Em sua origem, o orçamento constituía-se num documento contendo a previsão de receitas e a autorização de despesas¹⁰⁹. Era uma peça contábil, porém com forte significado para o novo modelo de Estado que surgia, pois indicava que agora as contas públicas tinham controle. Representava também a divisão de poderes do Estado, não mais centrada nas mãos do rei. O orçamento precisava da aprovação do Parlamento para ser executado, forçando o governante a regularmente apresentar as contas ao Legislativo¹¹⁰.

A principal preocupação na elaboração do orçamento era o equilíbrio das contas públicas, evitando-se o déficit a todo custo¹¹¹. Isso porque o déficit significava a necessidade de novos impostos, rechaçados pela população.

Com efeito, o controle dos gastos públicos era o objetivo do orçamento em seu primeiro momento. Tal preocupação refletia bem a ideologia do Estado Liberal, na medida em que considerava que o Estado deveria manter as contas sobre controle, evitando despesas extras, impedindo o aumento da tributação sobre a população. De acordo com esse pensamento, as finanças públicas dependiam do bom estado dos negócios da iniciativa privada e, para tanto, era necessário que o governo não lhe tomasse os recursos por meio dos impostos¹¹².

¹⁰⁹ ðClassicamente, o orçamento era uma peça que continha a previsão das receitas e a autorização das despesas, sem preocupação com planos governamentais e com interesses efetivos da população. Era mera peça contábil, de conteúdo financeiro. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400).

¹¹⁰ ðEm termos políticos, a evolução histórica do orçamento público é dignitária de todos os êxitos da luta da sociedade pela democracia e controle dos poderes do Estado em matéria financeira. No Estado Constitucional, que surge a partir do final do século XIX, o orçamento ganhou notável importância, não só porque sua formação coincide com a expansão das necessidades financeiras do Estado, mas porque serviria para assegurar o controle legislativo sobre a Administração. [...] Com o orçamento público, os povos conquistaram o direito de dominar as finanças do Estado e, ao mesmo tempo, o de controlar as escolhas democráticas, ante às preferências reveladas no processo eleitoral, no que concerne à realização contínua dos fins do Estado, da efetividade dos direitos e da apuração do cumprimento dos programas dos governantes eleitos pelo voto popular. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 342).

¹¹¹ ðMas até algumas décadas passadas, o equilíbrio orçamentário era a regra de ouro das finanças públicas. Todos os governantes se acanhavam de confessar o *déficit*. (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 425).

¹¹² Como destaca Aliomar Baleeiro: ðDurante os dois primeiros séculos, desde a revolução britânica de 1688, o orçamento, como instrumento político, foi o escudo para defesa dos contribuintes contra os governos. Era,

O orçamento representou desse modo um instrumento de proteção dos contribuintes contra os governos perdulários, auxiliando no controle do Estado, contra o aumento de despesas e, conseqüentemente, dos impostos.

O Estado representava um papel secundário na atividade econômica. Suas tarefas eram reduzidas, cabendo-lhe cumprir com as atividades básicas de manutenção da ordem, respeito à propriedade privada e atividades administrativas essenciais¹¹³. A ideologia liberal imperava, em reação ao Estado Absolutista anterior, sendo o controle do Estado e a proteção do indivíduo contra o Estado os principais vetores de orientação política.

Restringir as atividades estatais significava controlar as contas públicas, impedindo novas despesas e a criação de novos tributos. O Estado deveria manter-se neutro, intervindo minimamente nas relações privadas.

Dentro desse contexto, a visão clássica do orçamento público é centrada em seu aspecto formal e procedimental¹¹⁴. A principal função da lei orçamentária era manter o equilíbrio entre receitas e despesas, sem pretensões de planejamento ou direção da economia ou da sociedade¹¹⁵. Essa previsão, entretanto, representava um grande avanço em relação ao

sobretudo, um dique para conter as despesas e, conseqüentemente, deter o apelo à tributação. Daí a importância sempre prestada ao equilíbrio entre receita e a despesa. [...] O orçamento, por essas razões, floresceu em sua primeira fase, como processo de fiscalização financeira e cerceamento das tendências perdulárias de governantes dissociados dos interesses gerais das massas. Estabelecido para cada ano, forçava o rei à convocação periódica e regular dos representantes em Parlamento. [...] Certamente, os escritores clássicos tinham já uma noção dos laços entre receitas e despesas, de um lado, e o conjunto da situação econômica do país, por outro lado. Compreendiam e ensinavam que as finanças governamentais dependiam do bom estado dos negócios dos particulares. Se estes eram pobres, de modo geral, ou se achavam em crise, claro que não poderia ser boa a posição do Tesouro. Mas estavam escravizados à ideia de que a despesa pública empobrecia a coletividade, não passando daquele fenômeno improdutivo do consumo [...]. Os impostos, por outro lado, no consenso dos escritores daquele tempo, exerciam ação depressiva sobre as atividades. Os particulares, via de regra, fariam melhor emprego de parcelas de seu patrimônio se o governo não lhes tomasse compulsoriamente pelos meios fiscais. (BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 425).

¹¹³ A esse respeito, Ricardo Lobo Torres afirma que o Estado Fiscal Clássico é o chamado Estado Guarda Noturno: o Estado Constituição Orçamentária, durante todo o séc. XIX e início do séc. XX, "constituiu o Estado Fiscal Clássico, ou seja, o Estado Guarda Noturno, que se limita a fazer a guerra, prover a justiça e interferir minimamente sobre a vida econômica e social de diversos países. A teoria clássica do orçamento, que lhe corresponde, apoia-se na distinção entre lei formal e material. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 4)

¹¹⁴ "La visión clásica sobre la ley de presupuesto, se centra, fundamentalmente, en sus aspectos formales, competenciales y procedimentales, sobre la base del llamado ciclo presupuestario: preparación, aprobación, ejecución, modificación y control de la ley. (CORTI, Horacio G. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140).

¹¹⁵ A definição de Paul Laband do orçamento como uma conta de receitas e despesas, caracterizando-se como lei apenas em sentido formal, reflete o pensamento doutrinário da época. Para ele: "Vistas así las cosas, es de meridiana claridad que el Presupuesto no contiene, por lo regular, principios jurídicos y que, por tanto no es una ley en el sentido material de la palabra. El Presupuesto es una cuenta y, por cierto, una cuenta que no se refiere a gastos e ingresos ya realizados, sino a los gastos e ingresos que se esperan en el futuro, constituyendo por tanto lo que se llama una estimación previa. Tiene correspondencia plena con su cuenta que se ha de presentar anualmente, una vez concluido el ejercicio anual administrativo, sobre los ingresos y

modelo de Estado anterior, em que não havia sequer orçamento e as contas públicas não tinham controle algum.

Essa visão perdurou até meados do século XX, quando o perfil do Estado Liberal foi sendo alterado para dar lugar a um Estado mais intervencionista, tanto na economia quanto na sociedade. Com a mudança no perfil do Estado, o orçamento foi adquirindo novas funções, além do controle das contas públicas, passando a exercer cada vez mais uma função de planejamento e intervenção na economia¹¹⁶.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado passou a intervir fortemente na economia, abandonando o perfil mais liberal que prevalecera até então. Convertido em alavanca do desenvolvimento econômico, no mister de superar as graves dificuldades econômicas e sociais do pós-guerra, como desemprego, fome e altas inflacionárias, o Estado passou a intervir para estimular a criação de postos de trabalho, avançou em áreas até então prioritárias para a iniciativa privada, aumentando em tamanho e obrigações.

Com tantas tarefas, o Estado relegou a segundo plano a preocupação com o controle das contas públicas, e o déficit passou a ser visto como algo necessário para o desenvolvimento da sociedade¹¹⁷. Sob forte influência da teoria econômica Keynesiana¹¹⁸, o

gastos efectivos. Una cuenta, sin embargo, no contiene reglas ó y mucho menos reglas de Derecho ó, sino hechos; una cuenta registra por medio de breves indicaciones cuantitativas, los gastos e ingresos ya producidos o los que son de prever. Por lo general, el Presupuesto no fundamenta la obligación jurídica para obtener ingresos o realizar gastos, sino que, más bien, la presupone y se limita a recoger sus resultados financieros. O autor ressalta ainda a função administrativa do orçamento, de controle de contas: «La necesidad del Presupuesto no es consecuencia de una determinada forma de régimen político, sino del gran volumen alcanzado por la economía del Estado; el establecimiento del Presupuesto no satisface ninguna necesidad del Derecho, sino que responde a una necesidad de la Economía. Esta es la razón por la que ni la confección del Presupuesto para un período futuro, ni el control de las cuentas relativas a un período pasado, tienen nada que ver con la legislación, figurando más bien en el ámbito de atribuciones de la Administración». (LABAND, Paul. **Derecho presupuestario**. Madrid: Instituto de estudios fiscales, 1979, p. 22-23).

¹¹⁶ «Se revelan así las dos funciones políticas que progresivamente va adquiriendo el presupuesto en la historia del Estado de Derecho, que lo conectan con aquellos dos poderes: su función de *control* de los recursos públicos, donde gravita la potestad del Legislativo; y su función de *ordenamiento y planificación* de las finanzas públicas, que gira alrededor del poder del Ejecutivo». (CORTI, Horacio G. *Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico*. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143).

¹¹⁷ Como observa Aliomar Baleeiro: «O profundo e crescente intervencionismo do Estado na economia, dirigindo-a e rechaçando os postulados clássicos e liberais, não poderia deixar de imprimir sua marca no orçamento. De plano político de governo, em sentido restrito, ele se inclina a transformar-se, depois da Segunda Guerra, em alavanca do comando da conjuntura econômica. As ideias e práticas buscam empregar o orçamento como o aparelho para combater fases de depressão e de desemprego, promover investimentos, ou para conter quadras inflacionárias. Os velhos princípios de técnica orçamentária, consagrados pelas gerações anteriores, vergam ao peso dessa tarefa enorme». (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 423).

¹¹⁸ A influência da teoria Keynesiana na economia e na forma de administrar o déficit público é ressaltada por Ricardo Lobo Torres: «A grande virada deu-se na década de 30 deste século, aproximadamente, com as teorias do economista inglês Keynes. Defendia ele a ideia de orçamentos deficitários, a fim de que o Estado

Estado passou a intervir fortemente na economia, concedendo benefícios sociais, sem preocupação com o equilíbrio orçamentário.

Essa mudança de perfil do Estado marcou profundamente as funções do orçamento, que passou a ter um caráter muito mais extrafiscal, de intervenção, estimulando ou desestimulando comportamentos, dirigindo condutas e a economia, do que fiscal, ou seja, de controle das contas públicas¹¹⁹.

Por sua vez, a visão positiva sobre o déficit provocou ainda decisões políticas de cunho populista, sobretudo em países em desenvolvimento, que ignoraram o controle orçamentário, aplicando grandes somas em áreas que atendessem às massas de eleitores¹²⁰.

O orçamento torna-se assim um importante instrumento de intervenção e planejamento da economia, como também de imposição da ideologia de governo, deixando de ser mera peça orçamentária, para virar programa de governo.

4.2 A noção moderna de gasto público dentro do orçamento

Com as novas funções, o orçamento cresceu de importância, adquirindo status de instrumento de ação do Estado, fixando as metas e objetivos a serem atingidos¹²¹. A preocupação com o controle das contas também mudou.

pu­desse aplicar em investimentos públicos, gerando o pleno emprego e combatendo as crises cíclicas do capitalismo. [...] Propunha ele o sistema de regulamentação e de intervenções estatais, de controle monetário, de monopólios e de mercados fechados e de amplos investimentos com dinheiro público, ainda que improdutivo. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 45-46)

¹¹⁹ Como leciona Regis Fernandes de Oliveira: «Os governos modernos, pois, já não se satisfazem em manipular os recursos arrecadados. Buscam instrumentos poderosos de intervenção na sociedade, planejando a economia, dando-lhe o rumo que sua ideologia determina. Não sendo superados conceitos antigos, com adaptação aos novos tempos, de novas realidades, em que o orçamento vai perdendo seu caráter *fiscal*, isto é, de mero abastecimento dos cofres públicos, para ter caráter *extrafiscal*, ou seja, de conformar comportamentos, de pressionar certas condutas e de encaminhar determinadas soluções. A economia é trazida para o centro da política. [...] Daí a orientação segundo a qual o orçamento deixa de ser mera peça orçamentária para tornar-se um poderoso instrumento de intervenção na economia e na sociedade. Passa a ser um programa de governo». (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 405)

¹²⁰ «Observa-se em todos os países onde se consolida o fortalecimento popular a modificação do caráter de orçamento e da atitude dos parlamentares. Ao invés da defesa obstinada do contribuinte, os parlamentares do nosso tempo cuidam de pleitear despesas nos setores que interessam às massas. Gastos enormes com educação, saúde, bem-estar, previdência social etc. tendem a desequilibrar orçamentos pela iniciativa daqueles representantes outrora empenhados na restrição dos atos dos governos». (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 421).

¹²¹ «Daí o orçamento se constituir em peça importante na vida das nações. Deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Através dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e

Após um período de crescimento dos gastos em áreas como assistência social, saúde, educação e infraestruturas, muitos países enfrentaram crises econômicas decorrentes do aumento desordenado do déficit público. Em alguns casos, o desequilíbrio das contas públicas foi de tal sorte que ameaçou a efetivação dos direitos sociais.

Como observa Canotilho, as constituições do pós-guerra tentaram dar uma resposta satisfatória às questões sociais como saúde, educação e moradia, mas se tornaram vítimas do seu próprio sucesso¹²². O aumento crescente das despesas para a manutenção da estrutura estatal do bem-estar causou o colapso das contas públicas dos países desenvolvidos, levantando a importante questão sobre como garantir os direitos sociais, quais direitos podem ser garantidos e sobre os limites orçamentários de seu financiamento.

Torres ressalta que no final dos anos 1970, após as sucessivas crises do petróleo, o Estado do Bem-estar social passou a ser seriamente contestado em virtude do crescimento insuportável da dívida pública, dos orçamentos repetidamente deficitários, da recessão econômica e do abuso na concessão de benefícios com os dinheiros públicos. Segundo ele, a sua dimensão assistencialista conduziu ao incremento das despesas com a previdência e a seguridade social sem a contrapartida da entrada de ingressos compatíveis com o volume dos encargos e, não raro, com o seu custeio pela incidência exageradamente progressiva dos impostos¹²³.

Com efeito, as condições para que o Estado Social possa desempenhar as suas tarefas de socialidade¹²⁴, como provisões financeiras necessárias e suficientes, orçamento

dirigindo seus rumos. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 401).

¹²² As constituições do pós-guerra pretenderam dar uma resposta satisfatória ao problema da sociedade, ou, se se preferir, ao problema dos direitos econômicos, sociais e culturais. O catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais parecia ser uma proposta normativa satisfatória da Constituição e dos Pactos Internacionais, quanto ao problema clássico da pobreza e da questão social. Mas, é aqui que, com mais veemência, se denuncia a tragédia do estado. O Estado social é vítima, nuns países, do seu próprio sucesso. As constituições socialmente amigas sofrem as críticas amargas da crise de governabilidade do flagelo do bem do fim da igualdade da bancarrota do Estado. Noutros países, que não resolveram ainda o problema do poder, confrontando-se com a *paradoxia* da necessidade de mais poder porque há pouco poder, países esses que estão longe de entrar nos limiares mínimos do Estado social, o catálogo generoso de direitos econômicos, sociais e culturais é apenas uma narrativa emancipatória ilusória e uma sequela de determinada leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008b, p. 115-136, p. 122).

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 11.

¹²⁴ Ora, o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se se verificarem quatro condições básicas: (1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; (2) estrutura de despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado

público equilibrado e taxa elevada de crescimento do rendimento nacional, o coloca em situação complicada. Primeiro, porque é um modelo próprio de países ricos; e segundo, porque mesmo nos países ricos, o crescimento incontrolável das despesas e do déficit público leva à chamada *crise fiscal do Estado*.

A partir de então, o orçamento passa por nova mudança de perfil, acompanhando o desenvolvimento de um novo modelo de Estado. As tarefas são reduzidas e a pretensão de intervenção e condução da economia é *podada em seus excessos*¹²⁵, no que se refere à regulação da economia.

O grande desafio passou a ser a sustentabilidade fiscal, ou seja, como garantir as conquistas sociais sem desequilibrar as contas públicas. A ideia de que os direitos são financiados com recursos da população e que o crescimento desmedido da despesa pública pode inviabilizar a efetivação de direitos para as gerações futuras¹²⁶ levantou nos países que adotaram o Estado do Bem-estar um importante debate sobre a escassez de recursos e sobre distribuição racional dos recursos financeiros¹²⁷.

(3%, pelo menos ao ano). [...]A verificação de todas as condições acabadas de enumerar coloca o Estado Social em reais dificuldades. Em primeiro lugar, o modelo social subjacente às premissas indicadas é, dizem alguns, um modelo dos países ricos. Em segundo lugar, mesmo nos países ricos, ele *pode ser posto* em causa *por vários motivos* (desde o crescimento incontrolável das despesas com alguns serviços, como o serviço de saúde, passando pelo desequilíbrio das obras públicas regionais e locais, e terminando na existência de défices estruturais). É por isso que, desde os anos setenta do séc. XX, se insiste na *crise fiscal do Estado* e, a partir da década de noventa do mesmo século, o tema obsidiante passou a ser o da *sustentabilidade do modelo social*. [...] No banco dos réus está a célebre política do *deficit spending: endividamento do Estado, com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social*. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais*. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008d. p. 242-268, p. 253).

¹²⁵ Com a crise financeira do Estado de Bem-estar Social decresce a importância da função económica do orçamento, que perde o objetivo de regular a economia global do País e passa a perseguir o equilíbrio entre despesas e receitas. A função reguladora, entretanto, não desaparece. É podada em seus excessos, nos aspectos de regulação geral da economia. Mas o Estado Social Fiscal ainda é, em parte, como vimos antes, Estado Regulador, eis que na via do orçamento procede à síntese entre o Estado de Impostos e o Estado de Prestações. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 50)

¹²⁶ Por fim, um problema incontornável: o da sustentabilidade no quadro da *dívida pública* galopante. Orçamento e sustentabilidade não mais podem compreender-se como problemas separados: a dívida pública transfere os encargos financeiros para o futuro, reduzindo o espaço de actuação financeira das gerações futuras. É com estas palavras que se aborda a questão da relevância do orçamento (e, conseqüentemente, da dívida pública) num processo de desenvolvimento sustentável. Num linguajar mais jurídico afirma-se que a dívida do Estado é, juntamente com os problemas ecológicos e a mudança demográfica, como uma das hipotecas mais pesadas que a geração actual deixa às gerações futuras. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Sustentabilidade ó um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática*. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXVIII, n. 1, Coimbra, 2012, p. 10)

¹²⁷ Pertence, pois, à temática das relações entre ética e orçamento a questão das *escolhas trágicas*. A lei orçamentária anual é o instrumento que sintetiza as políticas e opta entre as suas diversas possibilidades. Depois que se esgotou a ideologia da inesgotabilidade dos recursos públicos, sustentada pelos empréstimos internos e externos ilimitados, e que se reacendeu a convicção de que a escassez deve ser considerada não só nos cálculos da economia nacional, mas também nos do orçamento, transferiram-se para as alocações anuais de verbas as decisões básicas das políticas sociais. Em outras palavras, não é mais apenas problema administrativo a execução de certos serviços e a entrega de determinadas prestações, senão que se

Trata-se, portanto, de uma mudança de enfoque, na medida em que ressaltou a dimensão financeira dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que acrescentou ao estudo do Direito Financeiro e Orçamentário a preocupação com a efetivação e garantia dos direitos fundamentais¹²⁸.

Por outro lado, países que sequer chegaram a atingir o Estado Social, a exemplo do Brasil, adotaram em suas constituições um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, demonstrando uma preocupação muito maior com a garantia de carências históricas do que com a viabilidade financeira e estrutural dos inúmeros direitos previstos. Hoje se colocam na difícil posição de modernizar suas constituições para adequarem seus orçamentos à sua realidade.

No âmbito brasileiro, é importante ressaltar que a Constituição dispôs detalhadamente sobre o orçamento, prevendo, no seu art. 165, que existirão três leis orçamentárias: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. O plano plurianual¹²⁹ define o planejamento das ações governamentais, de forma que nenhuma obra, serviço ou investimento que ultrapasse mais de um exercício financeiro poderá ser iniciada sem prévia inclusão no referido plano, ou sem lei que autorize sua inclusão, sob pena de crime de responsabilidade¹³⁰. A lei de diretrizes orçamentárias¹³¹ traça as metas e prioridades da Administração Pública Federal, de acordo com o plano plurianual, e orienta a elaboração da lei orçamentária anual. E, por fim, a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, relativo a receita e despesa, de todos os poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público¹³².

transformou o orçamento no plano final de distribuição de recursos financeiros escassos. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 36)

¹²⁸ Como observa Horacio G. Corti: «El enfoque constitucionalista tiene consecuencias de diverso nivel conceptual. Lleva a superar el *idealismo constitucional*, que cree que se puedan pensar jurídicamente los derechos fundamentales sin tener en cuenta su dimensión financiera. Y también el *pragmatismo o legalismo presupuestario*, que cree que se puede conceptuar adecuadamente la actividad presupuestaria sin su referencia a los derechos fundamentales». (CORTI, Horacio G. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150).

¹²⁹ CF, Art. 165, §1º: «A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada».

¹³⁰ CF, Art. 167, §1º.

¹³¹ CF, Art. 165, §2º: «A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento».

¹³² CF, Art. 165, §5º, I.

Ressalte-se ainda a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Sinteticamente, a referida lei determina o equilíbrio entre receitas e despesas, impondo ao administrador público a prévia análise econômica de suas medidas, sob pena de responsabilização.

Como destaca Galdino, a referida lei tem o indiscutível mérito de atribuir contornos jurídicos a algumas questões orçamentárias antes abandonadas à própria sorte, isto é, relegadas aos estudos econômicos. Além disso, tem a virtude de institucionalizar o equilíbrio orçamentário, pré-condição de existência de um tratamento a sério dos direitos, em especial dos direitos humanos¹³³.

4.3 Planejamento orçamentário e discricionariedade do administrador público

A decisão de gastar é fundamentalmente uma decisão política¹³⁴, é ela que define em que gastar, quanto gastar, quando gastar, ou seja, as prioridades de cada governo. Essa decisão é resultado de um planejamento elaborado pelo administrador público, cuja liberdade de escolha é maior ou menor dependendo do grau de discricionariedade previsto na constituição de cada país.

A efetivação dos direitos fundamentais, como todas as demais tarefas do Estado, também se insere nesse contexto de decisão orçamentária, especialmente os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, etc., de forma a determinar quais políticas públicas serão prioritárias na distribuição das verbas públicas¹³⁵.

O resultado dessa escolha política é expresso no orçamento público e submetido à análise do Legislativo para aprovação. Daí a importância do estudo e análise de como acontece esse processo de decisão a respeito dos gastos públicos, qual o limite de

¹³³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 267.

¹³⁴ A decisão de gastar é fundamentalmente uma *decisão política*. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. Dependendo das convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, o governante elabora o seu plano de gastos. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 319).

¹³⁵ A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para o atendimento e realização das políticas públicas. O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política de gasto. Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 329).

discricionariiedade do administrador e a forma de participação popular nesse processo de escolha.

Considerando-se que os recursos públicos são limitados, essa decisão deve ter sempre em vista o interesse público e as necessidades. O administrador público, porém, não é livre para estabelecer as prioridades que bem entender. Sua atuação é limitada pelo atendimento dos ditames constitucionais, dentre os quais se incluem os direitos fundamentais¹³⁶.

Em relação à realidade pátria, a Constituição elegeu algumas áreas como prioritárias, estabelecendo percentuais mínimos de aplicação dos recursos e, conseqüentemente, reduzindo o âmbito de discricionariiedade do administrador público.

A educação recebeu tratamento especial do constituinte originário, estabelecendo o art. 212 que:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A saúde também foi contemplada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, que acrescentou o § 2º ao art. 198, prevendo percentuais mínimos de aplicação das receitas dos impostos arrecadados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde¹³⁷.

Trata-se de exceções ao princípio da não vinculação da receita dos impostos previsto no art. 167, inciso IV, da Constituição¹³⁸.

¹³⁶ Como observa Torres: «Assim, a política não converte o Poder Financeiro do Estado em *poder político*, entendido como «poder discricionário» «poder ilimitado» poder de império» O «poder financeiro democrático» que exsurge da Constituição Financeira do Estado Democrático de Direito encontra-se integralmente submetido à Constituição. Essa diferença modifica por completo o sentido de «poder político» de antanho. Reformulado, cumpre os objetivos de efetivar os fins e valores constitucionais ao longo dos tempos e segundo as preferências dos verdadeiros detentores do poder, que é o povo, mediante a escolha dos seus governantes, no transitório exercício da *potestas*. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138).

¹³⁷ Art. 198. [...] §2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I ó no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3.º; II ó no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III ó no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, *b* e §3.º.

¹³⁸ Art. 167. São vedados: [...] IV ó a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198,

Além disso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu a criação de fundos destinados ao atendimento de valores considerados relevantes pela Constituição, como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental¹³⁹, o Fundo Social de Emergência¹⁴⁰ e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza¹⁴¹.

O art. 100 da Constituição previu ainda a obrigatoriedade da inclusão no orçamento das verbas necessárias ao pagamento de débitos oriundos de sentença judicial transitada em julgado¹⁴².

A Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁴³ estabeleceu que não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas decorrentes do serviço da dívida¹⁴⁴.

Apesar dessas e de outras despesas obrigatórias, resta ao administrador uma margem ampla de escolhas orçamentárias e, mesmo dentro das alocações estipuladas constitucionalmente, há ainda decisões de segundo grau sobre onde aplicar o percentual obrigatório: na educação, por exemplo, há decisões sobre qual nível educacional será priorizado (se educação infantil, fundamental, ensino médio, técnico ou superior); na saúde, da mesma forma, será priorizada a saúde familiar ou hospitais especializados, e assim por diante¹⁴⁵.

Todas as políticas públicas de concretização dos direitos sociais envolvem uma cadeia decisória longa e muitas vezes decisões trágicas, pois na medida em que uma área é atendida, outra deixa de receber recursos. Ter consciência de que os recursos financeiros são

§2.º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8.º, bem como o disposto no §4.º desse artigo.

¹³⁹ Art. 60, §1º, do ADCT.

¹⁴⁰ Arts. 71 e 72 do ADCT.

¹⁴¹ Arts. 79 e 80 do ADCT.

¹⁴² Art. 100. [...] §5.º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

¹⁴³ Lei Complementar nº 101/2000, art. 9.º, §2.º.

¹⁴⁴ Esse artigo da Lei de Responsabilidade Fiscal tem sido objeto de muitas críticas, por priorizar o pagamento do serviço da dívida, incompatível com os objetivos e princípios constitucionais. Régis Fernandes de Oliveira ressalta a sua inconstitucionalidade do artigo: «Se os recursos são finitos e, pois, impõe-se a escolha do gasto, beneficiando a determinados credores ou políticas e desprestigiando a outros, vale a afirmativa de que a escolha é legítima, desde que compatível com os desígnios e os valores previstos na Constituição da República. É possível sacrificar o interesse da sociedade em benefício de credores contratuais ou quirografários? É legítimo beneficiar credores da dívida fundada em detrimento dos valores encampados na Constituição?» (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 333).

¹⁴⁵ «A decisão política de planejamento postula três fundamentos de notável expressão: a definição da extensão da medida interventiva pelo planejamento; o meio normativo e institucional para apresentação e a transparência das decisões e orientações». (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187).

limitados e de que nem todas as necessidades poderão ser plenamente satisfeitas pelos governos é o primeiro passo para um planejamento orçamentário eficiente¹⁴⁶.

Fazer essas escolhas de forma a atender ao interesse público e dar o melhor e mais eficiente resultado à aplicação dos recursos escassos é o grande desafio do administrador público¹⁴⁷ e expõe com clareza os critérios observados na elaboração do orçamento: o critério político e o critério técnico. O primeiro define quais necessidades coletivas serão objeto dos serviços públicos, portanto, da despesa pública. O segundo é responsável por obter o máximo de proveito e eficiência com o mínimo de sacrifício pecuniário¹⁴⁸.

A realidade, porém, tem se mostrado bem diferente da teoria da boa administração de recursos financeiros escassos. No Direito pátrio, o orçamento é palco de disputas políticas cuja última preocupação é o interesse público. Desperdício, corrupção e populismo tem se mostrado os grandes vilões da crise que atravessa o Direito Orçamentário em geral e consequentemente os direitos sociais como um todo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ãA economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no ordenamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar õtrágicasõ, mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justaõ. (TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54).

¹⁴⁷ õ[...] a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos custos e benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não econômicos, à diferença do cogitado pela análise utilitarista clássica de custo-benefício. Será, pois, legítima aquela decisão administrativa que resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a conformidade com o sistema inteiro (nos limites dos poderes atribuídos aos atores públicos para que realizem as melhores opções)õ. (FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 30-31).

¹⁴⁸ É a lição de Aliomar Baleeiro: õEm todos os tempos e lugares, a escolha do objetivo da despesa envolve um ato político, que também se funda em critérios políticos, isto é, nas ideias, convicções, aspirações e interesses revelados no entrelhecho dos grupos detentores do poder. [...] Isso põe em contraste o aspecto político e o aspecto técnico da despesa pública. A despesa pública deve ser encarada sob esse duplo aspecto. À luz do primeiro, o político delibera o que deve ser objeto da despesa pública, isto é, que necessidades humanas de caráter coletivo devem ser satisfeitas pelo processo do serviço público. Assentada a deliberação nesse ponto preliminar, cumpre investigar o aspecto técnico: como obter o máximo de eficiência e de convivência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente. Ou como desse sacrifício se poderá esperar o maior rendimento de proveitos para a comunidade politicamente organizada. É a tarefa dos técnicosõ. (BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 78).

¹⁴⁹ Essa é também a constatação de Harada: õNo Estado moderno, não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí por que o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular; o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário. Por oportuno, cumpre lembrar que, lamentavelmente, entre nós, o orçamento, longe de espelhar um plano de ação governamental, referendado pela sociedade, tende mais para o campo da ficção. Tanto é assim que a União já ficou duas vezes sem orçamento aprovado, como resultado de divergências entre o Parlamento e o Executivo em torno de algumas prioridades nacionais, sem que isso tivesse afetado a rotina governamental. Vige entre nós a cultura do desprezo ao orçamento, apesar de, ironicamente, existir uma parafernália de regras e normas, algumas delas de natureza penal,

4.4 A crise do orçamento brasileiro nos dias atuais

O orçamento no Direito brasileiro tem uma situação peculiar. De inspiração liberal, foi incorporado ao ordenamento nacional de forma ampla, desde a constitucionalização pormenorizada das regras de sua elaboração e pelo estabelecimento de percentuais de aplicação de receitas em áreas consideradas prioritárias¹⁵⁰ até a elaboração de uma Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁵¹, voltada para a responsabilidade da gestão fiscal.

O excesso de regulamentação, entretanto, não resultou num controle maior das contas públicas. A corrupção continua a fazer parte da realidade brasileira, com desvios de verbas, superfaturamento e favorecimentos políticos, assim como o descontrole orçamentário¹⁵². Apesar de o País manter uma carga tributária elevada, a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição é precária e desproporcional ao volume de dinheiro arrecadado.

Por outro lado, pouco se discute a respeito de distribuição dos recursos públicos. A população clama por mais direitos, os políticos pedem mais verbas e todos querem menos impostos, num discurso irracional e absolutamente dissociado da realidade. Nas campanhas eleitorais a pauta é sempre a solução dos problemas sociais, mais saúde, mais educação, mais segurança, sem, no entanto, apontar como isso será feito, de onde sairão os recursos, qual o reflexo das propostas no orçamento¹⁵³.

objetivando a fiel execução orçamentária. (HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58).

¹⁵⁰ Vide no item 4.3 deste trabalho os percentuais destinados às áreas de Educação e Saúde.

¹⁵¹ Lei Complementar nº 101/2000.

¹⁵² Os controles da atividade financeira do Estado contribuem para o aperfeiçoamento da democracia. Por isso, é preciso evitar o gasto desnecessário, reduzir o peso da máquina burocrática e erradicar a corrupção, pelo quanto é danoso ao patrimônio público, fere de morte as instituições democráticas e republicanas, impede os avanços do Estado e afeta o patrimônio coletivo, ao inibir o evoluir da sociedade e prestações dos direitos sociais a serem atendidos. Quanto maior for a responsabilidade do gasto, mais aprimorado o sentimento republicano. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145).

¹⁵³ Como observa Ricardo Lobo Torres: "É próprio da cultura brasileira, como vimos, desconsiderar a importância do orçamento e evitar a discussão sobre ele. Os programas partidários e as plataformas eleitorais não enfrentam a questão fundamental da distribuição dos recursos públicos. Promete-se magicamente a solução dos problemas econômicos e da miséria no País sem se discutir sobre o volume e a destinação dos recursos. [...] Todos querem mais verbas ó dos estudantes aos empresários e aos Ministros ó com menos impostos, equação absurda e utópica. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 36-37)

Trata-se, na verdade, de uma dificuldade em discursar sobre o dinheiro e refletir a respeito das finanças públicas¹⁵⁴, especialmente quando o assunto em questão é a concretização dos direitos sociais, ou a forma como os direitos sociais serão tratados no orçamento público.

A questão financeira de alocação de recursos para a concretização dos direitos sociais é tratada como problema menor, ou detalhe, sempre com a falsa ideia de que há recursos suficientes, o que ocorre é a má aplicação dos mesmos. Paira na sociedade como um todo e na academia também a crença de que se os recursos financeiros disponíveis forem bem aplicados, haverá verba suficiente para efetivar todos os direitos sociais. Falar de escassez e de orçamento nessa matéria é fazer discurso contrário aos direitos sociais, é colocar-se como inimigo dos mais desvalidos.

Trata-se de uma ideologia, de uma questão de fé, absolutamente alheia ao princípio básico da economia, o princípio da escassez, que profere que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros são limitados. Mas ela tem exercido forte influência no Direito, especialmente nos países subdesenvolvidos, como o Brasil.

Exemplo claro dessa mentalidade é a Constituição de 1988, pródiga em previsão de direitos gratuitos¹⁵⁵ sem qualquer preocupação com a realidade, com custos ou com a receita orçamentária, enumerando promessas que ignoram mais uma vez leis básicas da economia¹⁵⁶, cujos resultados se refletem na baixíssima efetividade dos direitos previstos.

¹⁵⁴ É o que destaca Ricardo Lobo Torres: «Essa dificuldade em discursar sobre o dinheiro e refletir a respeito das finanças públicas, aliás, está em íntimo contacto com a mentalidade cavaleiresca presente na cultura luso-brasileira: não é de bom-tom falar sobre o vil metal. [...] De modo que, em rápidas pinceladas, esse é o saldo da cultura orçamentária brasileira: apreendemos a ideia liberal de orçamento e a constitucionalizamos em 1824; mas não a vivenciamos com profundidade, posto que até hoje temos dificuldade em proceder ao controle político do orçamento na via eleitoral e em pronunciar o discurso sobre as políticas públicas e os direitos sociais sob a perspectiva da alocação de verbas orçamentárias». (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 27-28)

¹⁵⁵ Galdino aduz que: «Nessa leitura, a prodigalidade da Constituição é evidente, notadamente em sua redação original. Em seu texto multiplicam-se incansáveis as referências à gratuidade, seja de modo direto, seja de modo indireto, prometendo diversas vezes dispendiosas prestações públicas aos indivíduos ó não raro a todos os indivíduos ó independentemente de qualquer contraprestação por parte dos beneficiários (ou mesmo de outrem). Quase sempre criam-se despesas infinitas e indeterminadas sem se preocupar minimamente com qualquer previsão de receitas orçamentárias (vinculadas ou não a tais despesas)». O autor cita vários exemplos do art. 5º, da Constituição, como os incisos VII (prestação de assistência religiosa); L (condições de permanência para as presidiárias com filhos em período de amamentação); XXXIV (obtenção de certidões e exercício do direito de petição); LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita); LXXVI (gratuidade dos registros públicos de nascimento e óbito); LXXVII (gratuidade das ações de *habeas corpus* e *habeas data*) e conclui ao final que «sem prejuízo de suas virtudes, dentre as suas muitas formulações líricas, só faltou prometer as estrelas». (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 337-338).

¹⁵⁶ *There is no free lunch* (Não existe almoço grátis ó tradução livre).

Além disso, os constituintes, ao ignorarem os custos de suas previsões normativas, ocultam o seu real sentido, o de que embora o usuário não pague diretamente pelo direito ou serviço, os custos do mesmo serão partilhados por toda a sociedade¹⁵⁷.

O orçamento, por outro lado, só atinge as manchetes de jornais para justificar corte de despesas ou aumento na taxa de juros. Ultimamente, em virtude do descontrole das contas públicas, muito se tem falado em déficit fiscal. Mas pouco se observa esse discurso quando o assunto é direito social ou fundamental de uma forma geral. Nesse caso, é quase um tabu se falar em custos e receitas e despesas orçamentárias.

Importante ressaltar que falar de custos, despesas e impossibilidade prática de realização da maioria das promessas constitucionais não significa ser contrário à existência dos direitos sociais, tampouco de prestações públicas. Acontece que é necessário que o Direito deixe o excesso de formalismo de lado e se volte para a realidade.

O mito de que a previsão normativa vai solucionar os problemas sociais de um país como o Brasil não vai ajudar a tornar os direitos sociais mais efetivos, nem vai facilitar a concretização dos direitos fundamentais. A previsão constitucional de uma quantidade desmesurada de despesas, cujas contas públicas de um país em desenvolvimento não suportam, reflete bem a realidade do Direito brasileiro.

Ressalte-se a esse respeito que em 2015, a crise orçamentária brasileira atingiu o seu ápice quando o Tribunal de Contas da União recomendou, por unanimidade, a rejeição das contas da União de 2014, em virtude de uma série de irregularidades cometidas, dentre as quais estão as chamadas *õpedaladas fiscais*¹⁵⁸, manobra fiscal que ocorre quando o Tesouro Nacional atrasa o repasse de dinheiro para as instituições financeiras públicas e privadas que financiam projetos sociais do governo como Bolsa Família, Seguro-Desemprego e Abono Salarial. Assim, os bancos teriam que usar recursos próprios para pagar os benefícios sociais e o governo tem um alívio no orçamento, passando a falsa impressão de que as contas públicas

¹⁵⁷ É o que GALDINO chama de *silêncio estridente*: *õO que existe pragmaticamente é a dispensa de contraprestação em determinadas situações, qualificadas objetiva e, principalmente, subjetivamente. Tal dispensa não significa que o direito ou serviço sejam gratuitos, apenas significa que aquele que o utiliza não está pagando diretamente pelo direito ou serviço. Neste passo, as normas constitucionais destacam-se não pelo que elas dizem, mas pelo que elas deixam de dizer: a sociedade suportará os custos desses direitos. É um silêncio estridente e que diz muito...õ (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 338).*

¹⁵⁸ *õIrregularidades. [...] 2. Inobservância do princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal), dos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000), bem como dos arts. 32, §1º, inciso I, 36, caput, e 38, inciso IV, alínea bõ da Lei Complementar 101/2000, em face de adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal à União para cobertura de despesas no âmbito dos programas Bolsa Família, Seguro Desemprego e Abono Salarial nos exercícios de 2013 e 2014 (itens 2.3.6 e 8.2)õ. (TCU, TC-005.335/2015-9, Min. Augusto Nardes, 07.10.2015).*

estão em ordem e melhorando. Tal prática é vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal e constitui crime de responsabilidade da Presidente da República, podendo acarretar inclusive a perda do mandato.

Além das pedaladas, o Tribunal ressaltou no acórdão a existência de distorções materiais que afastam a confiabilidade de parcela significativa das informações relacionadas a indicadores e metas previstos no Plano Plurianual 2012-2015 e a ausência do rol de prioridades da Administração Pública Federal, com suas respectivas metas, no Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014, descumprindo o previsto no § 2º do art. 165 da Constituição Federal.

Na verdade, o orçamento foi mascarado em 2014, ano eleitoral, para dar a falsa impressão de que as contas públicas estavam em ordem e os benefícios sociais seriam mantidos, fato prontamente desmentido em 2015, início da crise econômica que arrasta o País e os benefícios sociais para o abismo.

Essa é a realidade dos direitos sociais no País, que sem discussão séria a respeito dos seus custos e da sua dimensão financeira, vão continuar a ser usados para fins eleitoreiros, pois a população, alheia ao seu impacto no orçamento, continuará a se iludir com promessas de direitos gratuitos.

É urgente, portanto, uma divulgação ampla e irrestrita para a população a respeito de orçamento, de quanto custa cada reivindicação, de critérios de alocação de recursos, sobre quem financia os direitos e quais direitos de fato é possível efetivar. Uma população educada econômica e financeiramente é o primeiro passo para o desenvolvimento de um país.

5 CRITÉRIOS E LIMITES DE GASTOS COM DIREITOS SOCIAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

A escassez é uma regra básica da Economia. Os recursos, todos eles, sejam financeiros, naturais, materiais ou humanos, são limitados. As necessidades humanas, por outro lado, são ilimitadas. De posse dessa regra, toda uma ciência é construída para tratar sobre a forma mais eficiente, ou seja, com menos custos e com melhores resultados, para alocar esses recursos, de forma a atender ao máximo as necessidades humanas.

Quando se trata de recursos financeiros do Estado essa regra não é diferente. O orçamento do Estado, independentemente da ideologia adotada, é limitado, sobretudo se se considerar que a sua principal fonte de renda é o tributo. Num Estado constitucional, como é exemplo o Brasil, em que as fontes de receita são rigidamente estabelecidas na Constituição, essa limitação se torna ainda mais evidente.

Esses recursos, provenientes das receitas estatais, devem ser utilizados para o atendimento de todas as demandas estatais, das obras e investimentos ao pagamento de pessoal. Diante dessa limitação de recursos, surge o dilema de quanto aplicar em cada área, de quais áreas priorizar.

Ainda que a Constituição estabeleça as prioridades e determine os percentuais a serem aplicados nas áreas mais importantes, a exemplo do que ocorre com a educação, resta ao administrador público uma margem de escolha, que muitas vezes impõe decisões trágicas, vez que, ao atender a uma demanda, outras tantas ficarão sem recursos, como, por exemplo, investir em saúde ou educação, construir escolas ou contratar mais professores, comprar remédios ou aumentar os leitos de UTI¹⁵⁹.

O administrador público, porém, muitas vezes prefere ignorar a dificuldade imposta por essas escolhas, passando a impressão de que há dinheiro para atender a todas as demandas. Há a ideia corrente de que há recursos suficientes, que o Estado sempre poderá prover todas as necessidades, o problema é a corrupção, o desvio de dinheiro público, etc. Na

¹⁵⁹ Como destaca Galdino: "Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento apertado o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas e impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas..." (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 160)

verdade, por maior que seja o orçamento, não haverá dinheiro para atender à totalidade das demandas, sendo necessário escolher¹⁶⁰.

Em relação aos direitos sociais essas escolhas atingem seu ápice, tendo em vista que esses direitos abrangem áreas consideradas essenciais, como saúde, educação, moradia e alimentação. E o atendimento a essas demandas consome altas quantidades de recursos dos orçamentos dos países que adotaram esse modelo.

Escolher, nesses casos, envolve um dilema ético sobre o que é mais importante e mais urgente, sabendo-se que ao se preferir uma área, fatalmente outras tantas deixarão de ser atendidas. Por exemplo, diante dos vários problemas de uma cidade, o prefeito, ao mesmo tempo em que decide alocar a maior parte dos recursos em segurança ou publicidade, está decidindo que não irá aplicá-los nas demais áreas como saúde, educação, moradia, etc.

Em Economia, essas escolhas são chamadas de *trade-offs*, expressão que livremente traduzida significa *perde-e-ganha*, ocorrendo sempre que é necessário escolher entre opções conflitantes, abrindo-se mão de um bem ou serviço a fim de se obter outro bem ou serviço considerado mais vantajoso ou valioso. Quotidianamente, as pessoas realizam inúmeros *trade-offs* ao longo do dia, como ir ao supermercado ou à academia, dormir ou levantar, estudar ou brincar, comprar a casa própria ou morar de aluguel...

A ciência do Direito, porém, pouco tem se dedicado a esse assunto. Em relação aos direitos fundamentais o conflito é comumente abordado como um conflito de normas, a ser resolvido normativamente mediante técnicas de sopesamento, apartadas de qualquer consideração sobre a realidade. Não há espaço para análises de cunho econômico ou financeiro.

O Judiciário, por sua vez, ao decidir sobre a destinação dos recursos públicos em ações que pleiteiam fornecimento de remédios pelo Estado, vaga em UTIs de hospitais públicos, tratamento de saúde, entre tantas outras, desconsidera qualquer análise sobre os efeitos econômico-financeiros das suas decisões, centrando-se nos conflitos dos casos concretos que lhe são apresentados¹⁶¹.

¹⁶⁰ Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37).

¹⁶¹ Soa como truísmo dizer que os estudos econômicos influenciam as escolhas públicas. Pode-se mesmo dizer que, nos dias que correm, diante do distanciamento da realidade que os estudos jurídicos apresentam, as escolhas são influenciadas preponderantemente, pela racionalidade econômica. [...] Já não se pode dizer o mesmo acerca das escolhas no plano puramente jurídico. De acordo com a racionalidade jurídica dominante, fala-se em colisão entre normas. Em regra essas soluções para as colisões oferecidas pelas cortes judiciais ó com amparo na doutrina jurídica ó vigente ou tradicional ó ignora por quase completo qualquer análise

Assim, uma parcela significativa do orçamento dos estados é destinada ao atendimento de decisões judiciais desse jaez, comprometendo não só o princípio da separação de poderes, como a igualdade, vez que ao redirecionarem recursos para o atendimento das necessidades de uma pessoa, outras tantas restarão sem tratamento.

Ignorar o fato de que decisões desse tipo são tomadas a todo momento na Administração Pública impede que um planejamento orçamentário sério seja feito mediante o elenco de prioridades e de uma programação de atendimento. Além de dificultar o controle dos gastos públicos, a negação dessas decisões impede a percepção pela população de que não é possível atender a todas as suas demandas e que ela deve participar dessas escolhas alocativas, tomando consciência do volume de recursos destinados a cada área e definindo o que é mais urgente e essencial para ser reivindicado. Perde-se também a noção de que, para conseguir reivindicações além do orçamento, é necessário o aumento da fonte de recursos, e essa decisão também necessitaria ser partilhada com as pessoas diretamente interessadas, ou seja, aquelas que iriam arcar com o pagamento dos novos tributos.

Infelizmente o despertar da consciência orçamentária não é desejo ou prioridade dos governos, especialmente daqueles com viés populista, pois assim podem prometer atender a todas as reivindicações do povo, mesmo que não tenham o mínimo de condições de cumpri-las, inclusive distribuindo benefícios õgratuitosö. Afinal, um povo vigilante não é desejável, constituindo um empecilho para desvios de recursos, fraudes e corrupções.

O exemplo brasileiro é atual e ilustrativo, não só das promessas eleitoreiras sem respaldo financeiro, como das consequências danosas que elas podem acarretar ao orçamento de um país. Crédito fácil, programas assistencialistas e gastos descontrolados resultaram em inflação, desemprego e recessão. Não é demais ressaltar que num cenário de dificuldades financeiras os direitos sociais, por terem custos elevados, são os primeiros a sofrer com os cortes.

Assim, a educação orçamentária e financeira é primordial para mudar esse quadro e alterar a relação paternalista que o povo tem com o Estado. Na medida em que se toma consciência de que o dinheiro que será empregado para atender às reivindicações e às promessas sai do bolso do próprio povo, até o que se espera do Estado muda, e o destino

econômica (e os *trade-offs reais*). Na verdade, de modo geral, sequer são cogitados os efeitos econômicos das decisões judiciais. De fato, sem medo de incorrer em rigor excessivo, é possível afirmar que a análise jurídica ignora quase completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que lhe são postas para solução. (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 160-161).

desse dinheiro torna-se a preocupação fundamental de todos. O papel da academia nesse caso é de divulgação e de reflexão, fomentando o debate a respeito de tão importante tema.

5.1 A reserva do possível

A reserva do possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que recorreu a ela no julgamento do caso *Numerus Clausus I*, uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários em face da grande quantidade de interessados em áreas como Direito, Medicina, Farmácia, entre outras. Estudantes que não conseguiram vagas nas escolas de Medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação, usando como argumento o art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação¹⁶².

No julgamento, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito ao aumento do número de vagas na universidade encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido de que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade¹⁶³.

Alexy alega que, no julgamento, o tribunal adotou um modelo baseado no sopesamento, no qual aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente. Assim, o tribunal parte de um direito subjetivo *prima facie* e vinculante, de todo cidadão que tenha concluído o ensino médio, a ser admitido no curso universitário de sua escolha, ou seja, um direito que é conferido a seu titular como um direito *oem siö*, mas que é restringível. A reserva do possível surge então como uma cláusula de restrição desse direito, com a ressalva de que essa cláusula não pode levar a um esvaziamento do próprio direito¹⁶⁴.

Nessa mesma esteira Sarlet defende que a reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, nem faz parte do seu núcleo essencial, ou mesmo um limite imanente dos direitos fundamentais. A reserva do possível para o autor constituiria um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, podendo atuar ainda como garantia do

¹⁶² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98.

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 439.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514-515

mínimo existencial de todos os outros direitos, ante a indisponibilidade de recursos para salvaguardar outro direito fundamental além do seu núcleo essencial¹⁶⁵.

Torres, por sua vez, defende que a reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Para ele, equivale a uma reserva democrática, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador¹⁶⁶.

Em sua origem, portanto, a reserva do possível estava mais ligada ao princípio da razoabilidade da pretensão aduzida do que à disponibilidade orçamentária. Krell, entretanto, afirma que essa teoria representa uma adaptação de um *topos* da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos e que a decisão sobre essa disponibilidade estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, mediante a composição dos orçamentos públicos. O autor alemão critica ainda a recepção da teoria da reserva do possível no Brasil como sendo fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado. Para ele, os problemas de exclusão social no Brasil se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia¹⁶⁷.

Sarmiento, por sua vez, discorda desse posicionamento, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, para ele, embora a intervenção judicial nessa seara seja legítima e necessária, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, pelo contrário, acentua a sua importância¹⁶⁸.

No Brasil, a teoria da reserva do possível tem sido usada como uma espécie de reserva orçamentária ou financeira, dentro do âmbito discricionário do legislador. Na tentativa de delimitar seu conteúdo Sarlet sustenta que a reserva do possível apresenta pelo menos uma

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 288.

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Forum de Direito Econômico e Financeiro**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 313-339, 2012, p. 159.

¹⁶⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 28-29.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; e c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nessa quadra, também da sua razoabilidade¹⁶⁹.

Tal teoria, entretanto, ainda carece de conteúdo preciso, o que dificulta a sua aceitação tanto pela doutrina¹⁷⁰ quanto pela jurisprudência, que afirma que a referida teoria, salvo em situações devidamente justificadas, não pode ser usada pelo Poder Público como justificativa para o descumprimento dos seus deveres constitucionais¹⁷¹.

A esse respeito, cumpre destacar que embora a teoria da reserva do possível seja condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, os legisladores não têm ampla liberdade para elaborar o orçamento, estando vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo cumprir seus objetivos e normas-guia. Como ressalta Scaff, essa teoria somente pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica¹⁷².

5.2 O mínimo existencial e a ausência de critérios

Com o intuito de viabilizar a efetivação dos direitos sociais, considerando os altos custos financeiros envolvidos na sua prestação por parte do Estado e a impossibilidade fática de atender a todos os cidadãos, alguns autores defendem que deve ser garantido um *ômnimo existencial* que assegure aos cidadãos uma existência digna.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

¹⁷⁰ Gustavo Amaral, por exemplo, discorda da utilização da teoria da reserva do possível, em virtude da sua imprecisão: *ôTambém nos distanciamos de posicionamentos como o de Luís Roberto Barroso e Clémerson Merlin Clève, pelas razões já expostas no capítulo 1: não vemos, nas lições desses autores, um critério nítido de passagem entre aquilo que a lei pode e aquilo que a lei não pode dispor. O irrealizável é algo que se põe perto do infinito, com uma zona de transição para o realizável por demais longa e sujeita a tantas abordagens que pensamos ser de extrema dificuldade chegar a alguma solução fundada no consenso e não na autoridade.* (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213)

¹⁷¹ RE 592.581, ADPF 45/DF, ARE 639337/SP.

¹⁷² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

De acordo com essa teoria, cabe ao Estado garantir e fornecer um conjunto mínimo de direitos aos cidadãos, que incluiria, por exemplo, um atendimento básico de saúde, acesso à alimentação, à educação de primeiro grau, garantia de moradia¹⁷³, etc. A teoria do mínimo existencial inspirou ainda programas como o de renda mínima e o Bolsa Família, que assegura às famílias de baixa renda uma renda mensal mínima para suprir as suas necessidades básicas.

Como destaca Silva, o conceito de mínimo existencial é usado em diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social¹⁷⁴.

Torres aduz que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Para ele, os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático¹⁷⁵.

Alguns autores defendem o mínimo existencial como uma cláusula aberta¹⁷⁶, não podendo ser reduzido a um objeto fixo ou a um valor pecuniário em virtude do seu caráter variável, cujo conteúdo depende de diversos fatores de ordem social, econômica e cultural¹⁷⁷.

¹⁷³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 35.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 204-205.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-46.

¹⁷⁶ Essa é a opinião de SARLET, que destaca: "Com efeito, é preciso que se tenha presente que o mínimo existencial, ou seja, o conjunto de prestações indispensáveis para assegurá-lo (e, portanto, também o conjunto de prestações que há de ser negativamente tutelado) não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural, isto sem falar na necessidade de referenciar o mínimo existencial aos direitos fundamentais em espécie onde assume relevância. [...] Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 321-322).

A dificuldade que se instala diante da referida teoria, porém, é semelhante à que afeta a teoria da reserva do possível: o problema conceitual de se definir o que seria esse mínimo existencial. Isso porque o conteúdo do mínimo existencial é, por óbvio, variável geográfica e temporalmente, pois as necessidades variam de acordo com o país, com o nível de riqueza e educação de cada população, com o clima, com a época. Essa variação ocorre inclusive dentro do mesmo país, a depender da sua extensão e das necessidades de cada região, a exemplo do Brasil, cujas diferenças regionais são patentes. Assim, o mínimo existencial das regiões Norte e Nordeste não seria o mesmo da região Sudeste ou do Centro-Oeste, o que levaria a diferentes graus mínimos de concretização dos direitos sociais, exigindo critérios claros para essa aferição, sob pena de violação do princípio da isonomia.

A ausência de critérios para se delimitar um conteúdo específico do que seria o mínimo é uma das principais críticas sofridas por essa teoria. Amaral discorda dos autores que defendem a existência de um mínimo existencial exigível e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Para ele, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o *ñão mínimo*¹⁷⁸.

Além disso, não se pode ignorar que mesmo em se tratando de direitos mínimos, a questão financeira não é resolvida, pois quando são muitos os que deles necessitam, a repercussão financeira é enorme. É certo que o custo em si não pode ser um argumento contrário à utilização da referida teoria, pois, como destaca Alexy, a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada¹⁷⁹. Entretanto, é um item importante a ser considerado no cômputo dos direitos sociais, visto que, na falta de recursos financeiros, nem o mínimo pode ser assegurado.

Como resume Barcellos, a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política

¹⁷⁷ Nesse sentido, Torres assevera que *“Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza socialö.* (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126).

¹⁷⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512.

pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Assim, a autora prossegue afirmando que a meta central da Constituição de 1988 é a promoção do bem-estar do homem e da sua dignidade. Por meio da apuração dos elementos dessa dignidade, que estariam contidos no mínimo existencial, seriam estabelecidas as prioridades dos gastos públicos. Somente depois de atingi-los é que se poderia discutir onde aplicar os recursos remanescentes¹⁸⁰.

O obstáculo à aplicação da teoria do mínimo existencial é, porém, anterior à aferição dos custos, pois antes de se saber quanto vai custar é necessário delimitar os critérios para se estabelecer as fronteiras do mínimo, e é aqui que reside o problema de tal teoria, ela não diz como se chegar ao mínimo, pouco ou nada contribuindo para a efetivação dos direitos sociais.

5.3 Princípios de justiça distributiva e critérios de alocação de recursos escassos

Como distribuir os recursos arrecadados e quais critérios utilizar para, diante da escassez, alocar os recursos com eficiência, é um dos maiores desafios do Administrador Público. A ausência de um critério único que oriente todas as decisões alocativas dificulta ainda mais a solução dos conflitos. Não há um padrão que possa ser utilizado em todas as situações¹⁸¹.

As disputas por recursos, porém, ocorrem a cada instante, impondo decisões a respeito de quem atender, quando atender, quais áreas priorizar. Embora não seja possível encontrar um critério único, é necessário que se busquem procedimentos a fim de orientar as escolhas de forma a atender às exigências e expectativas do interesse da coletividade.

Um mapeamento das necessidades e a elaboração de uma escala de prioridades é um início interessante, pois exige planejamento, consulta à população, e execução controlada do orçamento. As pessoas tendem a achar o orçamento um problema menor, mas é nele que várias dessas decisões são tomadas, inclusive a respeito dos direitos a serem efetivados.

Em relação à escassez, Galdino destaca os dois principais modelos para se alcançar a maior eficiência possível nas alocações sociais: (i) da maximização das utilidades

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

¹⁸¹ É o que destaca AMARAL: õ[...] Não há um critério único que possa balizar todas as decisões alocativas. Não há como, pela razão, extrair um padrão, uma regra que sirva para a solução dos conflitos por recursos escassos. Havendo vários critérios e procedimentos a serem escolhidos e combinados, a escolha ganha caráter nitidamente político, com o Judiciário guardando-se para o controle não do conteúdo, mas da forma e de eventuais excessosõ. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 217).

individuais (a chamada regra de Pareto) e (ii) a maximização da riqueza social. Na regra de Pareto, o objetivo da alocação de recursos na sociedade é gerar o máximo de bem-estar individual, sendo a alocação de recursos considerada eficiente se não for possível encontrar alguma outra forma de alocação em que se possa elevar o bem-estar de uma pessoa sem diminuir o de alguma outra. No segundo modelo de aferição, a eficiência é medida pela capacidade que determinada medida de alocação de bens ou recursos tem para gerar a maximização da riqueza social. Nesse sentido, afirma-se que uma sociedade maximiza sua riqueza quando todos os seus recursos e direitos são distribuídos de tal maneira que a soma das valorizações individuais é tão elevada quanto possível¹⁸².

Nesse aspecto, sobressai o caráter político da escolha, a ser tomada nos âmbitos Legislativo e Executivo. O Judiciário atua, em tese, numa função de controle das escolhas, sobretudo no que tange à consonância da escolha com a Constituição. Mas para que haja controle é necessário que se estabeleçam critérios de escolha, e também que o Poder Público justifique porque decidiu aplicar mais recursos numa determinada área e não em outra, ou porque não é possível atender a uma demanda.

Entretanto, o Judiciário brasileiro tem atuado como protagonista da efetivação dos direitos sociais, com pouca ou nenhuma preocupação com custos ou com orçamento. Assim, as decisões judiciais determinam fornecimento de remédios, internação em UTIs, tratamentos caríssimos de saúde, construção de creches, matrícula em escolas públicas, etc.

A cada decisão, o orçamento público é alterado para atender à determinação judicial, e as verbas são realocadas. As escolhas, que haviam sido feitas considerando-se o total de demandas e o total de recursos, são refeitas para atender a casos pontuais.

Como destacam Sustain e Holmes, os Tribunais não estão em posição de supervisionar o processo de alocação eficaz de recursos públicos, tampouco podem retificar as alocações erradas. Isso porque os juízes trabalham com fontes parciais, com um único caso a cada momento, assim não podem examinar um amplo espectro de necessidades sociais em conflito para depois decidir quanto dinheiro alocar a cada uma¹⁸³.

Amaral também critica a posição do Judiciário de ignorar a escassez de recursos e a existência de demandas em conflito, que impõem decisões alocativas difíceis de serem tomadas. Para ele, a tendência natural é fugir do problema e isso é fácil nos meios judiciais,

¹⁸² GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 243.

¹⁸³ HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 117.

pois basta observar o caso concreto dos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos¹⁸⁴.

De qualquer forma, saber que o problema alocativo existe, que há mais demandas do que recursos para atendê-las, que isso impõe escolhas, e que é preciso buscar critérios racionais que justifiquem as decisões tomadas, de forma que ao Judiciário caiba apenas a análise dessas razões, é o princípio da solução.

Em relação aos direitos sociais, é importante saber que, assim como os demais direitos, têm custos, portanto não são absolutos, dependendo da capacidade dos contribuintes de contribuir com os tributos, de forma que se expandem quando há recursos, e se reduzem quando os recursos se esgotam.

Freitas ressalta que o administrador está obrigado a declinar os motivos imparcialmente aceitáveis para a sua decisão, tendo a sua escolha sindicada em face dessas razões. Para ele, não se trata de cobrar a escolha unívoca, porque isso não é possível sequer numa sociedade ideal, mas uma escolha legítima e sustentável entre as prioridades¹⁸⁵.

Barcellos, por sua vez, afirma que, como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido, mas que essa escolha não constitui um tema integralmente reservado à deliberação política, tendo em vista que recebe importante incidência das normas constitucionais. Ela destaca que o conjunto de gastos do Estado é exatamente o local em que a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer e que, dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente, ou poderão mesmo não chegar sequer a avançar minimamente¹⁸⁶.

A esse respeito, cumpre destacar a campanha elaborada pelo Sindicato dos Médicos do Ceará e divulgada em outdoors espalhados pela cidade, nos jornais e nas redes sociais, em dezembro de 2015, intitulada *“Não é falta de recursos. É falta de prioridade.”*¹⁸⁷ em que foi feita uma comparação entre o valor gasto com a festa de réveillon da cidade de Fortaleza e o que se poderia comprar de material para os hospitais públicos com mensagens

¹⁸⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 146.

¹⁸⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.61.

¹⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, 2006, p. 41.

¹⁸⁷ SINDICATO DOS MÉDICOS DO CEARÁ. **Placas de outdoor e megadoor alertam sobre falta de prioridade na Saúde**. 28 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.sindicatodosmedicosdoceara.org.br/o-que-e-prioridade/>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

da seguinte forma: *õShow do Biquini Cavado ou 16.433 antibióticosö; õShow do Safado ou 777 cirurgias de catarataö; õQueima de fogos ou 11.000 mamografiasö; õShow do Luan Santana ou 167.500 remédios para pressão altaö; õShow do Raça Negra ou 789.473 luvas médicasö.*

Embora a saúde tenha orçamento próprio, assim como existem diferenças entre os orçamentos estaduais e municipais, a campanha chama atenção da população para a questão da escolha do gasto público e das prioridades. Enquanto os hospitais estão em situação de emergência, faltando o básico (materiais, remédios, leitos...) para um atendimento minimamente eficiente, o governo gasta os recursos públicos com festas faraônicas.

Com efeito, situações como a descrita infelizmente são corriqueiras neste País, e demonstram o grau da importância que é dada aos direitos sociais, que só ganham destaque em épocas de campanhas eleitorais ou como medidas populistas sem respaldo financeiro.

É necessário urgentemente incluir os aspectos orçamentários e financeiros na discussão sobre a efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição, debater sobre o assunto livremente, na sociedade e institucionalmente, sem falsos moralismos ou expectativas dissociadas da realidade, para só então se poder dizer que os direitos sociais são levados a sério.

5.4 Posição da jurisprudência brasileira sobre o assunto

A jurisprudência brasileira, em várias decisões, tem desconsiderado quase que completamente a questão da escassez de recursos e da necessidade de escolhas, em face da ausência de recursos suficientes para atender a todas as demandas.

Com uma preocupação excessiva em resolver problemas pontuais, apresentados em forma de ações judiciais individuais, o Judiciário tem se esforçado para efetivar os direitos sociais em cada caso, com um instrumental próprio de microconflitos¹⁸⁸, sem qualquer preocupação com a repercussão que essas decisões causarão no orçamento.

Sarmento destaca o problema da multiplicação dessas ações, que acabam comprometendo a racionalidade das políticas públicas e criam implicitamente preferência para algumas pessoas sobre bens escassos, fora de qualquer parâmetro ético ou jurídico. Para

¹⁸⁸ É o que Gustavo Amaral chama de escolhas inconscientes: *õA jurisprudência brasileira tende a não ver a questão de escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária. [...] Ao nosso ver, o Judiciário vem tentando resolver as questões que lhe são postas com as fórmulas, com o instrumental próprio para resolver os microconflitos. É o chamamos acima de escolhas inconscientesö. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173).*

ele, fingir que a escassez não existe não a elimina, apenas a ãempurra para debaixo do debateõ, suprimindo o espaço para discussão dos critérios de justiça na partilha do bolo¹⁸⁹.

Como se apresenta na sequência, o orçamento é visto sempre como um problema menor, não podendo servir como fundamento para impedir o cumprimento dos direitos previstos na Constituição. As consequências de tais decisões têm sido danosas para os orçamentos públicos, sobretudo se se levar em consideração que os recursos destinados ao cumprimento de uma decisão judicial deixarão de ser aplicados em outras áreas, ou para outras pessoas, tão ou mais necessitadas do que aquela que ajuizou a ação.

No varejo não há decisão para a qual não haja recurso. O problema surge quando se juntam todas as demandas e se faz o apanhado de quanto se terá de recursos para cada área. E essa é a grande questão da atuação do Judiciário na alocação de recursos, tendo em vista que falta a noção do todo, a percepção de que há várias demandas a serem atendidas e que se os recursos forem destinados para a efetivação do direito de uma pessoa, outras tantas ficarão sem atendimento¹⁹⁰.

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vê-se que o referido Tribunal tem reiteradamente determinado a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais, independentemente da existência de recursos orçamentários. Apesar de se tratar de uma decisão política, o Tribunal afirma que a liberdade do administrador e do legislador não é absoluta e que é possível a intervenção judicial para o cumprimento dos ditames constitucionais. É o que se observa na decisão do Min. Celso de Mello, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/2004:

[...] Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo. É que se tais Poderes de Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

¹⁹⁰ Destaque-se a crítica feita por Gustavo Amaral: ãDentro desse cenário nos parece ser inaceitável a ãprofissão de féõna suficiência de recursos para atender a todos, que parece professada por vários tribunais. Também não nos parecem razoáveis máximas como ãse está na lei é pra ser cumpridoã pois a lei, não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morreráõ. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 184).

mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado e até mesmo por razões fundadas em imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF, ADPF 45, Rel. Min Celso de Mello, 29.04.2004).

Em jurisprudência recente, o Tribunal explicitamente reconhece que a Administração Pública não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária, como se vê na ementa abaixo:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. **A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária.** 4. Agravo regimental não provido. (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 658.171/DF, Relator: Min. Dias Toffoli, 01/04/2014).

É de se ressaltar, porém, que o Tribunal não ignora a noção de escassez, chegando a mencioná-la em algumas decisões, associando a teoria da reserva do possível como reserva orçamentária, para logo em seguida afastá-la, sob o argumento de que é necessário preservar o mínimo existencial. É o que se observa do voto proferido no exame do ARE nº 639.337/SP-AgR, pelo relator Min. Celso de Mello:

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos - com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas escolhas trágicas (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados com sacrifício de outros) -, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte. (STF, ARE nº 639.337/SP-AgR, Segunda Turma, DJe de 15/9/11).

Aliás, o mínimo existencial é um argumento comumente utilizado pelo Tribunal para afastar qualquer alegação de cunho financeiro-orçamentário e autorizar a implementação direta dos direitos requeridos. No julgamento supracitado, o Tribunal chega a listar alguns direitos que estariam incluídos no conceito de mínimo existencial:

A noção de *ômínimo existencial*, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV) (STF, ARE nº 639.337/SP-AgR, Segunda Turma, DJe de 15/9/11).

Veja-se que, à primeira vista, a posição dos ministros de assegurar a implementação das políticas públicas, bem como a concretização dos direitos sociais, parece ser o posicionamento correto a ser tomado, sobretudo considerando-se o Brasil como um país em desenvolvimento, com elevados níveis de desigualdade social, carente de amparo social. Trata-se, em verdade, de uma mudança de posicionamento do Poder Judiciário ocorrida na última década, tendo em vista que durante muito tempo a ideia dominante na doutrina e na jurisprudência era a de que as normas que consagravam direitos sociais eram normas programáticas, portanto, não poderiam servir de fundamento para demandas judiciais. As intervenções judiciais nesses temas eram raras e vistas como intromissão indevida na seara dos poderes Legislativo e Executivo.

Atualmente, porém, a situação se inverteu, e a todo instante surgem decisões judiciais determinando o cumprimento de demandas individuais de proteção aos direitos sociais, de forma que parte significativa dos orçamentos de saúde dos Estados, por exemplo, passaram a ser destinadas ao cumprimento de decisões judiciais. Como destaca Sarmiento, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela a retira do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também uma decisão implícita desalocativa¹⁹¹.

Exemplo disso foi dado num julgamento paradigmático, também da lavra do Min. Celso de Mello, que negou a suspensão de decisão que condenara o Estado de Santa Catarina a custear a realização de um tratamento médico ainda experimental, nos Estados Unidos, ao

¹⁹¹ Prossegue o autor afirmando que: *Adicione-se a esse panorama a constatação de que o acesso à justiça está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais ó que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material ó pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.* (SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586).

custo de US\$ 163,000.00, de um menor impúbere portador de Distrofia Muscular de Duchene, ocasião em que foi usado o seguinte fundamento:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo ó uma vez configurado esse dilema ó que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.¹⁹²

Outros exemplos semelhantes podem ser citados, como a determinação judicial de fornecimento de remédios a pessoa portadora de doença grave¹⁹³; a matrícula de crianças em unidades de ensino infantil próximas a sua residência¹⁹⁴; a implementação de moradias ou de aluguel social¹⁹⁵, entre tantos outros.

A questão que se coloca diante dessas decisões é se essas determinações judiciais teriam condições de ser universalizadas para todos que se encontrassem na mesma posição, atendendo ao princípio da isonomia¹⁹⁶. Além disso, poder-se-ia questionar se esse recurso destinado, por exemplo, a um tratamento ainda experimental, como no primeiro caso, não poderia ser mais bem alocado numa política que atendesse a um número maior de pessoas. Os questionamentos são de complexa solução, mas devem ser levantados pelo Poder Judiciário sempre que estiver diante de uma decisão alocativa.

É necessário que se busque o equilíbrio nas decisões, de forma a se fazer uma ponderação entre o direito social a ser assegurado e os demais princípios constitucionais concorrentes como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que serão

¹⁹²Petição n. 1.246-1, DOU 13.2.1997.

¹⁹³õ[...] 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, §5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. (STJ, RESP n. 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Humberto Martins, 21.09.06)

¹⁹⁴ARE 639.337/AGR-SP.

¹⁹⁵ARE 855.762/AGR-RJ.

¹⁹⁶Como destaca Amaral: ãA justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39).

afetados com a decisão ou economicamente inviabilizados, caso a prestação fosse universalizada¹⁹⁷.

O Poder Público, por sua vez, deve justificar suas ações especificamente, de forma a deixar claro que não se trata de mero descumprimento de um dever constitucional, mas de uma escolha fundamentada nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que vão além da justificativa meramente financeira. De forma que, quanto mais essencial e importante seja a prestação requerida, mais fundamentada deve ser a decisão.

É o que destaca Silva ao afirmar que não se trata de um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização de direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativo ao legislador e ao administrador. Para ele, se toda não realização de direitos que exigem intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a fundamentação é uma exigência natural, de modo que restrição fundamentada é restrição possível; e restrição não fundamentada é violação¹⁹⁸.

Reconhece-se, portanto, a importância do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais e no controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, mas a intervenção a qualquer custo interfere no orçamento público de forma danosa, promovendo injustiça em larga escala. Assim, o posicionamento defendido no presente trabalho é o de que a intervenção judicial deve ser ponderada com critérios de macrojustiça, levando em consideração as repercussões econômico-financeiras no sistema como um todo.

¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

¹⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250-251.

6 CONCLUSÃO

A discussão sobre os direitos sociais envolve importantes questões relacionadas com a teoria da justiça. Que direitos os indivíduos têm como seres humanos e como cidadãos de um país? Quais direitos devem ser assegurados pelo Estado? Qual o critério mais justo para distribuir os recursos escassos da sociedade?

Vários autores buscaram respostas para essas perguntas, a exemplo de Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls, Nozick e Sen, mas poucas das teorias por eles desenvolvidas oferecem respostas para as escolhas públicas que são feitas diuturnamente pelo Estado. Isso porque as teorias que buscaram modelos de arranjos sociais justos ou partem de uma justiça ideal ou ignoram a questão da escassez de recursos financeiros, que muitas vezes impõem ao administrador público decisões trágicas.

Os direitos sociais passam atualmente por uma crise de legitimidade. Os altos custos de manutenção e a prestação insuficiente pelo Estado em descompasso com o que é prometido legislativamente são uns dos principais motivos dessa crise. Os custos financeiros de prestação e manutenção dos direitos sociais levantam debates sobre a sua viabilidade econômica no mundo todo, sobretudo nos países que adotaram o modelo do bem-estar social. Isso porque os recursos para a sua prestação são recolhidos da população mediante tributação. Embora o Estado seja o sujeito passivo, responsável pela efetivação desses direitos, esses têm como fonte única ou principal o pagamento de tributos.

O reclame por mais direitos demonstra a que ponto a noção de reciprocidade, ou seja, de que uns cidadãos pagam e outros recebem, encontra-se dissolvida, passando a falsa ideia de que é o Estado que concede e presta os direitos de forma ôgratuitaö à população.

A superação desse problema passa necessariamente pela definição do que de fato é papel do Estado, o que pode ser concedido como direito prestacional, até que ponto a população está disposta a financiar essa prestação, e o mais importante, pela consciência de que não é possível atender a todas as demandas sociais, sendo imprescindível a eleição de prioridades. A elaboração do orçamento torna-se assim uma etapa fundamental na definição de prioridades e na concretização desses direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, na contramão do que ocorria com os países europeus, que estavam revendo suas políticas assistencialistas de bem-estar social em virtude das crises financeiras, previu um extenso rol de direitos sociais, sem muita preocupação com a sua viabilidade econômica e financeira.

O que se viu desde a sua promulgação é que os direitos sociais foram utilizados neste País mais com fins populistas do que com a intenção de concretização efetiva. Nos últimos anos, essa crise atingiu o seu ápice com a prestação pelo Estado de diversos programas sociais (Bolsa Família, Bolsa Escola, Minha Casa Minha Vida, FIES, entre tantos outros) visando garantir votos na eleição, sem a menor preocupação orçamentária-financeira.

O desequilíbrio das contas públicas atingiu um ponto insuportável, causando o já previsto corte de despesas, sobretudo na área social, resultando em recessão e desemprego. O aumento de tributos para cobrir o rombo causado é outro tema em destaque, que levanta a questão de quem financia os direitos sociais é a população, assim como é ela quem sofre com a ilusão de que é possível atender a todas as demandas.

O descompasso entre o que é prometido e o que é de fato é entregue à população leva à descrença nas instituições e na própria Constituição do País. No Brasil, o descontentamento político-institucional atual é fato incontestável.

Nesse sentido, uma das primeiras conclusões da presente pesquisa é que o caminho para a concretização dos direitos sociais se inicia na constatação de que não será possível atender a todas as demandas, em virtude da escassez de recursos financeiros do Estado, e que por isso é preciso escolher onde serão alocados os recursos arrecadados da população.

Essa escolha constitui-se numa decisão política, de eleição de prioridades e de investimentos, e é concretizada no orçamento público. Embora a Constituição tenha detalhado percentuais mínimos a serem aplicadas em áreas consideradas prioritárias, como educação e saúde, resta ao administrador público uma margem ampla de discricionariedade na alocação dos recursos públicos. Essa discricionariedade, para ser legítima, precisa não só ser economicamente viável, como deve atender aos princípios constitucionais.

O orçamento é, pois, o palco onde se descortinam todas as escolhas alocativas, indicando as prioridades de cada governo e o perfil do Estado. Infelizmente não é essa importância que o orçamento tem tido. Seu aspecto político é ainda pouco estudado, sendo tratado como mera peça financeira contendo receitas e despesas.

No Brasil, nos últimos anos, o orçamento tem aparecido no noticiário da imprensa como palco de escândalos, irresponsabilidades financeiras e descumprimentos reiterados da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse ponto, chega-se à segunda conclusão deste trabalho, a de que é urgente uma divulgação ampla e irrestrita para a população a respeito do orçamento, de quanto custa cada reivindicação, de critérios de alocação de recursos, sobre quem financia os direitos e quais

direitos de fato é possível efetivar. Dessa forma, acaba-se com a ilusão de que o Estado concede direitos sociais gratuitamente ou por bondade, gerando uma consciência coletiva de que se o financiamento é proveniente da população, esta tem o direito não só de participar das escolhas alocativas, como de fiscalizar a execução do orçamento.

A busca por critérios capazes de orientar essas decisões é um dos maiores desafios nessa matéria. Teorias como a reserva do possível e o mínimo existencial tentam oferecer parâmetros para as escolhas alocativas, mas a imprecisão conceitual dificulta a sua aplicação prática.

A dificuldade aumenta pelo despreparo das autoridades públicas para lidar com essas escolhas, que muitas vezes impõem decisões trágicas de vida ou morte. Por um lado, o Legislativo e o Executivo, principais responsáveis pela elaboração do orçamento, portanto, pelas decisões alocativas, não se veem obrigados a apresentar justificativas para as suas escolhas. Assim o orçamento vira palco de disputa política de quem ganha mais, muitas vezes atendendo a interesses pessoais, ignorando as necessidades públicas.

Por outro lado, o Judiciário, assumindo um papel político que não é seu, tenta corrigir as distorções existentes, determinando a efetivação de direitos sociais em casos concretos, o que acaba por prejudicar ainda mais a execução do orçamento, visto que a verba destinada ao atendimento de uma pessoa é fatalmente retirada de outras tantas, promovendo a justiça no varejo e a injustiça no atacado.

Não se desconhece a importância do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, mas é preciso que se adote um instrumental de macrojustiça, não apenas o caso concreto, vendo-se o orçamento como um todo, sabendo-se que para cada decisão alocativa há outra desalocativa correspondente, ou seja, que ao se atender a uma demanda, fatalmente se estará deixando de atender a outras tantas.

Daí a importância de se mapear as necessidades públicas e estabelecer prioridades. Esse processo é tão importante que põe em questionamento o próprio papel do Estado e o que se espera dele.

Desse modo, o que se conclui com a presente pesquisa é que, embora não seja possível encontrar um critério único a ser utilizado em todas as decisões alocativas, é necessário que haja justificativa por parte do Poder Público sobre as escolhas adotadas, com base nas necessidades públicas, de forma a permitir o controle efetivo da sua execução não só pelo Poder Judiciário, mas pela população em geral.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. (org.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 3-29.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mário da Gama Cury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, 2006, p. 31-60.

_____; BARROSO, Luis Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: _____ (org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCHANAN, James. **Public finance in democratic process: fiscal institutions and individual choice**. Disponível em

<<http://www.econlib.org/library/buchanan/buchCv5Contentes.html>>. Acesso em:

_____; MUSGRAVE, Richard. **Public finance and public choice**. Cambridge/London: MIT, 1999.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXVIII, n. 1, p. 1-11, 2012.

_____. *Metodologia fuzzy* e *camaleões normativos* na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008a. p. 97-113.

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008b. p. 115-136.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008c. p. 35-68.

_____. *Bypass* social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: _____ (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008d. p. 242-268.

_____. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da *constituição social*). **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, Faculdade de Direito da USP, ano 2, p. 73-95, 2007.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do governo grátis: o mal das políticas económicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos tributos para as finanças públicas: ampliação de foco. **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 25, 2006, p. 67-78.

_____; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar sobre o orçamento com foco no gasto. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário RDIET**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-18, Jan-Jun, 2014.

CLÈVE, Clemerson Merlin. (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

CORTI, Horacio G. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127-185.

DALLARI, Adilson. Orçamento impositivo. In: SCAFF, Fernando Facury (org). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 309-327.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. **La función del tributo en el estado social y democrático de derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, Eduardo Paz. **Valores e interesses: desenvolvimento económico e política comunitária de cooperação**. Lisboa: Almedina, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. Revisão judicial dos direitos sociais: a execução positiva e a revisão de medidas de austeridade. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). **Direito financeiro, econômico e tributário: estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 555-574.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. **La cultura de la satisfacción: los impuestos, para qué? Quiénes son los beneficiarios?**. Barcelona: Ariel, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. El estado constitucional europeo. In: **Cuestiones constitucionales** ó revista mexicana de derecho constitucionale. México: UNAM, n. 2, 2002, p. 87-104.

HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HAUBERT, Mariana; CUCOLO, Eduardo. Governo muda benefícios como pensão por morte e seguro-desemprego. **Folha de S.Paulo**, Brasília, 29 dez. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1568439-governo-muda-regra-de-pagamento-de-beneficios-como-seguro-desemprego.shtml>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty**: the mirage of social justice. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributario**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional ôcomparadoö. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LABAND, Paul. **Derecho presupuestario**. Madrid: Instituto de estudios fiscales, 1979.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, António. Estado social: uma perspectiva económico-fiscal. In: **Revista de finanças públicas e direito fiscal**. Ano VI 1 13, primavera, p. 67-82.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez., 2005.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OPPENHEIMER, Franz. **El Estado**: su historia y evolución desde un punto de vista sociológico. Traducción de Juan Manuel Baquero Vázquez. Madrid: Unión Editorial, 2014.

PIKETTI, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo ao empiriocriticismo**. vol. 5. São Paulo: Paulus, 2005.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Notas de derecho financiero**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1975, t. I, vol. 3.

SANDEL, Michael J. Justiça. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Razões da desordem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011a.

_____. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre os particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011b.

SIMÕES, Carlos. **Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Cortez, 2013.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SINDICATO DOS MÉDICOS DO CEARÁ. **Placas de outdoor e megadoor alertam sobre falta de prioridade na Saúde**. 28 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.sindicatodosmedicosdoceara.org.br/o-que-e-prioridade/>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

TANZI, Vito. **Polices, institutions and the dark side of economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Forum de Direito Econômico e Financeiro**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 159, 2012.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado**. São Paulo: Renovar, 2003. p. 1-46.

_____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. **O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social**. Tese de doutorado da Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Filosofia do direito** ó definições e fins do direito ó os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITA, Alvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.