

Algumas reflexões sobre a realização dos direitos sociais: entre a judicialização, a sustentabilidade das finanças públicas e o orçamento do Estado

Walter Baêre Filho

Resumo: A concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais é, muitas vezes, estudada à luz do fenômeno da judicialização destes direitos. Contudo, o traço mais característico destes direitos é o fato de demandarem prestações positivas por parte dos Estados e, deste modo, exercem pressão por gastos públicos para a sua realização. A necessidade de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser enfrentada, destarte, tendo em conta o paradigma da sustentabilidade dos orçamentos e das finanças públicas. O propósito do artigo é, pois, lançar algumas bases para o debate dos direitos sociais sob a perspectiva da sustentabilidade do orçamento do Estado e das finanças públicas.

Palavras-chave: Direitos econômicos, sociais e culturais. Judicialização. Finanças públicas. Sustentabilidade. Orçamento do Estado.

Sumário: **1** Introito – **2** Acerca dos direitos sociais: judicialização e reflexões jurídico-econômicas reveladoras do seu conteúdo – **3** O princípio da sustentabilidade das finanças públicas, o orçamento do Estado e a concretização dos direitos sociais – **4** Conclusão – Referências

They proclaim that every man born is entitled to exist without labor and, the laws of reality to the contrary notwithstanding, is entitled to receive his 'minimum sustenance' – his food, his clothes, his shelter – with no effort on his part, as his due and his birthright. To receive it – from whom? Blank-out. (Discurso de John Galt, A revolta de Atlas, de Ayn Rand, 1957)

1 Introito

O debate em torno dos direitos sociais sempre teve um papel secundário na elaboração e execução dos orçamentos do Estado. Os direitos sociais e sua realização são comumente estudados apenas a partir da previsão constitucional destes direitos, das leis que lhes conferem concretude, e, por fim, muitos debates jurídicos giram em torno da questão da judicialização dos direitos sociais.

Na medida em que a função precípua dos orçamentos públicos não é outra senão a estimativa de receitas e a autorização legal para realização de despesas (RIBEIRO, 1991, p. 55), é por meio da norma orçamental que as escolhas trágicas acontecem.¹ A solução dos dilemas alocativos de uma determinada sociedade e muitas vezes as escolhas que determinam a vida e a morte de cidadãos passam pelo orçamento do Estado.

Se debulharmos a previsão de despesas públicas nas leis orçamentárias de forma detalhada, possivelmente encontraremos diversas escolhas trágicas, que significam muitas vezes, em última análise, qual o grau de satisfação de direitos fundamentais e sociais que a sociedade vai alcançar na execução e realização das políticas públicas por parte do governo.

Entretantes, a discussão acerca da relevância e do papel dos orçamentos do Estado para a realização dos direitos sempre foi relegada a segundo plano, tendo em vista o posicionamento corrente de que a lei orçamentária seria apenas lei em sentido formal,² cabendo ao Executivo propor ao Legislativo o montante de recursos suficientes para o funcionamento do Estado e implementação das políticas públicas estabelecidas pelas leis em sentido material.³

Desta forma, prevalece a percepção do orçamento do Estado apenas como lei em sentido formal,⁴ cujo conteúdo, portanto, não poderia ser confrontado com o cumprimento ou não do projeto constitucional de efetivação dos direitos. Tal fato resulta em um ambiente de alocação de recursos que pode facilmente frustrar ou no limite esvaziar por completo o projeto constitucional de realização dos direitos, dependentes que são da suficiência de recursos para a sua efetivação.

Caso não seja incorporada no debate orçamentário a aderência da proposta com as prioridades constitucionais, a lei orçamentária poderá ser uma peça sem qualquer relação com a realidade, podendo orbitar entre a insignificância e o desprezo pela realização da Constituição e seus preceitos, ao menos em relação aos direitos sociais.⁵ A criação de uma análise normativa do orçamento calcada na realização dos direitos constitucionalmente assegurados, pois, é necessidade

¹ O termo “escolhas trágicas” é uma referência à obra clássica de Guido Calabresi e Philip Bobbitt *Tragic Choices*, em que em que são discutidos as escolhas alocativas dramáticas que as sociedades enfrentam e os mecanismos decisórios de alocação de recursos escassos (*Tragic Choices*, 1978).

² Sobre críticas e reconstrução histórica pertinente desta dicotomia ver a obra de Tiago Duarte (*A Lei por Detrás do Orçamento: a questão constitucional da lei do orçamento*, 2007).

³ Conforme os dizeres de Canotilho (*A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, 1979): “a íntima relação entre a teoria jurídica do orçamento e o direito constitucional dessa época ficou patenteada nas discussões sobre as problemáticas da lei formal e da lei material, da teoria das funções materiais do Estado, da reserva de lei, das relações entre Parlamento e Governo”.

⁴ No ambiente jurídico brasileiro incorporou-se a visão do orçamento como lei em sentido formal. Neste sentido, por todos, a doutrina de Ricardo Lobo Torres (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V: o orçamento, 2008, p. 96).

⁵ Cresce no debate doutrinário a ideia da elaboração de um orçamento do estado centrado nos direitos humanos – “*human rights budgeting*”. Especificamente sobre o orçamento como forma de realização

coerente com uma visão integrada e sistêmica da Constituição e demanda aprofundamentos teóricos para além da simples dicotomia entre lei em sentido formal e lei em sentido material.

Infelizmente, ainda não foi possível desenvolver instrumentos jurídicos cogentes, mesmo na experiência internacional (BUI, 2015, p. 113), para que os Estados de fato se comprometam com a elaboração e execução de um orçamento público não só preocupado, mas orientado para a satisfação dos direitos sociais.⁶

De outro lado, a frustração destes direitos ou a sua realização deficiente deslocam o centro da discussão de efetivação destes direitos para o Judiciário. A judicialização dos direitos sociais é corrente no debate acadêmico e na realidade jurídica, seja por meio do controle de constitucionalidade em abstrato das leis ou mesmo pela disposição em garantir pela via judicial a necessária densificação dos direitos sociais por meio de um conjunto de atuações administrativas imponíveis ao Estado e extraídas diretamente do texto constitucional.

Contudo, inafastável é o fato de que a efetivação dos direitos sociais esbarra na capacidade e disponibilidade financeira do Estado, devendo a materialização destes direitos estar em sintonia com sua capacidade arrecadatória, bem como pela sua disponibilidade econômica e financeira.⁷ Desta feita, é necessário encontrar um equilíbrio entre a judicialização dos direitos sociais e a necessária mediação orçamental para a realização destes direitos.

2 Acerca dos direitos sociais: judicialização e reflexões jurídico-econômicas reveladoras do seu conteúdo

2.1 Natureza jurídica dos direitos sociais

O reconhecimento dos direitos econômicos sociais e culturais,⁸ sob uma perspectiva histórica, foi mais tardio em relação aos chamados direitos de

dos direitos sociais recomenda-se a leitura do artigo de Hien Bui (“Human Rights Budgeting: Making Governments Accountable for Economic, Social and Cultural Rights”, 2015).

⁶ A preocupação aqui é especialmente com a realização dos direitos sociais, já que demandam um conjunto de políticas públicas com elevado custo para os Estados e são direitos que se realizam apenas a partir de um conjunto de políticas públicas que devem redundar em prestações positivas que possam garantir a fruição real destes direitos.

⁷ Peter Häberle (*Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar*, 2002, p. 213) questiona a necessidade de observância da capacidade financeira dos Estados para a realização dos direitos fundamentais, enquanto Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 495) sustenta que “os direitos individuais podem ter mais peso do que as razões de política financeira”.

⁸ No texto será utilizada a expressão ampla “direitos sociais”, abrangendo esta acepção os direitos econômicos sociais e culturais. Conforme afirma Ingo Sarlet, “a utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social” (2004, p. 56).

liberdade. Daí a razão pela qual são chamados de direitos de segunda dimensão.⁹ Sua formação partiu do amadurecimento da percepção de que apenas os direitos clássicos de liberdade não seriam suficientes para a promoção e consagração material da igualdade e da própria liberdade. Nos dizeres de Ingo Sarlet, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado” (2004, p. 55). Desta forma, surgem, após a consolidação dos direitos de liberdade no século XIX, junto com a formação das bases do Estado do bem-estar social, e se desenvolvem ao longo do século XX.¹⁰

Comumente, os direitos sociais são notabilizados: a) por se realizarem por meio de prestações estatais positivas, demandando alguma medida organizada de providência por parte do Estado para sua efetivação; e b) por necessitarem de algum grau de mediação ou conformação legislativa para a sua realização plena. Estes são os principais signos distintivos apontados dos direitos sociais em relação aos direitos, garantias e liberdades fundamentais (ANDRADE, 2012, p. 357).¹¹

Embora demandem uma atuação estatal mais ostensiva para sua realização, os direitos sociais, ao menos em parte relevante de suas projeções jurídicas, estão diretamente relacionados com os direitos e garantias fundamentais, na medida em que a sua fruição – especialmente em relação ao núcleo essencial dos direitos sociais – funciona como verdadeiro requisito ou mesmo condição para o gozo dos direitos de liberdade.

Assim, o núcleo essencial dos direitos sociais funciona como projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a atenção básica às necessidades e bem-estar constituem o denominado mínimo de existência condigna.¹² Para o exercício adequado da dignidade da pessoa humana, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento individual do ser humano é preciso condições mínimas

⁹ Embora haja consenso acerca da afirmação mais tardia dos direitos sociais, suas bases remontam a origens mais remotas. A Constituição Francesa de 1793, em seu art. 3, estabeleceu a igualdade como um direito natural e, de outro lado, no art. 21, garantia o dever de assistência do Estado “aos desprovidos de condições de trabalhar”. A Constituição Imperial brasileira de 1824, possivelmente inspirada pela norma francesa, previa, em seu art. 179, inciso XXXI, a garantia aos socorros públicos.

¹⁰ Para uma melhor compreensão histórica do desenvolvimento dos direitos fundamentais e sociais, recomenda-se a leitura de Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2004, p. 44-66).

¹¹ Talvez por este motivo a opção do Constituinte, tanto em Portugal como no Brasil, foi a de segregação topográfica dos direitos sociais na Constituição dos direitos de liberdade e garantias fundamentais. Também nos dois países a Constituição é explícita com relação à aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, não sendo explícitas com relação aos direitos sociais. O §1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e, no mesmo sentido, o art. 18º da Constituição portuguesa de 1976, assevera que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹² Na doutrina brasileira, em artigo clássico sobre o tema, Ricardo Lobo Torres propõe uma visão de aplicabilidade bastante restritiva dos direitos sociais, reconhecendo que apenas aqueles indispensáveis ao mínimo existencial teriam natureza de direitos fundamentais (TORRES. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, 1989).

que assegurem a sua subsistência (BARAK, 2015, p. 128). Assim, a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial protege o mínimo necessário para uma subsistência digna – mínimo existencial (BARAK, 2015, p. 264).

Muito em razão desta identidade do núcleo essencial dos direitos sociais entendido como uma projeção do direito fundamental à dignidade humana – e a decorrente necessidade de ser assegurado o mínimo de existência condigna –, surge a maior parte do debate sobre a natureza, o caráter e *status* constitucional de verdadeiros direitos fundamentais ou não aos direitos sociais.

Alguns autores, como Amartya Sen (2009, p. 378-385), advogam a tese dos direitos sociais como direitos fundamentais em razão de acharem que esta qualificação geraria um impulso no sentido de consolidação destes direitos, entendidos como uma conquista e evolução da doutrina dos direitos humanos. A preocupação parece ser mesmo de *status*, como se o pertencimento à categoria dos direitos fundamentais favorecesse a sistemática de reconhecimento destes direitos. Tal visão superaria o problema identificado da concretude – “*feasibility*” – e a necessidade de institucionalização destes direitos, sobretudo em Estados menos desenvolvidos e com populações mais vulneráveis e pobres. O entendimento dos direitos sociais atuaria assim quase como um selo de qualidade, de modo a que não fosse desenhada uma “linha na areia” entre os direitos sociais e os consagrados direitos de liberdade (SEN, 2009).

Muito além do *status*, a visão acerca dos direitos sociais como direitos fundamentais ou não¹³ também gera como reflexo uma visão mais ou menos expansiva destes direitos – e de forma correlata, igualmente mais ou menos abrangente de eventuais direitos subjetivos¹⁴ a prestações positivas por parte do Estado.¹⁵

Todavia, são em geral apontados alguns óbices ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, funcionando quase como decorrências do problema da concretude: a) a reserva do (financeiramente) possível; b) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional; c) a estrutura de direitos prestacionais ou positivos; e d) a não universalidade dos direitos sociais.¹⁶

¹³ Para uma análise sobre os direitos fundamentais enquanto direitos fundamentais, vale a leitura da obra de Jorge Reis Novais sobre o tema (*Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2017).

¹⁴ Como a Constituição não pode outorgar aos cidadãos direitos vazios de conteúdo, a visão mais ou menos abrangente dos direitos subjetivos em face do Estado tem relação com a necessidade ou não de mediação legislativa para a tutela destes direitos e em que medida o legislador pode modular a efetividade destes direitos.

¹⁵ Para uma visão crítica acerca do direito subjetivo a prestações positivas, recomenda-se a leitura de artigo de José Carlos Vieira de Andrade (“O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”, 2004).

¹⁶ Não é objetivo do presente ensaio dissecar cada um dos aspectos que apontam os direitos sociais como categoria autônoma e independente dos demais direitos fundamentais, tarefa muito bem realizada por Jorge Reis Novais (2017) para provar justamente a tese oposta. Apenas discutiremos alguns elementos importantes para o debate de alocação de recursos e realização dos direitos sociais. O mesmo autor

O debate em torno dos mecanismos de realização dos direitos sociais é centrado nestes múltiplos aspectos relacionados à natureza jurídica dos direitos sociais. Tal discussão culmina por afetar em que medida e como os direitos podem ser tutelados e se há ou não direito subjetivo que possa ser reconhecido pela via do Judiciário e a possibilidade ou não de reconhecimento de prestações públicas específicas e exigíveis do Estado, diretamente extraídas do texto constitucional.¹⁷

2.2 Direitos sociais e reserva do financeiramente possível

Sobre a submissão dos direitos sociais à reserva do possível, cabem algumas considerações pertinentes, tendo em vista que as escolhas acerca da realização das políticas públicas envolvem escolhas trágicas diante da impossibilidade material de disponibilização de recursos para a atenção plena e concretização máxima de todos os direitos sociais.¹⁸ Em um cenário de limites e escassez de recursos, como contornar a capacidade real do Estado de realização de um gasto público? Nos dizeres de Daniel Sarmiento (2016, p. 229):

A garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também vale para a proteção do mínimo existencial. A escassez obriga o Estado, em alguns casos, a se confrontar com verdadeiras escolhas trágicas, pois, diante da limitação de recursos para atender a múltiplas demandas, ele é forçado a eleger prioridades entre diversas necessidades e exigências legítimas. As escolhas alocativas acabam sendo também desalocativas, pois subtraem fatias do bolo dos recursos existentes, mesmo quando isso não seja explicitado. Para lidar com este fenômeno elaborou-se o conceito de reserva do possível.

Passando ao largo da discussão acerca dos direitos sociais como fundamentais ou não, fato é que a reserva do possível, portanto, representa um limite econômico, real e fático para a efetivação dos direitos constitucionais prestacionais. Como a realização dos direitos sociais possuem como característica substancial marcante a necessidade do dispêndio de dinheiros públicos para a sua satisfação

enuncia os óbices doutrinários apontados para o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais (2017, p. 89).

¹⁷ Especificamente sobre a judicialização dos direitos sociais recomenda-se a leitura do artigo de Jane Reis Gonçalves (“Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais”, 2015).

¹⁸ Sobre a necessidade de mediação do legislador para a concretização dos direitos prestacionais em um cenário de escassez de recursos públicos na doutrina brasileira, recomenda-se a leitura da obra de Gustavo Amaral (*Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*, 2009).

plena, a necessária mediação das escolhas alocativas por parte dos orçamentos públicos ganha relevância para a densificação e concretude destes direitos.

Não obstante, no cenário jurisprudencial brasileiro, há inúmeros precedentes que afastam o argumento da reserva do possível quando está em jogo a satisfação, por meio de prestações públicas, do núcleo essencial dos direitos sociais, identificados como garantia ao mínimo de existência condigna.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, nesta esteira de raciocínio, vem reconhecendo e firmando precedentes no sentido de garantir o direito e obrigar o Estado ao fornecimento gratuito de medicamentos diretamente aos pacientes em diversos casos.¹⁹ Em outro precedente jurisprudencial foi determinado o preenchimento dos quadros de professores da rede básica de ensino.²⁰ Em ambos os casos, a alegação da incidência da reserva do possível, e até mesmo da necessidade de observância do princípio constitucional do planejamento orçamentário,²¹ não foram suficientes para que o Judiciário brasileiro deixasse de determinar ao Estado uma obrigação de prestar de modo específico serviços ou fornecer bens constitutivos de direitos sociais, extraindo o conteúdo da prestação positiva diretamente do texto constitucional.

2.3 Direitos sociais e judicialização

A par da vagueza do conceito de “mínimo existencial intangível”, o problema que surge na construção pretoriana, é que, em homenagem à dignidade humana, ao afastar não só os limites orçamentários, mas também a capacidade concreta do Estado de realizar as escolhas dramáticas e alocar recursos, acaba por

¹⁹ Seguem os precedentes mais relevantes sobre a matéria, consolidados a partir de *leading case* em que se discutiu o fornecimento gratuito de medicamentos para paciente portador do vírus HIV: RTJ nº 171/326-327, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE nº 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE nº 198.263/RS, Rel. Min. Sydney Sanches; RE nº 237.367/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE nº 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE nº 246.242/RS, Rel. Min. Néri da Silveira; RE nº 279.519/RS, Rel. Min. Nelson Jobim – “PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, ‘CAPUT’, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA” (RTJ nº 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

²⁰ Para elucidação, extraímos o seguinte trecho da decisão: “A doutrina da ‘reserva do possível’, neste ponto, tem que ser utilizada com imensa cautela. A escassez de recursos públicos não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão Estatal na área da Educação. Registre-se que, se a realização de concurso público implica planejamento a longo prazo, e se a transferência de professores de outros municípios implicaria comprometer o ensino em outras localidades, sempre resta ao poder público a contratação temporária desses profissionais, mediante processo seletivo simplificado. Não há qualquer prova nos autos que justifique a falta de professores em sala de aula. Na hipótese, o oferecimento irregular do ensino obrigatório pelo Estado do Rio de Janeiro deve ser coibido, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. (STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08)”.

²¹ No caso brasileiro extrai-se o princípio da reserva de orçamento dos arts. 165 e 167, incisos I e II, da Constituição Federal.

deslocar o centro de decisão do Legislativo (a quem cabe elaborar o orçamento) e do Executivo (a quem cabe administrar o orçamento) para o Poder Judiciário.²²

A consequência prática é que ao retirar as escolhas alocativas difíceis das mãos do Parlamento e da Administração Pública, olhando suposta violação pontual e tópica do princípio da dignidade da pessoa humana, o Judiciário pode acabar criando uma situação geral de coisas que viole em outras áreas e com ainda mais intensidade o mesmo mínimo de existência condigna que pretende tutelar.

Afinal, impor obrigações prestacionais significa, na prática, retirar recursos orçamentários escassos e que seriam necessários para a prestação de serviços públicos igualmente importantes para a concretização da dignidade da pessoa humana.²³

Tal decisão, além de poder provocar resultados globais ainda piores para a dignidade da pessoa humana, também retira as escolhas dramáticas com sacrifícios para outras políticas públicas de igual relevo das possibilidades legítimas de escolha democrática, o que contraria o próprio sentido de dignidade da pessoa humana em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.²⁴

Reconhecemos que muitas vezes as questões postas ao Poder Judiciário são mesmo limites e que se apresentam de modo dramático. A crítica que se faz é que os direitos são discutidos em abstrato, sem nenhuma análise consequential para a fruição global e provimento de existência digna para outros indivíduos que terão à disposição recursos mais escassos em situação de igual vulnerabilidade da dignidade da pessoa humana.

Apesar de a judicialização do direito à saúde no Brasil representar um caso extremo, em que reconhecidamente a proliferação de decisões para prestações estatais já começa a ameaçar a realização global do conjunto de políticas na área

²² No mesmo sentido a crítica de Gustavo Amaral (2009).

²³ Para a análise dos direitos sob o enfoque dos custos na doutrina brasileira, vale a leitura de Flávio Galdino (*Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*, 2005).

²⁴ Para se ter uma ideia de como a interferência e o reconhecimento tópico e casuístico de direitos subjetivos a prestações estatais diretamente da Constituição, sem a mediação da legislação que rege as políticas públicas de saúde e nem a observância do princípio do planejamento orçamentário, podem provocar efeitos deletérios para a fruição global dos direitos sociais, estima-se que a posição ativista do Judiciário no Brasil custe ao conjunto dos entes federativos anualmente, só para atender a decisões judiciais relacionadas à saúde, cerca de 1,6 mil milhões de euros. Em 2017, só o Ministério da Saúde brasileiro, em fornecimento de medicamentos para atender a decisões judiciais, despendeu cerca de 250 milhões de euros. Deste universo de decisões judiciais cumpridas pelo Ministério da Saúde, destaca-se que cerca de metade deste valor foi gasto para o tratamento de cerca de 400 pacientes, todos portadores de doenças raras. A posição jurisprudencial no sentido de consolidação da possibilidade de tutela judicial para a garantia do fornecimento gratuito de medicamentos fez com que, entre 2010 e 2016, o número de ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos tenha aumentado incríveis 1.010% (mil e dez por cento).

de saúde,²⁵ o fenômeno da judicialização dos direitos sociais não é exclusividade brasileira.

Na Colômbia é reconhecida a possibilidade de tutela judicial para a garantia do mínimo de existência condigna, e a atuação do Judiciário tem ganhado importância (GONÇALVES, 2015, p. 2.096). A Constituição colombiana de 1991, assim como a brasileira e a portuguesa, positivou um conjunto de direitos sociais.²⁶ Já em 1992, a Corte Constitucional da Colômbia fixou precedente no sentido de ser possível ao Judiciário o reconhecimento de direitos subjetivos relacionados ao pagamento de pensões, como consequência direta e imediata do texto constitucional, com a imposição de obrigação ao Estado de seu pagamento, conforme inferimos de trecho relevante da decisão:

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.

Al interpretar restrictivamente el alcance del derecho a la subsistencia el juez desconoció la importancia de la solicitud de tutela respecto de los derechos de seguridad social y de asistencia y protección de la tercera edad, en las especiales circunstancias del solicitante.²⁷

Igualmente, em virtude de a Constituição de 1996 ter garantido um extenso rol de direitos sociais,²⁸ a Suprema Corte da África do Sul também reconhece a possibilidade de o Judiciário obrigar, com fundamento direto no texto constitucional, uma ampla gama de direitos sociais. Os precedentes daquela Suprema Corte são variados e abundantes, tratando de temas que vão desde o direito à habitação, saúde, acesso à água e seguridade social até a determinação para que o Estado atue para atender demandas como eletricidade, saneamento e acesso à educação (YOUNG, 2012, p. 137).

Em Portugal, em precedente acerca de alteração legislativa que culminou na supressão do direito ao rendimento de inserção social para jovens com idade entre os 18 e os 25 anos,²⁹ o Tribunal Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade da norma por violação ao mínimo para existência condigna, tendo

²⁵ São as conclusões dos já citados relatórios sobre as políticas públicas de saúde no Brasil, elaborados pelo Observatório de Análise Política em Saúde.

²⁶ “Capítulo 2. De los derechos sociales, económicos y culturales (Artículos 42 – 77).”

²⁷ Sentencia No. T-426/92.

²⁸ Constituição Sul-Africana de 1996: §§26 (habitação), 27 (saúde, alimentação, água e seguridade social), 29 (educação), 28 (proteção da infância).

²⁹ Ver Acórdão nº 509/2002/T. Const.

deixando clara a necessidade de tutela legislativa do Estado no bojo do sistema de segurança social, consagrando a necessidade de concretização legislativa desta projeção da dignidade da pessoa humana. A decisão, ao contrário dos precedentes anteriores em sede de direito comparado, longe de estabelecer e extrair diretamente da Constituição um comando específico para o Estado, deixou clara a liberdade de conformação do legislador para, uma vez assegurado o mínimo indispensável, estabelecer os critérios que julgar convenientes para a concessão, os instrumentos e o montante do auxílio.³⁰

O precedente do Tribunal Constitucional português, pois, parece seguir a mesma esteira consolidada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão sobre o tema, no sentido de reconhecer a necessidade de efetivação pelo legislador do conteúdo correspondente ao mínimo de existência condigna dos direitos sociais, sem avançar no espaço de deliberação e conformação reservado ao Poder Legislativo.³¹

2.4 O problema do ativismo judicial

O fenômeno do ativismo judicial, com a interferência recorrente do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo resulta em consequências para a efetivação dos direitos como um todo. Em especial, a judicialização dos direitos sociais – por dependerem fortemente da alocação equilibrada de recursos – pode

³⁰ Sobre a liberdade de conformação do legislador destaca-se o seguinte trecho do voto vencedor no Acórdão nº 509/2002/T. Const.: “Todavia, o legislador, ‘dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim’ (cf. Wolfgang Däubler, cit.), goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir ‘quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio’, sem prejuízo de dever assegurar sempre o ‘mínimo indispensável’. Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro, a vontade popular expressa nas eleições”.

³¹ Ingo Sarlet e Carolina Zockun assim se posicionam, em artigo sobre o mínimo existencial na jurisprudência do Supremo tribunal federal brasileiro (2016, 124), ao comentarem a jurisprudência alemã sobre o tema – BVerfGE 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1) – nos seguintes termos: “Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conferido das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira. Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia [...]”.

resultar na materialização de dois perigos: a) o erro da usurpação; e b) o erro da abdicação.³²

Desta forma, acerca do erro de usurpação, critica-se a possibilidade de que uma atuação expansiva e exagerada do Judiciário possa levar a disfuncionalidades e violar a separação de poderes, com prejuízo e comprometimento da própria implementação dos direitos sociais. Como os juízes não possuem legitimidade democrática, além de expertise limitada na implementação e no diálogo com a sociedade necessário para a formulação e implementação das políticas públicas, suas decisões podem muito bem oscilar entre a futilidade e resultados contraproducentes ou mesmo contrários aos objetivos pretendidos no longo prazo para a efetivação dos direitos sociais (YOUNG, 2012, p. 135).

A este respeito, acrescenta-se outro efeito possível, para além da confusão de papéis e violação da separação de poderes: com decisões constantes sobre o que fazer e como fazer no caminho de concretização dos direitos sociais, a judicialização excessiva poderá ainda tornar o sistema político dependente do impulso judicial para sua ação ou mesmo sufocar as iniciativas para a implantação de políticas públicas por parte daqueles que têm o dever de fazê-lo.³³ Assim, como crianças filhas de pais abusivos, os atores políticos podem apresentar um comportamento vacilante e inseguro para a realização dos direitos sociais.³⁴

O equilíbrio e ponderação na apreciação judicial da concretização dos direitos sociais pode representar o cenário ideal. Assim, entendemos importante e pertinente que os direitos sociais sejam realizados pelas instâncias constitucionalmente incumbidas e aparelhadas para esta tarefa – Legislativo e Executivo. Não estamos querendo afastar, com isto, a necessidade pontual de interferência e controle judicial em casos extremos de violação do mínimo de existência condigna, mas apenas sustentar o retorno da concretização dos direitos sociais para o seu devido lugar: a consolidação a partir do debate democrático levado a cabo pelo Legislativo, com a correspondente implementação de políticas públicas pelo Executivo.

³² Realidades jurídicas distintas apresentam preocupações diferenciadas, de modo que o ambiente norteamericano normalmente é mais preocupado com a questão da usurpação e ambientes mais propícios a interferências do Judiciário nas políticas públicas, como o sul-africano apresenta maiores preocupações com o risco de abstenção (YOUNG, 2012, p. 134).

³³ Para saber mais sobre a dinâmica de relações entre a atuação judicial para a garantia dos direitos sociais e o fato de que “cortes fortes” podem gerar um ambiente de “direitos fracos” e acerca da dinâmica de relações entre cortes fracas ou fortes e direitos fracos ou fortes, vale a leitura de Mark Tushnet (*Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*, 2008).

³⁴ Em psicologia os relacionamentos abusivos são objeto de estudo e podem desencadear a chamada “síndrome dos relacionamentos tóxicos”. A interferência constante do Judiciário na efetivação dos direitos sociais sem a mediação e temperamentos necessários pode levar a um ambiente disfuncional e tóxico para a continuidade, planejamento e execução de políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais.

Não há outro caminho possível em busca da concretização destes direitos, em ambiente saudável de normalidade institucional, sem que haja a mediação adequada e proporcional pela via legislativa das múltiplas demandas políticas concorrentes para a realização dos direitos sociais, respeitadas as particularidades e estágio de desenvolvimento econômico presentes em cada ordem jurídica individualizada.

Entender os direitos sociais como categoria autônoma, cuja concretude depende de um espaço e margem ampla de discricionariedade político-legislativa, para que as escolhas difíceis sejam dotadas de legitimidade democrática qualificada, de modo que a sociedade, via debate político, possa realizar livremente suas escolhas trágicas na alocação de recursos públicos, pode lançar luzes para a busca dos caminhos para a realização máxima destes direitos, dentro dos limites de recursos disponíveis.

Respeitar a particularidade dos direitos sociais, compreendendo que diversamente de outros direitos constitucionalmente previstos, são substancialmente marcados pela necessidade de alocação mais intensiva de recursos públicos, com o necessário estabelecimento de legislação para desenho de políticas públicas para a sua densificação³⁵ (ANDRADE, 2012, p. 389), ajuda a criar as bases para a concretização sustentável e possível destes direitos.

Portanto, para além do debate acadêmico acerca da natureza jurídica dos direitos sociais como fundamentais ou não, é preciso construir conceitos em torno dos custos necessários para a sua realização. E, aqui, é a norma orçamental o elemento fundamental, por ser o elo entre as opções político-legislativas no estabelecimento de programas de implementação dos direitos sociais e a disponibilização de recursos, sem a qual não é possível qualquer fruição real dos direitos sociais.

2.5 Compreendendo os direitos sociais a partir dos seus elementos econômicos

A utilização de conceitos econômicos para tentar compreender os mecanismos de funcionamento do direito não são novidade, e vem se desenvolvendo desde a década de sessenta do século passado.³⁶ Fato é que tanto a ciência jurídica quanto as ciências econômicas possuem mecanismos de leitura do mundo que podem ser intercambiáveis.

³⁵ No mesmo sentido Conor Gearty e Virgínia Mantouvalou (2011, p. 52).

³⁶ Sobre as origens e a história do desenvolvimento do movimento de análise econômica do direito recomenda-se a leitura de Richard A. Posner (*Economic Analysis of Law*, 2014, p. 28-35).

A ideia de que os direitos sociais são direitos prestacionais, envolve como decorrência lógica a percepção de que para a realização material destes direitos é necessária uma miríade de atividades estatais que envolvem custos correspondentes. Deste modo, alguns conceitos econômicos relacionados aos mecanismos de fornecimento e produção de bens e serviços servem para um aprofundamento e melhor elucidação das formas objetivas de realização destes direitos.³⁷

Para melhor discutirmos o papel dos mercados e da alocação de recursos necessários à efetivação dos direitos sociais é preciso melhor compreender o conceito de “bens meritórios” – “*merit goods*”. Os bens meritórios são aqueles que as pessoas simplesmente acham indesejável que tenham um preço. Dito de outro modo, a atribuição de um preço para estes bens causa a diminuição da sua utilidade para um número expressivo de pessoas.³⁸

Para alguns bens meritórios, a atribuição de um preço e livre disposição do mercado não são intrinsecamente negativas. Entretanto, a alocação inadequada e distribuição por meio dos instrumentos de geração e retenção da riqueza podem gerar custos sociais indesejáveis. É justamente a capacidade da riqueza de desequilibrar a dispersão destes bens que os torna custosos, tornando-os inacessíveis para um número significativo de pessoas. Neste caso, os instrumentos regulares de mercado são inadequados para a correta distribuição destes bens, diminuindo assim a sua utilidade.

A má alocação de bens meritórios pode gerar externalidades negativas. Tais bens, quando submetidos às regras normais de mercado podem causar verdadeiro sofrimento mental para as pessoas alijadas da possibilidade de obtenção destes bens. Os custos sociais da restrição de acesso de uma quantidade expressiva de pessoas a estes bens é mais um custo moral do que propriamente um custo no sentido econômico da palavra.³⁹

Em outras palavras, os custos relacionados à restrição de acesso aos bens meritórios são custos morais. Contudo, não são diretamente e simplesmente custos morais. Igualmente, não são os tipos de custos que normalmente a ciência

³⁷ Muitos dos pressupostos econômicos sobre os quais vamos tratar podem ser melhor compreendidos a partir da leitura de obra introdutória sobre as relações entre direito e economia de Mitchell Polinsky (*An Introduction to Law and Economics*, 2011).

³⁸ As reflexões a seguir são realizadas a partir das considerações sobre direito e economia presentes na obra de Guido Calabresi (*The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, 2016, p. 25-76). Contudo, não se trata de mera reprodução do texto original e sim reflexões aplicadas e adaptadas do pensamento original com algumas interpretações livres acerca da possibilidade de aplicação do substrato teórico e conceitos, sobretudo o conceito de bens meritórios explicitado pelo autor, aos direitos sociais.

³⁹ A obra de Michael Sandel acerca dos limites morais do mercado (*What money can't buy: the moral limits of markets*, 2012) relata justamente uma série de situações em que as soluções de mercado parecem diminuir a utilidade dos bens ou mesmo corrompem a essência moral dos objetivos pretendidos pela sociedade em sua distribuição e utilização. A mercantilização de determinados bens encontra óbice nos limites morais impostos pela coletividade.

econômica trata como externalidades, na medida em que representam também externalidades morais.

É exatamente neste ponto que a ciência econômica pode ajudar a compreender o sentido das leis que tentam lidar com estas externalidades morais e efetivar os direitos sociais.

As prestações materiais relacionadas aos direitos sociais guardam exata identidade com o conceito de “bens meritórios”. Estes custos morais da privação de uma parcela da população do acesso a estes bens, caso sejam providos exclusivamente com base na alocação por estruturas puramente de mercado, gerando externalidades negativas, representam verdadeiro fundamento filosófico da positividade dos direitos sociais.

Desta forma, a sociedade organizada e o Estado, tendo em vista a necessidade de fornecimento destes “bens meritórios”/“direitos sociais in natura”, modifica estruturas de mercado – caso das subvenções e do fomento público em geral para a garantia dos direitos sociais – ou substitui totalmente os mecanismos de mercado, de modo que o Estado passa a ter a responsabilidade de prover diretamente os “bens meritórios” que consubstanciam a realização dos direitos sociais.

Assim, os direitos sociais podem perfeitamente ser traduzidos como bens meritórios cuja alocação pelos mecanismos de distribuição e concentração de riqueza normais é que geram custos morais, ao diminuir o acesso ou alijar uma quantidade significativa de pessoas destes bens, atraindo a discussão sobre a noção de igualdade e desigualdade.

Uma parcela relevante da sociedade acredita que há bens que não podem estar sujeitos exclusivamente aos mecanismos correntes de dispersão e concentração da riqueza, já que isto importaria infligir a um número grande pessoas sofrimento, insatisfação e infelicidade. No caso dos direitos sociais, estes bens já foram identificados e, em boa parte dos ordenamentos jurídicos, incorporados no nível constitucional.

Dito de outra forma, os mecanismos normais de concentração de riqueza trazem uma elevada externalidade negativa na forma de custos morais. Estas externalidades negativas só não se materializam caso sejam supridas por meio dos mecanismos de satisfação dos direitos prestacionais, e em especial, a partir da realização dos direitos sociais.

Entre a possibilidade de regulação e de oferta pelo mercado, a alocação destes bens acaba decidida na maioria das vezes por comandos legais. Por serem considerados tão essenciais, a ausência deles pode ser considerada ofensiva e violar os direitos fundamentais mais básicos e a própria noção de humanidade.

Como a alocação e provimento destes bens relacionados aos direitos sociais deve capturar o conjunto de demandas sociais e a tradução do que seria os

custos morais aceitáveis ou não resultantes da não efetivação destes direitos, a única forma de mediação possível e captura destes custos morais se dá por meio do processo legislativo – seja nas decisões sobre a criação de programas para a tutela dos direitos sociais, ou na decisão do tamanho do programa e oferta de bens meritórios para a satisfação destes direitos, expressas nas escolhas de alocação de recursos realizadas pela norma orçamental.

De outro lado, a noção do mínimo de existência condigna pode ser identificada como a necessidade de satisfação mínima dos direitos sociais, funcionando como projeção da dignidade da pessoa humana, em razão de o não provimento destes direitos por meio de prestações – “bens meritórios” – serem justamente o limite socialmente inaceitável dos custos morais relacionados à não satisfação dos direitos sociais.⁴⁰

Ao admitirmos a existência de bens meritórios e a necessidade de alocação destes bens por mecanismos alterados de mercado ou por meio de regras de comando, estamos também concluindo que em alguma medida, ao menos em relação a alguns bens, a desigualdade é capaz de causar algum grau de insatisfação e infelicidade para parcela significativa da população, traduzido na forma de custos morais. O limiar deste sofrimento, entendido como custo moral insuportável e socialmente inaceitável, tem como tradução jurídica o mínimo de existência condigna.

Deste modo, se apenas alguns poucos bens considerados meritórios são retirados dos mecanismos normais de mercado para a promoção de um maior ambiente de igualdade – por meio da satisfação dos direitos sociais – então os custos associados a esta decisão seriam menores do que a diminuição do custo moral e maior seria o grau de satisfação social que o acesso mais igualitário a estes bens promoveria.

O exemplo do acesso à educação e à saúde são bem ilustrativos deste ponto. Ao menos na experiência da maioria dos países ocidentais, a educação e a saúde em geral são bens disponíveis e acessíveis por meio dos mecanismos normais de mercado.

Contudo, o acesso ao nível mínimo de educação e de saúde é garantido pela legislação na forma de regras de comando, em que a alocação coletiva e o acesso a este mínimo são obrigatórios e largamente assegurados, independentemente da condição individual de pobreza e riqueza. A legislação aqui não retira todo o bem do mercado, mas reserva um nível mínimo de educação e de saúde a ser

⁴⁰ Podemos dizer, com esteio nesta premissa, que, toda vez em que identificada situação de custo moral insustentável e relacionada à satisfação mínima dos bens meritórios relacionados aos direitos sociais, diante da disponibilidade de recursos para supri-los, estaremos diante da necessidade de provimento urgente por parte do Estado em face de uma violação objetiva da dignidade da pessoa humana.

alocado por intermédio de regras de comando. A partir deste mínimo, entretanto, as regras de mercado e os incentivos decorrentes são assegurados. O acesso a um nível mínimo é assegurado por lei justamente para diminuir os custos morais inaceitáveis decorrentes da incapacidade de uma grande parcela de acessar nem mesmo este mínimo.⁴¹

A partir, pois, destas reflexões acerca de conceitos econômicos que orbitam a sistemática de concretização dos direitos sociais, podemos extrair algumas conclusões sobre a natureza dos direitos sociais:⁴²

- a) A concretização dos direitos sociais atende à atenuação dos efeitos da desigualdade, consequência do fato de as estruturas normais de mercado serem incapazes de prover determinados tipos de bens de forma uniforme e eficiente.
- b) Os direitos sociais servem para assegurar o acesso a bens cuja privação corresponde a situação de sofrimento ou infelicidade não tolerada pelo ordenamento jurídico, traduzida na forma de custos morais para toda a sociedade, levando a necessidade de provimento estatal, seja diretamente ou por estruturas modificadas de mercado.
- c) A modificação das estruturas de mercado ou a sua respectiva absorção por parte do Estado envolvem custos públicos, tolerados pela sociedade em razão de diminuírem ou atenuarem os custos morais das deficiências da alocação de bens pelas estruturas normais de mercado.
- d) Os custos morais insuportáveis, resultantes da privação de acesso ao conteúdo prestacional mínimo e essencial dos direitos sociais, resultam em violação da dignidade da pessoa humana, atraindo a incidência da fórmula da garantia ao mínimo de existência condigna.
- e) Os custos dos direitos sociais e a forma mais eficiente de absorvê-los são indeterminados e apontam pela necessidade de construção e mediação legislativa, sendo o orçamento do Estado o local por excelência de determinação destes custos.
- f) Os direitos sociais devem ser concretizados de forma seletiva, de modo a assegurar o acesso aos bens necessários à sua fruição apenas para aqueles que deles são aliados pelas estruturas normais de mercado e

⁴¹ A efetivação dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos sociais, possui elevados custos para a sociedade, a serem alocados pelos orçamentos públicos. Ignorar esta realidade é tolher o direito das ferramentas adequadas para a amplificação do acesso e efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados. A percepção de que os direitos possuem custos e sua lógica de distribuição têm sido objeto de estudo pelo direito. Sobre o tema, fazemos novamente referência à obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein ao se debruçarem sobre a dependência dos direitos fundamentais do direito fiscal e dos orçamentos públicos (*The cost of rights: why liberty depends on taxes*, 1999).

⁴² As conclusões aqui não são definitivas, mas servem para fomentar uma reflexão acerca de atributos dos direitos sociais capazes de distingui-los dos direitos fundamentais.

sofrem os efeitos da concentração de riqueza, de modo que não são universalizáveis.

Vistos alguns elementos econômicos que podem ajudar na melhor compreensão da estrutura dos direitos sociais, fato é que os custos para a promoção das prestações correspondentes são materializados no orçamento do Estado. Desta forma, os orçamentos devem ser receptivos ou devem ao menos sofrer alguma carga irradiante dos direitos sociais, de modo a favorecer as condições materiais necessárias à satisfação real dos direitos sociais, para além da promessa constitucional.

3 O princípio da sustentabilidade das finanças públicas, o orçamento do Estado e a concretização dos direitos sociais

3.1 Direitos sociais, espaço orçamentário e vedação do retrocesso

Um dos maiores desafios teóricos para a efetivação dos direitos sociais reside precisamente no elo de ligação entre a previsão em abstrato destes direitos e as decisões tomadas no âmbito das finanças públicas. Boa parte do debate acadêmico sobre o tema tem como foco a judicialização dos direitos sociais. Fato é que são os mecanismos vinculados às finanças públicas e à peça orçamentária, por excelência, que possuem a maior capacidade de tornar efetivos estes direitos.

Tal afirmação parte de uma constatação óbvia: a realização dos direitos em geral, especialmente os direitos sociais, por seu caráter substancialmente prestacional, exige recursos públicos. Dito de outra forma, o reconhecimento formal destes direitos é de certa forma sabotado, caso não haja um compromisso e um esforço para a disponibilização dos recursos necessários para a realização destes direitos.⁴³

Ocorre que em momentos de crise econômica e indisponibilidade de recursos, não só o comprometimento com a alocação de recursos diminui por parte dos Estados, mas também é alegada a necessidade de promoção de cortes nos orçamentos, diminuindo a possibilidade de concretização destes direitos.⁴⁴ As crises geram como efeito não só relegarem os direitos sociais a um segundo plano,

⁴³ Alguns autores começam a apresentar preocupação com a capacidade financeira dos Estados e abordar o tema da realização dos direitos sociais sob a perspectiva do orçamento do Estado e da capacidade de investimentos públicos (O'CONNELL, 2013, p. 59).

⁴⁴ Suzana Tavares da Silva, em artigo sobre a sustentabilidade em momentos de crise, discorre sobre a construção de um direito de necessidade não declarado formalmente pelo ordenamento jurídico, mas aplicado na prática (*Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise*, 2011).

como também provocam uma reação em cascata institucional, provocando uma certa diminuição da percepção dos custos sociais morais relacionados a estes direitos.⁴⁵

Lado outro, parte da doutrina sobre a concretização dos direitos sociais advoga a tese, cujas origens históricas estão na jurisprudência germânica sobre o tema, de que, uma vez concretizados os direitos sociais pelo legislador, não poderia haver retorno à situação anterior, sob pena de violação do chamado princípio da proibição do retrocesso social (*Soziales Ruckschrittsverbot*).⁴⁶ Os partidários de uma aplicação mais restrita desta teoria partem do princípio da segurança jurídica para conferir uma certa imutabilidade do grau de realização dos direitos sociais já alcançado pela via legislativa.⁴⁷

O princípio da vedação do retrocesso social, caso fosse aplicado de forma estrita, geraria como efeito a expansão constante da concretização dos direitos sociais, com o aumento ilimitado dos custos correspondentes, o que esbarra e encontra limites fáticos na escassez de recursos.⁴⁸ Desta sorte, ficamos com a concepção de Jorge Reis Novais sobre o tema no sentido de que “não se trata de proibição de retrocesso absoluta, mas tão só relativa ou de prima facie, ou seja, que a proibição só incide sobre retrocessos que afetem o mínimo social, que afetem o conteúdo essencial dos direitos em causa, que sejam desproporcionados ou desrazoáveis, ou que afetem a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana”⁴⁹ (2017, p. 259).

Inobstante, no âmbito do direito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1966, em seu art. 2º, determina a assunção do compromisso de medidas de esforço econômico e técnico “até o máximo de seus recursos disponíveis”, para assegurar o pleno exercício dos direitos sociais.⁵⁰

⁴⁵ Usamos a expressão custos morais da forma como compreendida e já empregada neste ensaio.

⁴⁶ Como leciona Jorge Reis Novais, “a fórmula e o eventual princípio da vedação do retrocesso surgiram, então, como uma invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemãs” (2017, p. 255).

⁴⁷ Por todos, conferir Ingo Sarlet (*Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, 2006).

⁴⁸ Aqui serão feitas apenas algumas considerações pontuais sobre a premissa da proibição do retrocesso. Longe de esgotar o tema ou abordar com maior profundidade. Assim, para maiores considerações sobre este tema em especial, remetemos ao artigo de Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira (*Elementos de uma Teoria da Restrição dos Direitos Sociais Realizados*, 2017).

⁴⁹ O mesmo sentido jurídico parece ter sido trilhado no já mencionado Acórdão nº 509/2002/T. Const.

⁵⁰ No Brasil, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. O art. 2º assim dispõe: “1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

O problema é que o máximo dos recursos disponíveis é um conceito jurídico indeterminado e esbarra na noção econômica de espaço fiscal ou espaço orçamentário.⁵¹ Assim, de acordo com o Fundo Monetário Internacional, o espaço fiscal pode ser definido como “a margem em um orçamento do Estado que permite a alocação de recursos para um propósito específico, sem causar danos à sustentabilidade financeira ou à estabilidade da economia”.⁵²

3.2 Concretização dos direitos sociais e o princípio da sustentabilidade das finanças públicas

Desta forma, por evidente, a luta pela promoção dos direitos sociais não pode ser de tal sorte que provoque danos econômicos que ao fim resultem em um estado geral de coisas, inclusive em relação ao montante de recursos disponíveis, pior do que antes da tentativa de concretização dos direitos sociais. Desta forma, a reserva do financeiramente possível, atua mesmo como uma garantia para a promoção de longo prazo dos direitos sociais. A tentativa de implementação dos direitos sociais a qualquer custo também é um dos riscos para a sua não concretização, operando como uma espécie de outra face da moeda da omissão estatal. A concretização dos direitos sociais no orçamento do Estado, pois, deve ser de tal sorte que seja harmônica com o princípio da sustentabilidade das finanças públicas.⁵³

O princípio da sustentabilidade das finanças públicas, longe de ser uma abstração teórica, possui suas bases fincadas na ordem jurídica,⁵⁴ sendo um princípio

⁵¹ Reconhecemos que nesta seara os dilemas das finanças públicas são complexos e colocam em choque duas visões econômicas de mundo antagônicas que beiram o ideológico. De um lado os economistas neoclássicos acreditam que a disciplina fiscal e o controle estrito dos déficits públicos podem gerar um ambiente de crescimento sustentável e favorecer a consolidação de longo prazo dos direitos sociais. De outro lado, os economistas keynesianos acreditam que os gastos públicos sociais podem contribuir com o crescimento da economia e devem prevalecer em detrimento da disciplina fiscal estrita, o que favoreceria o próprio aquecimento econômico. Para maiores elementos acerca deste debate, sob o enfoque da realização dos direitos sociais, recomenda-se a leitura de Diane Elson, Radhika Balakrishnan e James Heintz (*Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights*, 2013).

A partir de minha experiência pessoal, vivenciando dentro do governo brasileiro a involução da situação econômica brasileira recente, chego à conclusão de que a imprudência com as finanças públicas pode mesmo gerar um ambiente pior para a consolidação dos direitos sociais, minando as bases de um crescimento econômico sustentável.

⁵² Tradução livre. Nos exatos termos do artigo de Petter Heller (“Back to Basics – Fiscal Space: What It Is and How to Get It 2005”): “*It can be defined as room in a government’s budget that allows it to provide resources for a desired purpose without jeopardizing the sustainability of its financial position or the stability of the economy*”.

⁵³ Como é cediço, princípios são normas jurídicas com alto teor e carga axiológica e que comportam aplicação segundo sua dimensão de peso, ao contrário das regras que possuem um comportamento de incidência binário (*all or nothing*). Sobre o tema da teoria dos princípios remete-se à obra de Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2004).

⁵⁴ Na Constituição portuguesa de 1976 infere-se o princípio da sustentabilidade a partir do art. 81, a, cabendo prioritariamente ao Estado: “Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida

estruturante do Estado, decorrente da responsabilidade intergeracional (CAMPOS, 2015, p. 205). O bem-estar de uma geração em relação a outra depende do comprometimento intergeracional contínuo para com a saúde das finanças públicas.

Se por um acaso a geração presente elevar os níveis de dívida pública a patamares impagáveis ou insustentáveis para a promoção futura dos direitos sociais, o projeto constitucional de concretização dos direitos sociais como um todo estará ameaçado.⁵⁵ Desta sorte, uma interpretação sistêmica dos direitos sociais constitucionalmente consagrados não pode ser de tal sorte que o processo de implantação destes direitos no curto prazo provoque o sacrifício futuro e inviabilidade de fruição destes direitos por parte da geração futura. O sentido de perenidade constitucional leva à inviabilidade de adotarmos uma interpretação do sistema jurídico que potencialmente levará ao fracasso futuro da promessa constitucional como um todo.⁵⁶

O princípio da sustentabilidade das finanças públicas, no contexto da União Europeia, emerge do disposto no art. 119º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, que prevê a adoção pelos Estados-Membros dos seguintes princípios orientadores: “preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balança de pagamentos sustentável”. Da mesma forma, o art. 140º prevê a necessidade de garantia por parte dos Estados-Membros da “sustentabilidade das suas finanças públicas, que será traduzida pelo facto de ter alcançado uma situação orçamental sem défice excessivo”.

Em 2012, após os efeitos da crise econômica sobre a dívida dos Estados-Membros da União Europeia, é celebrado o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária. Assim, a partir das regras constantes do art. 3º – Pacto Orçamental – é exigido o controle da relação dívida/produto interno bruto – PIB, de modo que os países em que a dívida pública supere o valor de 60% do PIB devem controlar os respectivos défices estruturais anuais em montante não superior a 0,5% do PIB, sendo autorizado

das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”.

No Brasil, o princípio da sustentabilidade das finanças públicas é princípio decorrente do princípio do planejamento orçamentário, extraído dos arts. 165 e 167, incisos I e II.

⁵⁵ Sobre a necessidade de respeito a um princípio de justiça intergeracional que seja de tal modo implementado que haja comprometimento com o estabelecimento de uma poupança para o aumento do bem-estar e da riqueza entre gerações, vale a leitura de Daniel Attas (*A Transgenerational Difference Principle*, 2009).

⁵⁶ José Vicente Santos de Mendonça propõe uma interpretação da ordem econômica na Constituição centrada no pragmatismo jurídico e na razão pública; desta forma a ordem jurídica constituída não poderia admitir interpretação jurídica que levasse à “autonegação” da norma (2018, p. 96).

défice estrutural anual de até 1% do PIB para aqueles países que não superem o patamar de 60% da dívida pública em relação ao PIB.⁵⁷

No Brasil, da mesma forma, houve alteração constitucional – Emenda Constitucional nº 95/2016 – para disciplinar o chamado “Novo Regime Fiscal”, impondo, igualmente, regras estritas de controle dos gastos públicos pelo prazo de 20 anos, em homenagem ao princípio da sustentabilidade das finanças públicas.

O que a regra constitucional do novo regime fiscal brasileiro faz, na prática, é promover o congelamento do montante das despesas primárias, de modo que a despesa total do Estado brasileiro só poderá ser corrigida nominalmente pelo índice oficial geral de inflação. Desta forma é esperada a redução paulatina dos défices públicos no Brasil e convergência para uma situação de controle geral das finanças públicas.

A existência de todo um aparato normativo tendente a concretizar o princípio da sustentabilidade das finanças públicas e que impõe uma rigorosa disciplina orçamental não é obra do acaso. O aumento desmedido da dívida pública pode gerar desequilíbrios econômicos e levar a uma situação de estrangulamento ainda maior da capacidade de realização de gastos públicos por parte dos Estados, e, via de consequência, menos recursos poderão ser alocados no orçamento do Estado para a satisfação dos direitos sociais.

O princípio da sustentabilidade das finanças públicas em cotejo com a demanda de satisfação dos direitos sociais gera, pois, a necessidade de observância da reserva do financeiramente possível como barreira fática, econômica e normativa à concretização dos direitos sociais. Isto não quer dizer que os Estados não devem promover todo o esforço necessário para a alocação de recursos para o cumprimento do projeto constitucional de realização dos direitos sociais, como já afirmado. Mas fato é que, do ponto de vista normativo, o critério de máximo de recursos disponíveis para a satisfação dos direitos sociais deve ser de tal sorte a não comprometer a sustentabilidade das finanças públicas e o equilíbrio orçamental.

3.3 Análise do orçamento do Estado a partir dos direitos sociais

Uma das ferramentas possíveis de contorno da tensão entre o princípio da sustentabilidade das finanças públicas e a responsabilidade governamental na concretização dos direitos sociais é a análise do orçamento a partir dos direitos

⁵⁷ Para informações sobre os fundamentos econômicos das regras orçamentais no âmbito da União Europeia recomenda-se a leitura de Manuel Henrique de Freitas Pereira (*Sustentabilidade das Finanças Públicas da União Europeia*, 2012).

sociais. Nos últimos anos, muitos atores dedicados à causa dos direitos humanos vêm desenvolvendo mecanismos para a análise de impacto dos orçamentos na realidade dos direitos sociais, como o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos – EACDH e outras organizações intergovernamentais, como a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura – FAO (NOLAN, 2013, p. 41).

A definição de análise do orçamento a partir dos direitos sociais deve levar em consideração o ambiente de proteção substantiva dos direitos sociais em uma determinada ordem jurídica, observado o conjunto de dispositivos constitucionais e legais. Após o escrutínio e identificação dos direitos sociais legalmente garantidos, são realizadas análises de custos, resultados e o impacto das decisões orçamentais na fruição real dos direitos sociais (NOLAN, 2013, p. 43).

A análise pode levar em consideração cada espécie de direito social individualmente considerados (saúde, habitação, etc.) ou ser realizada sob a perspectiva do grau de materialização da igualdade atingido. Em todos os casos, são levados em considerações os aspectos relacionados às políticas macroeconômicas, o conjunto das receitas e despesas públicas e demais parâmetros econômicos utilizados para a elaboração do orçamento do Estado.

Ainda há a análise estática ou dinâmica do orçamento do Estado. Na análise estática, a lei orçamental é considerada em si mesmo, e, na análise dinâmica, são considerados a evolução de gastos públicos e resultados atingidos ao longo do tempo, sendo a última análise particularmente útil para a identificação de comprometimento do Estado com o paradigma da utilização do máximo de recursos disponíveis, dentro do espaço orçamental posto (NOLAN, 2013, p. 44).

Apesar de muitos progressos e avanços na utilização da análise dos orçamentos a partir dos direitos sociais, há muito desafios e avanços ainda pendentes.⁵⁸ Há falta de uma definição clara e de parâmetros, tanto para objetivar o conceito de “máximo de recursos disponíveis” como a noção de “conteúdo mínimo” de direitos sociais que deva ser disponibilizado. Fato é que estes parâmetros devem levar em consideração o contexto e o ambiente político, econômico, social e cultural de em determinado Estado, não sendo a ausência de definição prévia destes contextos um obstáculo intransponível à difusão da análise do orçamento do Estado centrada nos direitos sociais.

Ao contrário, acreditamos que a positivação na legislação de mecanismos que promovam a análise e monitoramento permanente dos orçamentos do Estado

⁵⁸ Para um estudo de caso aprofundado da análise do orçamento sob a perspectiva da realização dos direitos sociais, com a comparação dos métodos utilizados em quatorze estudos, pertinente é a leitura de Rory O'Connell, Aoife Nolan, Colin Harvey, Mira Dutschke e Eoin Rooney (*Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, 2014, p. 38-60).

sob a lógica da concretização dos direitos sociais é medida legislativa chave para criar um ambiente propício ao desenvolvimento e avanço equilibrado da fruição material destes direitos.

Assim, no limite, a ausência de instrumentos no orçamento do Estado de controle da efetivação dos direitos sociais pode caracterizar uma falta de compromisso dos Estados com a realização dos objetivos assumidos no bojo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podendo caracterizar mesmo – a depender do *status* constitucional dos direitos sociais – uma omissão inconstitucional do Legislativo, susceptível, portanto, aos controles de constitucionalidade decorrentes.⁵⁹

3.4 O papel das instituições fiscais independentes

Nos últimos anos, como resposta à necessidade de enfrentar a crise das finanças públicas, acentuada pela grave crise econômica mundial, muitos países criaram as chamadas instituições fiscais independentes. Diferentemente dos órgãos tradicionais de controle, como os tribunais de contas, estas instituições não possuem a função de controle ou auditoria *a posteriori* da conformidade legal na elaboração e execução dos orçamentos dos Estados, não sendo, pois, meras reproduções dos tribunais de contas já existentes.⁶⁰

São instituições vocacionadas precipuamente à função de vigilância (“*watchdogs*”) da saúde financeira dos Estados, com foco no acompanhamento da elaboração do orçamento do Estado e da execução orçamental, para melhor identificação e constatação do estado da arte das finanças públicas.⁶¹

Atuam, desta forma, para colocar um olhar independente sobre o desempenho das normas orçamentais, diagnosticando, acompanhando e prevenindo a gestão temerária do orçamento do Estado, ao mesmo tempo em que cancelam o desempenho das finanças públicas e projetam os resultados esperados.

⁵⁹ Pela possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão em matéria de direitos sociais ver José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 383).

⁶⁰ São exemplos de instituições fiscais independentes a Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Espanha); Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis (Países Baixos); Swedish Fiscal Policy Council (Suécia); Congressional Budget Office – CBO (E.U.A.); Haute Conseil des Finances Publiques (França); Irish Fiscal Advisory Council (Irlanda); Instituição Fiscal Independente (Brasil); Conselho das Finanças Públicas (Portugal); National Assembly Budget Office (Coreia do Sul); Office for Budget Responsibility – OBR (Reino Unido); Office of the Parliamentary Budget Officer (Canadá); Ufficio Parlamentare di Bilancio (Itália); Council for Budget Responsibility (Eslováquia).

⁶¹ Longe de analisar individualmente as características e conformação legal de cada uma das múltiplas instituições fiscais independentes, vamos aqui elencar apenas algumas das características comuns destas instituições para assim verificarmos se podem ou possuem papel capaz de contribuir para a efetivação dos direitos sociais. Para maiores elementos teóricos e boas práticas difundidas sobre o tema recomendamos a leitura de publicação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (KOPITS, 2011).

Objetivam, desta forma, o monitoramento e avaliação constantes dos aspectos econômicos relacionados à *performance* das contas públicas, sendo uma de suas principais missões a de atestar e assegurar o respeito ao princípio da sustentabilidade das finanças públicas.

Representam, destarte, mecanismos institucionalizados de permanente desenvolvimento de metodologia de análise da qualidade das normas orçamentais e dos resultados alcançados, antes, durante e após o processo de elaboração, aprovação pelo Legislativo e execução da peça orçamental. A tentativa é de ter um permanente monitoramento e métrica de análise das finanças públicas, livre da influência de tendências ideológicas ou de partidos políticos.

Portugal criou sua instituição fiscal independente, na esteira de outros países da União Europeia, cabendo o papel de entidade fiscal independente ao Conselho das Finanças Públicas, previsto pela Lei nº 22/2011, de 20 de maio, que promoveu a quinta alteração da Lei nº 91/2001 – lei de enquadramento orçamental. Por seu turno, os Estatutos do Conselho das Finanças Públicas foram aprovados pela Lei nº 54/2011, de 19 de outubro.

Para além do papel de permanente vigilância e avaliação do cumprimento das regras orçamentais e sua execução, com vistas a assegurar a observância do princípio da sustentabilidade das finanças públicas, chama atenção a competência específica do Conselho das Finanças Públicas para “analisar a dinâmica de evolução dos compromissos existentes, com particular incidência nos sistemas de pensões e saúde e nas parcerias público-privadas e concessões, incluindo a avaliação das suas implicações na sustentabilidade das finanças públicas”.⁶² Note-se que esta competência específica já está vocacionada a uma especial atenção com a evolução de despesas de cunho social – notadamente com as despesas relacionadas com pensões e saúde.

Tal competência, se bem explorada e encampada pelo Conselho das Finanças Públicas, pode resultar não só no desenvolvimento de um mero sistema de alerta de aumento de gastos com direitos sociais, mas no desenvolvimento de metodologia capaz de identificar o espaço orçamental existente, determinar o nível de investimentos adequados e projetar o limite dos investimentos para a concretização dos direitos sociais, de modo equilibrado e preocupado com a sustentabilidade presente e futura das finanças públicas.

O Brasil, também influenciado pela experiência internacional, criou sua instituição fiscal independente por meio da Resolução nº 42, de 2016, do Senado Federal.⁶³ Embora as competências do órgão do Legislativo brasileiro sejam muito

⁶² Lei nº 54/2011, de 19 de outubro, art. 6º, alínea *d*.

⁶³ A Instituição Fiscal Independente brasileira possui um rol de competências bastante genéricas, mas com forte foco no acompanhamento dos parâmetros econômicos indicativos da saúde e sustentabilidade das

focadas no diagnóstico, análise e projeção dos parâmetros econômicos necessários à sustentabilidade das finanças públicas, não tendo um artigo tão claro para a análise dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro como no caso português, pela expertise e caráter geral das suas competências, seria igualmente possível e desejável a assunção de papel de monitoramento e diagnóstico das despesas vocacionadas à efetivação dos direitos sociais, de modo que reste claro o espaço orçamental existente e possível para o avanço neste campo.

Desta feita, considerada a necessidade de uma análise dos orçamentos com foco nos direitos sociais, amoldam-se perfeitamente ao perfil das instituições fiscais independentes a promoção e o desenvolvimento de metodologias capazes de identificar o espaço orçamental existente para despesas com a promoção dos direitos sociais.

As instituições fiscais independentes, neste contexto, podem mesmo suprir a lacuna existente, de modo a revelar o máximo dos recursos efetivamente disponíveis sem sacrificar o princípio da sustentabilidade, possibilitando finalmente o controle do compromisso assumido por meio do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Restariam, pois, objetivados os limites reais de gastos para a efetivação dos direitos sociais, sem restar espaço para argumentos genéricos e óbices calcados em alegações exclusivamente fundadas no argumento da reserva do financeiramente possível, possibilitando a necessária ampliação e concretização sustentável e responsável dos direitos sociais.

4 Conclusão

O elemento central dos direitos sociais reside no fato de serem categorias jurídicas que são substancialmente intensivas na demanda de recursos públicos para a sua concretização. Seu outro traço característico resulta da indeterminabilidade do seu conteúdo material, não havendo como definir de antemão uma prestação específica e precisa, resultando em uma quantidade indeterminada de

finanças públicas, conforme inferimos da leitura do art. 1º da Resolução nº 42, de 2016, do Senado Federal:

“Art. 1º É criada, no âmbito do Senado Federal, a Instituição Fiscal Independente, com a finalidade de:

I – divulgar suas estimativas de parâmetros e variáveis relevantes para a construção de cenários fiscais e orçamentários;

II – analisar a aderência do desempenho de indicadores fiscais e orçamentários às metas definidas na legislação pertinente;

III – mensurar o impacto de eventos fiscais relevantes, especialmente os decorrentes de decisões dos Poderes da República, incluindo os custos das políticas monetária, creditícia e cambial;

IV – projetar a evolução de variáveis fiscais determinantes para o equilíbrio de longo prazo do setor público”.

caminhos que precipuamente cabe ao legislador revelar, como não poderia ser de outra forma em um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Estes caminhos devem ser trilhados pelo legislador dentro da percepção histórica, econômica, cultural e social a partir da qual poderá integrar o conteúdo dos direitos sociais à realidade posta, de modo a dotá-los de maior densidade normativa e revelar seu sentido jurídico.

Sob uma perspectiva econômica, podemos entender a necessidade de realização dos direitos sociais como fruto dos efeitos da desigualdade, consequência do fato de as estruturas normais de mercado serem incapazes de prover determinados tipos de bens de forma uniforme e eficiente. Deste modo, a privação de acesso aos direitos sociais corresponde a situação de sofrimento ou infelicidade não tolerada pelo ordenamento jurídico, traduzida na forma de custos morais para toda a sociedade, levando a necessidade de provimento estatal, seja diretamente ou por estruturas modificadas de mercado.

Alguns custos morais resultantes da privação da fruição dos direitos sociais podem ser considerados socialmente insuportáveis, correspondendo, neste caso, ao conteúdo prestacional mínimo e essencial dos direitos sociais, podendo resultar em violação da dignidade da pessoa humana, atraindo a incidência da fórmula da garantia ao mínimo de existência condigna.

Por custos morais socialmente insuportáveis entendemos aquelas situações limites de desamparo, que são capazes de provocar comoção e infelicidade na maioria significativa das pessoas inseridas em um contexto social determinado. Apenas neste caso entendemos justificável a tutela de urgência estatal dos direitos sociais, podendo haver provimento judicial, independentemente de mediação legislativa.

A concretização dos direitos sociais só é possível com vontade política e comprometimento do conjunto de atores estatais em prol do desenvolvimento de ferramentas de planejamento, análise, monitoramento e avaliação de impacto do conjunto de políticas públicas. Não há, pois, saída conceitual mágica nem fórmula capaz de sozinha garantir a observância da sustentabilidade orçamentária ao mesmo tempo em que promove a ampliação da fruição real dos direitos sociais. Neste sentido, as instituições fiscais independentes podem exercer papel fundamental no desenvolvimento de metodologias de análise do orçamento, bem como de sua execução, de modo a apontar caminhos em prol de uma maior e melhor realização dos direitos sociais.

A normatização e o desenvolvimento de metodologias de análise do orçamento do Estado sob a perspectiva da concretização dos direitos sociais podem ser o caminho conceitual e juridicamente adequado para amortecer a tensão existente entre a promessa constitucional e os limites impostos pela escassez de

recursos para a realização destes direitos, ajudando a diminuir ou mitigar o risco de judicialização dos direitos sociais.

Abstract: The realization of economic, social and cultural rights is often studied as they are defined and enforced by the Judicial branch of power. However, the promotion of economic, social and cultural rights also put great pressure over public expenditures. The task of realizing economic and social rights, nevertheless, must consider the need of balanced budgets and sustainable public finances. The purpose of this article is therefore to lay some ground for the debate on social rights from the perspective of sustainability of the state budget and public finances.

Keywords: Economic, social and cultural rights. Judicialization. Public finances. Sustainability. State's budget.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. O 'direito ao mínimo de existência condigna' como direito fundamental a prestações positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. *Jurisprudência Constitucional AATRIC*, n. 1, jan./mar. 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012.
- ATTAS, Daniel. A Transgenerational Difference Principle. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 189-218.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARAK, Aharon. *Human dignity: the constitutional value and the constitutional right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press, 2012.
- BUI, Hien. Human Rights Budgeting: Making Governments Accountable for Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, v. 2, p. 109-132, 2015.
- CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito Orçamentário em Busca da Sustentabilidade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G. A Lei do Orçamento na Teoria da Lei. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2, p. 543-583, 1979.
- DUARTE, Tiago. *A Lei por Detrás do Orçamento: a questão constitucional da lei do orçamento*. Coimbra: Almedina, 2007.

ELSON, Diane; BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James. Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights. *In: NOLAN, Aoife; O'CONNEL, Rory; HARVEY, Colin. Human Rights and Public Finance: Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights.* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. p. 13-39.

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

GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia. *Debating Social Rights.* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2011.

GONÇALVES, Jane Reis. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, p. 2.080-2.114, jan. 2015.

HÄBERLE, Peter. Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar. *In: Pluralismo e Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta.* Madrid, 2002.

HELLER, Peter. Back to Basics – Fiscal Space: What It Is and How to Get It. *Finance and Development (IMF)*, v. 42, n. 2, 2005.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre.* Vienna: Deuticke, 1960.

KOPITS, George. Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practices. *OECD Journal on Budgeting*, v. 11/3, 2011.

LAFFER, Arthur B. Government Exactions and Revenue Deficiencies. *Cato Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-22, primavera de 1981.

LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado Social? O Insustentável Peso do Não Ter. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 83, p. 99-182, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NABAIS, José Casalta. As Finanças Públicas e a Redistribuição dos Rendimentos. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LX, p. 59-94, 2017.

NOLAN, Aoife. Putting ESR-Based Budget Analysis into Practice: Addressing the Conceptual Challenges. *In: NOLAN, Aoife; O'CONNEL, Rory; HARVEY, Colin. Human Rights and Public Finance: Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights.* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. p. 41-58.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais.* Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

O'CONNELL, Rory *et al.* *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources.* New York: Routledge, 2014.

OCAMPO, José Antonio; STIGLITZ, Joseph E. *The Welfare State Revisited.* New York: Columbia University Press, 2018.

O'CONNELL, Paul. Let Them Eat Cake: Socio-Economic Rights in an Age of Austerity. *In: NOLAN, Aoife; O'CONNEL, Rory; HARVEY, Colin. Human Rights and Public Finance: Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights.* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. p. 59-76.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. Sustentabilidade das Finanças Públicas da União Europeia. *In: CATARINO, João Ricardo; TAVARES, José F. F. Finanças Públicas da União Europeia.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 287-314.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics.* New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2011.

- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economics Science*. London: Macmillan, 1932.
- SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 292-335.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 3, p. 115-141, 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 61-87.
- SUNSTEIN, Stephen Holmes; CASS, R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- TEIXEIRA, Sergio Paulo de Abreu Martins. Elementos de uma Teoria da Restrição dos Direitos Sociais Realizados. In: TEIXEIRA, Sergio P. A. M. et al. *Estado Social, Constituição e Pobreza – Estudos de Doutorado II*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. p. 261-324.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49, 1989.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: o orçamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BAÈRE FILHO, Walter. Algumas reflexões sobre a realização dos direitos sociais: entre a judicialização, a sustentabilidade das finanças públicas e o orçamento do Estado. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 64, p. 31-59, jan./mar. 2019.
