



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

João Tonnera Junior

**SUSTENTABILIDADE (S) E A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS
SOCIAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Suzana Tavares da Silva

Coimbra, 2015

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação de Mestrado, após longo período de trabalho, faz-nos recordar as pessoas e as instituições que nos apoiaram e incentivaram ao longo da jornada.

O primeiro agradecimento vai para a minha família. Para os meus pais, Tânia e João (*in memoriam*), pelo amor, pela proteção, pela dedicação e, sobretudo, pelo apoio incondicional aos meus projetos pessoais e profissionais. Para a minha irmã Renata, pelo amor fraternal, pela amizade e pelas palavras de incentivo. Para a minha namorada Débora pelo carinho, pelo companheirismo, pela paciência e pela compreensão nos momentos em que precisei me ausentar para a elaboração desta dissertação. Certamente, seus comentários construtivos e inteligentes foram de extrema importância para o enriquecimento deste trabalho.

Para a realização desta dissertação também foram cruciais os conhecimentos e a experiência adquiridos na Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Devo, por isso, um agradecimento a todos os membros do Conselho da Procuradoria Geral do Município de São Paulo que confiaram em mim e aprovaram o afastamento das minhas funções durante o 1º ano do curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito de Coimbra. Dirijo um agradecimento especial ao então Procurador Geral, Dr. Celso Augusto Cocco Filho, ao Diretor do Departamento Judicial, Dr. William Alexandre Calado, e à querida chefe e amiga, Dra. Fabiana Carvalho Macedo. Uma palavra, ainda, para todos os colegas do Departamento Judicial (JUD 33) com quem tenho ou tive a honra de trabalhar e conviver.

Um agradecimento especial também à Faculdade Direito da Universidade de Coimbra que todos os anos abre suas portas aos acadêmicos brasileiros que saem do Brasil em busca de conhecimento jurídico de excelência. Aqui vale uma especial lembrança ao Professor Dr. Fernando Alves Correia e à Professora Dra. Paula Veiga que, respectivamente, ministraram as aulas de Direito Constitucional I e II para a turma 2013/2015 do curso de Mestrado Científico. Aos meus colegas mestrados dedico também um especial agradecimento por ter tido a oportunidade de compartilhar conhecimentos jurídicos e com eles ter vivido momentos inesquecíveis.

Por fim, expresso minha gratidão à Professora Doutora Suzana Tavares da Silva que com seu admirável conhecimento jurídico multidisciplinar sugeriu a mim o tema inovador e instigante desta dissertação de Mestrado. Agradeço-lhe também pelo tratamento cordial e gentil e pelas palavras sábias e incentivadoras durante a elaboração deste trabalho.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

BDA – Boletim de Direito Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

ECHR – European Court of Human Rights

FGV – Fundação Getúlio Vargas

INAP – Instituto de Administración Pública

ISC – Instituições Superiores de Controle

LOPTC – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TCM-RJ – Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO	7
1 - O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE	12
1.1 - A sustentabilidade como princípio jurídico ou como conceito ordenador	12
1.2 – As dimensões atuais da sustentabilidade	16
1.2.1 – Sustentabilidade ambiental	16
1.2.2 – Sustentabilidade econômico-financeira	17
1.2.3 – Sustentabilidade social	20
1.2.4 – Sustentabilidade política	22
1.3 – Sustentabilidade e justiça intergeracional	23
2 - SUSTENTABILIDADE E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ...	27
2.1 - A crise do Estado social e da sua realização segundo os princípios e as regras tradicionais	27
2.2 – Proibição do retrocesso social e sustentabilidade social	34
2.3 – A sustentabilidade econômico-financeira e a reserva do possível	44
2.4 - A concretização sustentável dos direitos sociais no quadro do Estado garantidor ou Estado Social de garantia	49
3 - A SUSTENTABILIDADE POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	60
3.1 – O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial	60
3.1.1 - A aproximação absolutista dos direitos sociais desenvolvida pelos tribunais ..	64
3.1.2 – A judicialização excessiva das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais e a crise do princípio da separação de poderes	68
3.2 – Os ditames da sustentabilidade política e a concretização dos direitos sociais	75
3.2.1 – A boa governança como norteadora da atuação dos atores sociais e a cooperação horizontal entre os poderes constituídos como salvaguarda do princípio da separação de poderes	75
3.2.2 – Os mecanismos de <i>accountability</i> na fiscalização do agir político	81
3.3 - As vias para o controle das opções políticas concretizadoras dos direitos sociais ..	86
3.3.1. O controle judicial de proporcionalidade das medidas políticas concretizadoras dos direitos sociais	86
3.3.2. O controle de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos pelos Tribunais de Contas	102
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

JURISPRUDÊNCIA 130

INTRODUÇÃO

Na comunidade jurídica quando se fala em sustentabilidade, geralmente, ela é logo associada ao ramo do Direito Ambiental e à ideia de desenvolvimento sustentável, que em sua atual e significativa configuração tem suas origens no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, publicado em 1987.

Ocorre que o tratamento das questões referentes ao desenvolvimento sustentável sob o monopólio do Direito Ambiental possui flagrantes deficiências. Isto porque a sustentabilidade possui diversas dimensões e requer a análise de questões que vão além dos conflitos ambientais, envolvendo fatores sociais, econômicos, políticos, étnicos, culturais e espaciais, possuindo, portanto, um maior grau de complexidade.¹

Além da dimensão ambiental, a sustentabilidade comporta as dimensões social, fiscal e/ou financeira e política. Sendo assim, o referido princípio possui a potencialidade de influenciar e de solucionar questões sensíveis enfrentadas pelos diversos ramos do Direito. Desse modo, uma realização ideal da sustentabilidade deve prezar por uma análise e interpretação integrada dos direitos por ela engendrados que, reafirme-se, não podem ser adequadamente implementados de forma isolada.²

Em matéria de socialidade, por exemplo, após a crise financeira mundial de 2008, que teve sua origem nos Estados Unidos e afetou significativamente a Europa, notadamente os países localizados na região sul do continente europeu, a sustentabilidade foi “resgatada” ou “reinventada” com a finalidade de apontar para soluções difíceis de aceitar pelos cidadãos europeus, acostumados com um século de conquistas obtidas através do modelo Estado de bem-estar social (*welfare State*³) e pela fé no progresso contínuo.⁴

¹COELHO, Saulo de Oliveira Pinto;MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. “A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito”, Veredas do Direito, vol. 8, nº 15, janeiro-junho/2011, p. 19.

² *Ibidem*.

³ A origem da expressão *welfare State* é atribuída a um estudioso alemão das ciências financeiras chamado Adolph Wagner que já em 1879 se referia à ela nas suas lições. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. Direitos

Isto se deve, porque, ao longo das últimas cinco décadas, os europeus transformaram impostos altos em uma “*rede de proteção que vai do berço à sepultura.*”⁵ Ocorre que todos os governos da Europa com grandes orçamentos, receitas fiscais em queda e envelhecimento da população enfrentaram o aumento do déficit público e o endividamento privado, inviabilizando, por razões óbvias, a manutenção do padrão de socialidade até então construído.⁶

Conforme será visto no presente estudo, ao se reconhecer a crise vivida pelo Estado de bem-estar social europeu, constatada pela “*impossibilidade efetiva de se manter o atual estado da arte em matéria de socialidade*”⁷, o paradigma da sustentabilidade, mais precisamente as suas dimensões financeira e social, vem impondo uma mudança de rumos e de postura em relação ao modelo de Estado social até então vigente naquele continente.

Aponta-se para a superação da concepção ultrapassada de “Estado-Providência”, baseada na ideia de que o Estado seria o único agente capaz de promover e coordenar a concretização dos direitos sociais, pela adoção do conceito de “Estado garantidor”, no qual o Estado, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não por ele.

Neste contexto, ganha especial relevância a sustentabilidade financeira deste novo modelo. Medidas como a racionalização e o racionamento das prestações sociais, o refinanciamento de alguns bens sociais com o recuo do Estado do seu

fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 100. Por sua vez, Jorge Novais justifica o surgimento das primeiras constituições de Estado de Direito social, como a Constituição de Weimar, em razão do desafio que para o Estado democrático representava a alternativa soviética. Por conta disso, o então novo Estado social e democrático de Direito albergou, além dos valores da liberdade e da autonomia individual, os ideais de solidariedade, igualdade e justiça social. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 20.

⁴ SILVA, Suzana Tavares da. Considerações introdutórias. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 13-14.

⁵ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. “Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de bem-estar”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 18, nº 2, maio-agosto/2013, p. 213.

⁶ *Ibidem.*

⁷ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 100.

papel de prestador dos serviços sócio-assistenciais e a necessidade da utilização eficiente e eficaz dos recursos financeiros disponíveis são objeto de intensas discussões entre os juristas europeus.

Debate-se, ainda, se a dimensão social da sustentabilidade poderia ser invocada como o fundamento justificador da redução dos níveis de socialidade já atingidos. Questiona-se se seria admissível, em certos casos, eventuais retrocessos na concretização dos direitos sociais, de modo que as gerações atuais conseguissem manter algumas conquistas sociais sem prejudicar ou comprometer o gozo de determinados bens sociais pelas gerações futuras.

Enquanto isso, no Brasil, embora o Estado de bem-estar social europeu sempre tenha sido visto com admiração e como modelo a ser seguido⁸, por razões históricas, políticas e econômicas a efetiva concretização dos direitos sociais é um processo relativamente recente e com características peculiares.

A partir da sua promulgação, a Constituição brasileira de 1988 seguiu um “impávido colosso”⁹ projetando um país que busca “construir uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁰, “garantir o desenvolvimento nacional”¹¹, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”¹² e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”¹³ Para tanto, atribuiu também ao Estado o dever de fornecer, de forma universal, direitos sociais como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, sem prejuízo, da viabilização de outros direitos como o meio ambiente equilibrado.¹⁴

⁸ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio, *op. cit.*, p. 213.

⁹ RIBAS, Lúcia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares de; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013, p. 389.

¹⁰ Art. 3º, I

¹¹ Art. 3º, II

¹² Art. 3º, III

¹³ Art. 3º, IV

¹⁴ RIBAS, Lúcia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da, *op.cit*, p. 389.

Influenciadas pela doutrina brasileira da efetividade, as normas constitucionais conquistaram força normativa e deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, superando, assim, o quadro de “insinceridade constitucional” até então em vigor no cenário jurídico-político brasileiro.¹⁵

Além disso, medidas que ampliaram o acesso à justiça aos cidadãos mais vulneráveis, bem como o movimento conhecido como “neoconstitucionalismo” propiciaram que os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, fossem convertidos em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Os fatores elencados acima associados, ainda, à uma visão muito crítica do processo político majoritário, contribuíram para que, em matéria de socialidade, vivêssemos, atualmente, sob o regime da “judiocracia”¹⁶, marcado por uma intensa intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais implementadas pelos poderes Legislativo e Executivo, tocando em muitas ocasiões o núcleo essencial do princípio da separação de poderes.

O que mais preocupa, no entanto, são os métodos de interpretação das normas constitucionais desenvolvidos pela grande maioria dos tribunais brasileiros que vêm gerando resultados abusivos e irrazoáveis na concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais. A partir de uma leitura equivocada da constituição brasileira que considera como direitos absolutos os direitos sociais e que banaliza a invocação do princípio da dignidade humana, os tribunais brasileiros tornaram-se terreno fértil onde, em se pedindo, tudo dá em matéria de prestações sociais, mesmo quando há política pública adequada implementada pelos órgãos políticos.

¹⁵ Sobre a doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais e dos antecedentes históricos para a sua conquista, cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, pp. 213-226.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª Ed., colección Demos, Barcelona, Editorial Ariel, 1976 (trad. Alfredo Gallego Anabitarte, *Verfassungslehre*, 1959), p. 325. Para Karl Loewenstein, “*permitir que os tribunais frustrassem uma decisão política emitida pelo Governo e/ou pelo Parlamento implicaria no perigo de a decisão do tribunal não ser respeitada, o que seria prejudicial ao Estado de direito, ou, então, que a decisão política fosse substituída por um ato judicial que, na verdade, seria um ato político emanado por pessoas que não possuíam um mandato democrático para exercer tal função.*” (tradução nossa).

Além de comprometer a justiça distributiva intrageracional do sistema de seguridade social e de não ajudar a construir uma sociedade livre, justa e solidária, este ativismo judiciário patológico ocasiona a insustentabilidade e a ingovernabilidade das políticas públicas sociais.

Diante disso, após este breve panorama sobre as realidades atuais vividas tanto na Europa como no Brasil em matéria de Estado social, pretendemos tirar lições das experiências enfrentadas pelo continente europeu e ajudar a repensar os rumos da gestão das políticas públicas sociais brasileiras, aproveitando bons exemplos e projetando novas realidades sustentáveis.

Conforme será tratado no decorrer do presente estudo, a dimensão política da sustentabilidade que determina a formação de uma estrutura de boa governança adequada e transparente, capaz de criar uma plataforma de diálogo e consenso entre os atores sociais, governamentais ou não, pode colaborar para que no cenário brasileiro a construção das políticas públicas sociais seja fruto da participação interativa e cooperativa de todos os *stakeholders*, contribuindo, desse modo, para uma concretização mais legítima e democrática dos direitos sociais.

Será analisada, também, a viabilidade de o controle judicial das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais ser realizado sob o crivo do princípio da proporcionalidade, podendo este assumir uma função defensiva, de proteção dos direitos sociais contra restrições e/ou supressões, e uma função criativa como critério de auxílio para que o intérprete possa extrair o conteúdo de uma norma de direito social quando esta for objeto de ponderação com outras normas ou interesses protegidos constitucionalmente.

Finalmente, verificaremos como outros mecanismos de *accountability*, como o controle de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos efetuado pelos Tribunais de Contas, podem também contribuir para aprimorar as políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais e auxiliar o controle social sobre o agir político.

1. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

1.1 - A sustentabilidade como princípio jurídico ou como conceito ordenador

O estudo sobre a sustentabilidade passa, inicialmente, por conhecer sua origem e por definir o seu conteúdo jurídico, abordando os principais valores por ela consagrados.

Suzana Tavares afirma que *“a sustentabilidade corresponde a uma corrente de filosofia moral, originária do Iluminismo, que se preocupa com a igualdade de oportunidades e com o nível de igualdade dos resultados também no plano intergeracional e não apenas com uma concepção substancial da igualdade de oportunidades”*.¹⁷

Canotilho, por seu turno, esclarece que *“o imperativo categórico que está na gênese do princípio da sustentabilidade ou da evolução sustentável impõe que os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; e (iiii) à custa de outras gerações”*.¹⁸

Outrossim, pode ser considerado como um *“conceito de moda e em moda”* favorecedor de ocultações ideológicas. Enquanto isso, pode também ser entendida como um *“conceito holístico”* inteiramente assente em conceitos também holísticos como são os da globalização, integração, justiça intergeracional, participação, equidade geracional. Há ainda quem vê nela um *“conceito-chave”*, um *“conceito represa”* que, à semelhança do princípio do Estado de direito e do princípio democrático, pressupõem operações metódicas de otimização e de concretização.¹⁹

A despeito dessas considerações, é certo afirmar que, atualmente, a sustentabilidade tornou-se um elemento estrutural típico do Estado e revela-

¹⁷ SILVA, Suzana Tavares da. Considerações introdutórias. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 09.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. “O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional”, Revista de Estudos Politécnicos, vol. III, nº 13, 2010, p. 08.

¹⁹ *Idem*, p. 09.

se um “*princípio de um novo paradigma secular*”.²⁰ A abstração e a abertura do termo sustentabilidade, no entanto, não devem ser vistas como um obstáculo ao reconhecimento de sua compreensão como princípio jurídico.²¹ A noção de sustentabilidade compartilha as notas da generalidade e da indefinição de outros princípios operativos do Direito, tais como democracia, Estado de direito, liberdade e igualdade que, como princípios estruturantes do ordenamento jurídico, são igualmente dependentes de ulterior concretização.

Nesse cenário, o princípio da sustentabilidade apresenta-se como um processo compassado e dirigido de busca e aprendizagem baseado na durabilidade, integração e subsidiariedade, utilizando, em especial, elementos como informação, transparência, instrução, participação, planejamento, monitoração e avaliação. Oferece, assim, um quadro ou perspectiva para adequada análise e solução dos problemas enfrentados pela sociedade pós-moderna e um profundo processo de mudança de pensamento, inclusive de revisão e parcial reajuste do tradicional modelo político de desenvolvimento.²²

Por ser uma expressão polissêmica, a sustentabilidade pode ser compreendida por meio de um conceito ecológico, bem como por um conceito político, no qual a sociedade estabelece formas de organizar-se delimitando seu crescimento, tendo em vista a observância das condições dos recursos naturais, dos meios tecnológicos e do nível efetivo ao bem-estar social.²³

Diante disso, pelo conceito proposto por Juarez Freitas, a sustentabilidade é “*o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar,*

²⁰ VALE, Luís Meneses do. Revisitando Mill: Mercado (s) e Meta-mercado(s). In: SILVA, Suzana Tavares de; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013, pp. 216-217.

²¹ WOLFGANG, Kahl. *Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. In: WOLFGANG, Kahl (org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 04.

²² *Idem*, pp. 05 e 32.

²³ POLI, Luciana Costa. “O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 14, nº 14, julho-dezembro/2013, p. 219.

*preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.”*²⁴

A sustentabilidade como “*paradigma dominante da pós-modernidade*” deve ser construída a partir de múltiplas dimensões e coexistir com os paradigmas da liberdade, da fraternidade e da igualdade.²⁵ É possível afirmar, então, que a sustentabilidade perfila-se como um “*conceito federador*”²⁶ que, progressivamente, vem definindo as condições e os pressupostos jurídicos, ambientais, políticos, sociais e econômicos da evolução sustentada.

Nesta perspectiva, há que se mencionar a distinção que se faz na doutrina entre a sustentabilidade em sentido restrito e a em sentido amplo. A primeira preocupa-se com a proteção-manutenção a longo prazo dos recursos através de ações de planejamento, estratégias econômicas e imposição de obrigações de condutas e de resultados.²⁷ Já a segunda é equiparada ao termo desenvolvimento sustentável, que em sua atual e significativa configuração tem suas origens no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, publicado em 1987. A ideia de desenvolvimento sustentável procura captar os três pilares²⁸ da sustentabilidade: a) a sustentabilidade ecológica e/ou ambiental; b) a sustentabilidade econômico-financeira; e c) a sustentabilidade social, ainda podendo ser incluída neste rol a sustentabilidade política.

Por oportuno, vale ressaltar que as distintas dimensões da sustentabilidade não devem ser vistas de forma isolada. Ao contrário, devem ser examinadas de maneira convergente e harmônica, embora, não raramente, objetivos colidentes sejam percebidos entre elas.²⁹

Nesse passo, as exigências da sustentabilidade envolvem a cooperação entre os Estados, entre o Estado e os cidadãos ou grupos da sociedade civil na

²⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 50.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. “Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade”, *Revista de Direitos Culturais*, vol. 8, nº 17, janeiro-abril/2014, p. 199.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. “Sustentabilidade – Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXVIII, 2012, p. 06.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ WOLFGANG, Kahl, *op. cit*, p. 610.

²⁹ *Idem*, p. 09.

promoção de políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento), como também o dever de adoção de comportamentos públicos e privados focados nessa meta, de modo a dar expressão concreta à assunção de condutas comprometidas com o bem-estar das gerações futuras.³⁰

Destaca-se, ainda, a notável interligação existente entre a ética que subjaz à ideia da sustentabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois quando se afirma que os seres humanos constituem o centro e a razão de ser do processo de desenvolvimento da sociedade significa advogar um novo estilo de desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável no acesso e no uso dos recursos naturais, socialmente sustentável na redução da pobreza e das desigualdades sociais, promotor da justiça e da equidade e politicamente sustentável ao aprofundar a democracia, garantindo o acesso e a participação de todos nas decisões de ordem pública.³¹

Diante disso, a sustentabilidade é um “*princípio constitucional-síntese*”³² e da interpretação sistemática que se faz da Constituição brasileira de 1988, notadamente dos arts. 1º, III, 3º, II, 170, VI e 225, é um valor de estatura constitucional e objetivo fundamental da República.³³

Embora não haja uma previsão expressa, o princípio da sustentabilidade possui o mesmo grau de importância na Constituição portuguesa de 1976. A sua essencialidade para o cumprimento no tempo e para a posteridade do Estado Social e Democrático de Direito justifica o seu reconhecimento autônomo como princípio constitucional estruturante da República portuguesa.³⁴

A maioria esmagadora das manifestações constitucionais do referido princípio surgem, certamente, no domínio da proteção do ambiente e dos recursos naturais. São várias as normas constitucionais que, de forma direta, embora em graus diferentes, exprimem a sustentabilidade ambiental. A título de exemplo, é possível citar os

³⁰ POLI, Luciana Costa, *op. cit.*, p. 226.

³¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto, *op. cit.*, pp. 13-14.

³² FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 73.

³³ *Idem*, pp. 109-113.

³⁴ AMARO, Antônio Leitão. O princípio constitucional da sustentabilidade. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de...[et al] (org.), Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 431.

artigos 66º, nº 2; 81º, nº 1, a), m), n); 90º, 93º, nº 1, d) e nº 2 e, finalmente, as mais precisa das consagrações o art. 66º, nº 1, d), que incumbe o Estado a “*promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre as gerações.*”³⁵

Ainda no contexto português, mas fora do domínio ambiental, é possível encontrar o princípio da sustentabilidade no domínio dos direitos sociais onde se defende a necessidade de existir um imperativo implícito de sustentabilidade nas prestações concretizadoras dos direitos sociais, como os benefícios da seguridade social, da saúde e da educação.³⁶

Diante da exposição acima, revelando-se a sustentabilidade verdadeiro princípio jurídico e conceito ordenador da sociedade contemporânea, cumpre-nos em seguida realizar uma análise mais detida e individualizada de cada uma das suas dimensões.

1.2 – As dimensões atuais da sustentabilidade

1.2.1 – Sustentabilidade ambiental

De partida, a sustentabilidade ambiental impõe: “*a) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; b) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); c) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; d) que a medida temporal das ‘agressões’ humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; e) que as ingerências ‘nucleares’ na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.*”³⁷

³⁵ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, pp. 428-429.

³⁶ *Idem*, p. 430.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. “O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional”, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010, p. 09.

A dimensão propriamente ambiental da sustentabilidade visa proteger o direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos. Assim, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto tanto na Constituição portuguesa (art. 66º) como na Constituição brasileira (art. 225), é titularizado, até mesmo, por aqueles que ainda virão a existir.

As dimensões essenciais da juridicidade ambiental podem resumir-se da seguinte forma: (i) “*dimensão garantístico-defensiva*”, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos; (ii) “*dimensão positivo-prestacional*”, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito do ambiente; (iii) “*dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento*”, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente; (iiii) “*dimensão jurídico-participativa*”, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais.³⁸

Em suma, o que se apregoa é que não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado. Sem a observância do paradigma da sustentabilidade ambiental, a própria vida humana fica inviabilizada ou mais custosa, tanto no presente como no futuro.³⁹

1.2.2 – Sustentabilidade econômico-financeira

A cláusula da sustentabilidade financeira tem como principal objetivo assegurar a possibilidade de continuação para a posteridade de um certo sistema de valores/ideia de constituição material e, para isso, de um conjunto de recursos e sistemas que permitem a realização desse sistema/ideia. É, na verdade, “*uma cláusula de regulação da alocação dos recursos financeiros no tempo, o que implica em limitações ao aproveitamento destes recursos no presente para assegurar a sua disponibilidade no futuro.*”⁴⁰

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. “O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional”, Revista de Estudos Politécnicos, vol. III, nº 13, 2010, p. 06.

³⁹ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁰ AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, p. 417.

Em razão disso, Suzana Tavares sustenta que “a sustentabilidade financeira reconduz-se à questão de saber se uma comunidade está disposta a renunciar à maximização da sua capacidade de enriquecer imediatamente em nome dos direitos das gerações futuras”. No essencial, os mecanismos de sustentabilidade financeira e orçamental, reconduzem-se a dois desígnios essenciais: “i) ao pacto que limita as potencialidades do crescimento econômico em nome da redução do risco econômico-financeiro; e ii) à utilização que as gerações atuais fazem dos recursos financeiros disponíveis, a qual deve ser o mais eficiente possível.”⁴¹

A sustentabilidade econômico-financeira evoca, ainda, a ponderação entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado dos benefícios e custos diretos na aplicação dos recursos financeiros disponíveis.⁴² Isto implica em dizer que a sustentabilidade financeira dos Estados depende de eficiência e eficácia fiscais e do refinanciamento dos bens sociais pela revisão da sua essencialidade.

De fato, segundo Casalta Nabais, “a sustentabilidade financeira de um Estado está intimamente ligada à sua sustentabilidade fiscal, ou seja, a sustentabilidade financeira do Estado fiscal assenta efetivamente na capacidade de pagar e na competência para cobrar impostos no presente e no futuro, visão esta que veio a ser posta em causa com o advento do Estado Social”.⁴³

Desse modo, na nova concepção de Estado Social que será proposta no presente estudo, a sustentabilidade econômico-financeira passa a ser seu novo elemento estruturante regendo a concretização dos direitos sociais, afastando alguns equívocos perpetrados pela tradicional dogmática jurídica, tais como: i) não levar em conta as novas transformações econômicas e sociais enfrentadas pelos Estados; ii) não levar a sério os custos dos direitos sociais; iii) não levar em consideração a visão política de longo

⁴¹SILVA, Suzana Tavares da. *Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais*, p. 12 (obra cedida pela autora).

⁴²FREITAS, Juarez, *op. cit.*, pp. 65-67.

⁴³NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: CORREIA, Fernando Alves...[et al] (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 435.

alcance; iv) o pouco apreço pelos meios jurídicos de contenção do endividamento público; e v) o desprezo quanto a preocupações de justiça intergeracional.⁴⁴

Nesse sentido, “*a sustentabilidade econômico-financeira impõe a racionalização das prestações sociais, eliminando, gradualmente, aquelas que não têm razão de subsistir num quadro de escassez de recursos financeiros e, exigindo, ainda, o racionamento destas mesmas prestações sociais*”, o que significa ajustar a medida de cada prestação às condições fáticas existentes, tendo em conta padrões médios de adequação.⁴⁵

Destaca-se, também, “*a necessidade de refinanciamento de alguns bens sociais com o recuo do Estado do seu papel de prestador dos serviços sócio-assistenciais*”, passando a ser um agente regulador e orientador das atividades de prestação daqueles, através da mudança de regimes jurídicos ou de novos sistemas de financiamento da seguridade social.⁴⁶

Na Europa ocidental, por exemplo, em atenção à sustentabilidade econômico-financeira do *welfare state*, já se sugerem medidas como o aumento da idade ou do tempo de contribuição para concessões de aposentadorias, a redução dos valores dos benefícios da previdência social, a cobrança de taxas moderadoras nos sistemas nacionais de saúde e a adoção de sistemas de coparticipação social para aqueles que não se encontram em situação de extrema necessidade.⁴⁷

A dimensão econômico-financeira da sustentabilidade exige, portanto, a manutenção da capacidade funcional do Estado social que passa pela observância de um princípio da estabilidade financeira. Conforme será visto mais adiante,

⁴⁴ GUIMARÃES, Hubertus Fernandes. O estado social contemporâneo: um modelo sustentável? Dissertação de mestrado em Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação da Prof. Dra. Suzana Tavares da Silva, Coimbra, [s.n], 2012, p. 74.

⁴⁵ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 117.

⁴⁶ *Idem*, pp. 118-119.

⁴⁷ GLENNERSTER, Howard. *The sustainability of welfare states*. In: CASTLES, Francis G. [et. al] (eds.). *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 693-694. COSTI, Bruno. “*Il libro bianco sul future del modello sociale in Italia. Dall’ideologia allá concretezza*”, *Economia italiana*, nº 1, janeiro/2009, p. 08. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/229100023>>. Acesso em: 27.12.2014.

tal dimensão permitirá fazer uma releitura do princípio da “reserva do possível”, permitindo, então, uma concretização sustentável dos direitos sociais.

1.2.3 – Sustentabilidade social

A sustentabilidade social se define como a extensão no tempo do princípio de bem-estar universalista, de tal maneira que o bem-estar seja um direito não só para os cidadãos presentes, mas também para todas aquelas pessoas que nos sucederão no tempo e que constituirão a sociedade do futuro.⁴⁸

Sob o ponto de vista axiológico, o princípio da sustentabilidade social toma o valor da solidariedade entre as gerações e se legitima eticamente através de uma ampla e profunda análise dos valores sociais fundamentais da liberdade e da igualdade. A liberdade e a responsabilidade devem ser sopesadas conjuntamente na medida em que nossa atual liberdade implica a responsabilidade de considerar os nossos sucessores em nossas ações ou nas condições de vida que projetamos para o futuro. Assim, por exemplo, segundo os ditames da sustentabilidade social, é legítimo levar a cabo mudanças nas políticas públicas de saúde se os benefícios globais superarem os efeitos negativos (relação custo-benefício), desde que haja uma redistribuição posterior dos benefícios entre toda a população.⁴⁹

A sustentabilidade social exige, ainda, coresponsabilidade social dos indivíduos para a manutenção financeira das estruturas de proteção pública através do pagamento de parte dos serviços por aqueles que têm condições de pagar, permitindo que determinados níveis de socialidade sejam usufruídos, também, pelos mais carentes e pelas futuras gerações.⁵⁰

Percebe-se, então, que a “*dimensão social da sustentabilidade não admite o modelo de desenvolvimento excludente e iníquo*”. Nela abrigam-se os direitos fundamentais sociais que requerem os correspondentes programas

⁴⁸FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. “*Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración*”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, nº 01, 2012, p. 51.

⁴⁹*Ibidem*.

⁵⁰*Idem*, p. 52.

relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança ser insustentável.⁵¹

O significado de ser socialmente sustentável não foi completamente esclarecido até o momento, mas pode-se dizer que o consenso está emergindo no fato de que a igualdade, a diversidade, a democracia e a interligação entre elas representam características relevantes da sustentabilidade social.⁵²

Em vista disso, a sustentabilidade social traduz-se numa exigência não apenas de recursos econômico-financeiros, mas também de tomar a sério a sua defensabilidade em termos de impacto no tecido social.

Em sua dimensão social, a sustentabilidade é um critério que pode, respeitando o núcleo intangível do mínimo de existência condigna e os princípios da proporcionalidade e da igualdade, ser o parâmetro da concretização dos direitos fundamentais sociais. Desse modo, a ideia de sustentabilidade do Estado social tem repercussões quer ao nível dos direitos em formação, quer em relação aos chamados direitos adquiridos, sendo influenciada, inevitavelmente, pela realidade constitucional subjacente, notadamente a escassez de recursos financeiros⁵³, sendo admitidos, em certos casos, eventuais retrocessos na concretização dos direitos sociais, desde que respeitado o núcleo mínimo inviolável associado à dignidade humana.⁵⁴

Portanto, na discussão sobre em que termos o modelo de Estado social garantidor pode e deve assegurar as prestações decorrentes dos direitos sociais, a sustentabilidade é o alicerce para a “*reconstrução da socialidade*”⁵⁵ e para a reorientação da atuação do Estado nesta seara através da adoção, principalmente, de mecanismos de regulação – “*sendo esta entendida como conjunto de medidas de*

⁵¹ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, pp 58-59.

⁵² BORGONOV, Elio; COMPAGNI, Amelia. “*Sustaining Universal Health Coverage: the interaction of social, political, and economic sustainability*”, *Value in Health*, nº 16, 2013, p. 36.

⁵³ LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÁS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013, pp. 123-124.

⁵⁴ SOLÉ, Juli Ponce. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013, pp. 43-46.

⁵⁵ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 124.

autoridade que disciplinam a garantia do bem-estar da população através de uma intervenção autoritária sobre agentes públicos e privados”⁵⁶ -- capazes de garantir que as gerações atuais consigam manter algumas conquistas sociais sem prejudicar ou comprometer o gozo de determinado nível de socialidade pelas gerações futuras.

1.2.4 – Sustentabilidade política

A sustentabilidade política exige melhora no padrão das prestações dos serviços públicos, reforma na gestão da coisa pública com o estabelecimento de metas e avaliação de resultados em busca da eficiência. Requer, ainda, que os Estados estejam preparados para enfrentar não só seus problemas internos, mas também aqueles comuns à comunidade mundial globalizada, como as mudanças climáticas ou as crises dos mercados financeiros.⁵⁷

A dimensão política da sustentabilidade visa superar vícios políticos como o “*patrimonialismo*” (confusão entre o público e o privado pelos governantes), o tráfico de influências, o “*mercenarismo*”, a corrupção e o “*omissivismo*” recorrente do Poder Público.⁵⁸

A política sustentável propõe, diante disso, a maior utilização de mecanismos de democracia participativa e o monitoramento social das prioridades na formulação das políticas públicas.⁵⁹ A política da sustentabilidade firma o foco na compreensão sistemática dos direitos e deveres fundamentais, com equidade intergeracional, boa governança e escrutínio científico do impacto das políticas públicas.⁶⁰

A indissociável dimensão política da sustentabilidade exige observância dos preceitos da “*good governance*”⁶¹ e respeito ao direito fundamental à boa

⁵⁶ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 128.

⁵⁷ GLENNERSTER, Howard, *op. cit.*, pp. 696-697.

⁵⁸ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, pp. 179-188.

⁵⁹ *Idem*, p. 183.

⁶⁰ *Idem*, p. 190.

⁶¹ O termo “*governance*” é utilizado pela doutrina para se referir ao modelo sociopolítico de governar que prega uma atuação conjunta, interativa e colaborativa entre os atores públicos e privados de uma sociedade na realização das atividades políticas, sociais e administrativas. Esse modelo de governar baseado na parceria entre o Governo e a sociedade civil pode ser aplicado na realização dos direitos sociais, na proteção do meio ambiente e na educação, por exemplo. Cf. KOOIMAN, Jan. *Introduction*. In: KOOIMAN, Jan (ed.). *Modern*

administração, com todas implicações em termos de transparência e de eficiência.⁶² Impõe, ainda, a criação de mecanismos de *accountability* que permitam a prestação de contas e a responsabilização dos titulares dos poderes constituídos.

Além disso, para que se atinja a sustentabilidade política exige-se alinhamento das forças políticas com a identificação de pontos de convergência. Como já dito acima, tal tarefa pode ser facilitada por uma estrutura de governança adequada e transparente capaz de criar uma plataforma de diálogo e consenso tanto entre os atores políticos como entre os atores sociais que atuam fora do sistema político.⁶³

Outrossim, a sustentabilidade política visa superar a atual crise do princípio da separação de poderes provocada, essencialmente, pela patologia do ativismo judiciário que, no caso brasileiro, pode ser exemplificada pela excessiva judicialização dos direitos sociais.

Desse modo, em prol da sustentabilidade do regime político vigente, propõe-se uma reformulação na relação entre os titulares dos poderes constituídos estimulando a cooperação horizontal, o diálogo entre eles, o respeito às suas atribuições e a participação da sociedade civil.

Enfim, a sustentabilidade traz consigo uma inovação na matriz política com força suficiente para moldar instituições diferenciadas, nem antropocêntricas ao extremo, nem sonegadas da dignidade humana.⁶⁴

1.3 – Sustentabilidade e justiça intergeracional

Da exposição feita até aqui, é possível afirmar que os conceitos de sustentabilidade e de justiça intergeracional são intimamente ligados, embora não se confundam, e que inerente ao conceito de sustentabilidade estão inseridas noções de

Governance: new government – society interactions, London, SAGE, 1994, pp. 01-02. Cf. também: PRATS, Joan. “Nuevos modos de gobernar: gobernanza”, *Revista Gobernanza*, nº 35, noviembre/2005, pp. 200-202.

⁶² FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 193.

⁶³ BORGONOVÍ, Elio; COMPAGNI, Amelia, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 193.

justiças intra e intergeracional⁶⁵, enquanto que esta tem como “*pedra angular*”⁶⁶ a sustentabilidade.

Nesse passo, a justiça intergeracional repousa sobre “*uma especial fórmula de justiça distributiva na qual não atenta apenas para a diferença do bem-estar e dos recursos entre diferentes grupos de cidadãos, mas também naquela diferença entre grupos etários, tendo como pressupostos os diversos estágios da vida.*”⁶⁷

A justiça distributiva é caracterizada por um conjunto de princípios que regulam a relação de cooperação entre seres humanos que possuem um interesse comum na promoção dos seus respectivos bem-estar.⁶⁸ A justiça intergeracional, por sua vez, acrescenta à ideia de justiça distributiva a preocupação com o bem-estar das futuras gerações, evidenciando a relação de dependência entre estas e as ações e as políticas formuladas pela atual geração, principalmente no que tange aos investimentos de longo prazo, à preservação dos recursos naturais e à utilização dos recursos financeiros.⁶⁹

Portanto, o objetivo da justiça intergeracional é garantir às gerações futuras as condições materiais necessárias para que elas possam gozar de determinado nível de bem-estar equivalente àquele usufruído por seus antecessores. Assim, a sociedade contemporânea tem o direito de promover seu bem-estar e obter conquistas sociais, desde que não elimine a capacidade das gerações futuras de gozar do mesmo nível de socialidade. Logo, não é permitido à geração atual distribuir e gastar todos os recursos disponíveis entre seus membros, sem deixar reserva necessária para que a geração futura possa ser capaz de viver numa sociedade justa e igualitária.⁷⁰

Por outro lado, é válido ressaltar que as questões envolvendo aspectos de justiça intergeracional apresentam características diferentes em relação às

⁶⁵ WOLFGANG, Kahl, *op. cit.*, p. 594.

⁶⁶ SILVA, Suzana Tavares da. Nota prévia. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013, p. 07.

⁶⁷ SILVA, Suzana Tavares da. “O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”, *Cadernos de justiça tributária*, Braga, nº 00, abril-junho/2013, pp. 06-18.

⁶⁸ HEYD, David. *A value or an obligation? Rawls on Justice to future generations*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009, pp.167-169.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Idem*, pp. 171-172 e 182.

outras questões de justiça, principalmente pelo fato de que a geração futura, que é o sujeito ativo das obrigações envolvendo a justiça intergeracional, não existe nos dias de hoje, sendo incertos seus valores e interesses.⁷¹

Tal característica nos remete ao conhecido debate entre os defensores de Jefferson e os partidários de Otsuka, ocorrido no final do século XVIII. A primeira corrente de pensamento defendia a caducidade da Constituição após determinado lapso de tempo (uma geração), em razão da perda da sua legitimidade democrática, já que continuaria submetendo as gerações futuras aos seus valores, princípios e regras, sem que estas tivessem participado do momento da sua elaboração. Enquanto isso, a corrente liderada por Otsuka pregava a formação de um consentimento tácito em cada geração para a renovação ou atualização da Constituição, sem a necessidade de revogá-la.⁷²

Ocorre que, a Constituição cria condições para o exercício das obrigações decorrentes da justiça intergeracional, ao invés de subvertê-las, incorporando mecanismos de participação política, consagrando direitos fundamentais a todos os cidadãos e prescrevendo processos de interpretação e revisão constitucionais que garantem a preservação e a atualidade do seu conteúdo fundamental através das sucessivas gerações.⁷³

Em relação ao tema central do presente estudo, pode-se dizer que a concretização sustentável dos direitos sociais deve ser considerada, também, a partir de uma lógica de justiça intergeracional, sendo uma espécie de “*limite de possibilidade do próprio Estado social*”.⁷⁴ Os direitos sociais, ainda que consagrados e protegidos por lei fundamental, não podem se transformar num instrumento expropriativo dos direitos, seja das gerações futuras seja das gerações passadas. Evidentemente, a abordagem da questão começa por um problema de repartição entre gerações existentes (justiça intrageracional) e avança para as gerações futuras ou vindouras que não podem ser ignoradas.

⁷¹GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Introduction – Intergenerational Justice and Its Challenges*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009, pp.02-03.

⁷²*Idem*, pp. 18-19.

⁷³MUNIZ-FRATICELLI, Víctor M. *The problem of a perpetual Constitution*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 379.

⁷⁴ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*, 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 134-135.

Deve-se levar em conta que os direitos sociais não são incondicionais, são fruto de um compromisso intergeracional, condicionado à existência de uma situação econômico-financeira e política que os sustente. Desse modo, a exigência de justiça intergeracional corresponde à aplicação possível e proporcional do princípio da igualdade que exige que se evite um tratamento diferenciado entre beneficiários de diferentes gerações.

Não se ignora, todavia, que a necessidade de agradar os cidadãos a cada ciclo eleitoral faz com que os detentores do poder político dirijam suas ações para a satisfação das necessidades e dos desejos do eleitorado atual, negligenciando, por conseguinte, o interesse das gerações futuras.

Neste diapasão, o grande desafio que enfrenta o modelo vigente do Estado social é garantir justiça intra e intergeracional na concretização dos direitos sociais, o que implica em realizar uma distribuição proporcional dos custos sociais entre as gerações,⁷⁵ impedindo, assim, uma “*ditadura do presente*”⁷⁶ que condiciona a democracia do futuro e impede a realização de valores constitucionais fundamentais como a liberdade e a autonomia humana.

Diante do exposto, compreendidos os conceitos de sustentabilidade e de justiça intergeracional, no capítulo seguinte será feita uma revisão dos princípios e regras tradicionais que sustentam o atual modelo de Estado social, apontando seus principais equívocos. Em seguida, será proposta uma nova postura para o Estado social que garanta uma concretização sustentável dos direitos sociais e atenda de forma equânime as expectativas das gerações atuais e futuras.

⁷⁵ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Towards the good society, once again?* In: ESPING-ANDERSEN, Gosta [et. al] (org.). *Why we need a new Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 24.

⁷⁶AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, p. 414.

2 - SUSTENTABILIDADE E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 - A crise do Estado social e da sua realização segundo os princípios e as regras tradicionais

Ao longo do último século, diversas formulações de Estado de bem-estar social (*Welfare state*) foram idealizadas tendo como eixo nuclear o ideal de que qualquer pessoa, independentemente do seu nível de rendimento, do seu grau de instrução, ou da sua origem familiar, deveria estar sob a esfera protetora da sociedade. Com o objetivo de construir uma sociedade mais justa, solidária e equitativa, o Estado social, então, tornou-se o principal responsável por garantir o exercício efetivo dos direitos sociais.⁷⁷

Na maioria dos países do continente europeu, o apogeu da referida concepção de Estado perdurou até os anos 80, caracterizada por uma ampla gama de prestações sociais proporcionadas pelo Estado, tais como: abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou, tendencialmente, gratuito, garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino, segundo as suas capacidades e independentemente das condições económicas, políticas de pleno emprego, garantia do mínimo existencial, entre outras.⁷⁸

Quanto a Portugal, especificamente, o Estado social se desenvolveu por força e na vigência da Constituição democrática de 1976 que previu no seu texto normas definidoras de direitos sociais.⁷⁹

O período de bonança foi marcado por demandas excessivas de grupos sociais, com a criação de uma cultura de “subsídiodependência” frente ao Estado, gerando uma “patologia de direitos” ou uma ampliação de pretensões egoísticas.

⁷⁷NUNES, Rui. Reinventar o Estado Social. In: CORREIA, Fernando Alves...[et al](org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 479.

⁷⁸MIRANDA, Jorge. “Os novos paradigmas do Estado social”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, ano IX, 2012, pp. 184-185.

⁷⁹*Ibidem*.

Além disso, presenciou-se a duplicação de estruturas organizativas, bem como as gestões incompetentes, ineficientes e corruptas da coisa pública.⁸⁰

Em razão disso, tornou-se lugar comum declarar ou questionar a existência de uma crise ou de parcial esgotamento do modelo de Estado de bem-estar social que surgiu no segundo pós-guerra na Europa. Tal crise é marcada pelas insustentabilidades financeira e fiscal do intervencionismo público na promoção do bem-estar social, pois a realização em tão elevado grau das pretensões de bem-estar implicou não apenas retirar, mediante redistribuição, às pessoas e aos grupos existentes que mais tinham, mas também utilizar recursos por conta das gerações futuras.⁸¹

Nesse passo, ao abrigo da linguagem dos direitos fundamentais sociais e do Estado Social aumentaram-se em grande escala as necessidades de utilização presente de recursos financeiros, sem que fossem gerados, no entanto, recursos capazes de suportar tal necessidade, tanto no presente como no futuro, gerando a insustentabilidade das atividades e dos sistemas públicos de prestação de bem-estar social.⁸²

É cediço que o financiamento do Estado social depende, entre outros fatores, de um certo equilíbrio entre a população economicamente ativa/contribuinte e a população inativa. Se este equilíbrio se altera, reduzindo o número de ativos por cada inativo, a consequência inevitável é a degradação da proteção social.⁸³ Constatase, portanto, um dilema enfrentado pelas democracias ocidentais, isto é, a dificuldade de estabelecer um equilíbrio entre o dever de providenciar o acesso aos bens sociais e o estabelecimento de limites impostos pelas inultrapassáveis restrições financeiras.⁸⁴

Além das dificuldades financeiras que contribuíram para a insustentabilidade do modelo de Estado social até então vigente, verifica-se, ainda, a *“falta de legitimidade de um discurso centrado exclusivamente nas categorias e nos institutos*

⁸⁰MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 187.

⁸¹AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, pp. 407-408.

⁸²*Ibidem.*

⁸³CAUPERS, João. “A agonia do Estado social”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, 2010 (especial), p. 46.

⁸⁴NUNES, Rui, *op. cit.*, p. 480.

*tradicional dos direitos econômicos, sociais e culturais, mormente na proibição do retrocesso social, na reserva do possível*⁸⁵, na concepção de que o Estado é único provedor dos bens sociais e, finalmente, na “*aproximação absolutista*”⁸⁶ do significado jurídico dos direitos sociais, resultante do procedimento hermenêutico de suas normas, gerando resultados interpretativos não razoáveis e abusivos, contrários aos fins sociais por elas pretendidos.⁸⁷

Neste cenário, o princípio da proibição do retrocesso social, por exemplo, ao preconizar que, uma vez consagrado e atingido determinado nível de socialidade não seria possível ao legislador recuar, impõe uma “*petrificação dos direitos sociais podendo constituir um fenômeno de injustiça social ainda maior do que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei*”⁸⁸, já que seria necessário suportar os custos da sua manutenção, mesmo em cenários de crise e recessão econômicas.

Segundo Canotilho, “*o rígido princípio da não reversibilidade das prestações sociais pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais.*”⁸⁹ No entanto, a realidade parece apontar para uma verdadeira desatualização do princípio da proibição do retrocesso social, sendo constatada, por conseguinte, sua colisão com as dimensões financeira e social da sustentabilidade, que conferem à socialidade uma feição dinâmica, onde se busca a igualdade no acesso às condições de bem-estar social e às prestações sociais adequadas à reabilitação dos destinatários que também são obrigados a contribuir ativamente para esse resultado, sob pena de perda dos benefícios sociais.⁹⁰

⁸⁵ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 106.

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 104-105.

⁸⁷ O tema terá desenvolvimento adequado no próximo capítulo, no tópico 3.1.

⁸⁸ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 106-107.

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 111.

⁹⁰ *Idem*, p.116.

Já o princípio da reserva do possível, compreendido como “*aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*”⁹¹, também passa por uma releitura, segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional. Em razão disso, a alegação da ausência de recursos financeiros disponíveis para a realização das prestações decorrentes dos direitos sociais passa a ser analisada tanto no presente como projetada para o futuro, visando proteger as gerações futuras.

Isto, conseqüentemente, implica em planejar mecanismos para que haja a redução da despesa pública, seja através da racionalização das prestações sociais, eliminando aquelas que não tenham razão de subsistir por não serem essenciais num quadro econômico de escassez de recursos financeiros, seja por meio do racionamento destas mesmas prestações, ajustando a medida de cada uma delas às condições existentes e a sustentabilidade financeira do Estado.⁹²

Além disso, a fim de evitar desperdícios e o mau uso dos recursos públicos, a sustentabilidade financeira impõe o emprego eficiente dos recursos financeiros escassos que é aferido através da análise dos resultados obtidos pelos serviços públicos prestados pelo Estado.

Jorge Miranda sustenta que, no atual cenário de “*estado de necessidade econômico-financeira*”, se justificam medidas corretivas e adaptações, desde a desburocratização à coordenação de serviços sociais com as autoridades independentes reguladoras das atividades econômicas à luz de um princípio da eficiência, bem como a racionalização das prestações sociais e o aproveitamento concertado dos meios públicos e dos grupos existentes na sociedade civil.⁹³

O citado autor português esclarece que em razão da abundância de normas definidoras de direitos sociais e da escassez de recursos, é conveniente estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação dos direitos. Desse

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

⁹² SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 117.

⁹³ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 189.

modo, não se verificando condições econômicas favoráveis, as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes, caso contrário, corre-se o risco de “*querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer.*”⁹⁴

Por outro lado, não foi bem sucedida determinada concepção de Estado social baseada na ideia de que o Estado seria o único agente capaz de garantir a socialidade e eliminar as desigualdades sociais.⁹⁵ Segundo este modelo, denominado de “Estado-Providência”, o Estado assumia ser o promotor e o coordenador principal da concretização dos direitos sociais, garantindo a cidadania social, independentemente do mercado, da família e da sociedade civil.⁹⁶

José Pereirinha afirma que “*o modelo Fordista-Keynesiano-Familiar suportava o ‘Estado-Providência’, dando-lhe capacidade de regular de uma forma eficaz, os subsistemas económico, social e informal que, seguindo lógicas próprias, se articulavam.*” Dessa forma, prossegue o citado autor, “*os direitos sociais garantidos pelo Estado tinham uma natureza essencialmente distributiva (intra e intergeracional) de recursos, ao assegurar a produção de serviços não mercantis (serviços sociais) e o funcionamento de redistribuição de rendimento (prestações sociais).*”⁹⁷

No entanto, a crise enfrentada pelo “Estado-Providência” caracteriza-se, justamente, na crescente dificuldade de manter a mencionada relação de equilíbrio entre os subsistemas económico, social e familiar.⁹⁸

Isto se deve, pois, a tradicional dogmática jurídica ao discorrer sobre o tema dos direitos sociais acabou por empreender de uma forma, direta ou indireta, uma equivocada identificação entre Estado social e políticas sociais, daí

⁹⁴ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, pp. 193-195.

⁹⁵ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 102.

⁹⁶ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Les trois mondes de l'État-providence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, pp. 34-37.

⁹⁷ PEREIRINHA, José. “A (re)definição dos direitos sociais face à crise do Estado-Providência e ao fenómeno da exclusão social”, *Intervenção social*, nº 15/16, 1997, p. 134.

⁹⁸ *Idem*, p. 135.

resultando na falsa percepção da inexistência, para além do Estado, de outros agentes envolvidos na provisão do bem-estar social.⁹⁹

No constitucionalismo democrata-social, o Estado foi sobrecarregado, pois era visto como aquele que todos os interesses existentes na sociedade civil poderiam recorrer para obter sua parte do “*bolo social*”. Ocorre que, esse tipo de constitucionalismo aplicado a “*sociedades pouco integradas e altamente desiguais*”, em que os “*caronas*” proliferaram, gerou resultados pouco animadores e um discurso de transferência para o Estado de obrigações que seriam de qualquer um ou de todos.¹⁰⁰

João Loureiro esclarece que o “Estado-Providência” seria uma “*patologia do Estado social*”¹⁰¹ que se traduziu numa “*colonização do mundo da vida*” e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas¹⁰², inserida numa “*cultura da vitimização*” que promoveu e promove uma insustentável espiral de reivindicações, no quadro de uma “*menorização*” da pessoa¹⁰³. Assim, a versão providencial do Estado social aliou reivindicações por mais ou maiores prestações sociais com fenômenos de dependência e passividade.¹⁰⁴

Sobre a irresponsabilidade dos cidadãos, o citado autor português constata, ainda, “*uma perda de relevância de uma cultura de deveres e da sua importância para a realização do bem comum*”¹⁰⁵, minando os fundamentos comunitários, notadamente, os princípios da dignidade humana e da solidariedade que apontam para responsabilidades do indivíduo na busca do seu próprio bem-estar e dos demais membros da sociedade.¹⁰⁶

⁹⁹ GUIMARÃES, Hubertus Fernandes, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 159-160.

¹⁰¹ LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013, p. 115.

¹⁰² LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”, 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp.107-108.

¹⁰³ *Idem*, p. 31.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 18.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 22.

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 194-195.

Já Canotilho destaca que a problemática da concretização dos direitos sociais transporta também o peso de uma “*construção da sociedade excessivamente introvertida.*” Afirma que “*os direitos sociais concebem-se como direitos a prestações cujo titular passivo é o Estado que, por sua vez, impõe o pagamento autoritário e coativo de impostos destinados a satisfazer as demandas prestacionais dos cidadãos.*”¹⁰⁷

Desse modo, defende que a realização dos direitos sociais passa, necessariamente, por uma “*desintroversão do esquema jurídico da relação prestacional*”, pois quem paga pelas prestações sociais decorrentes do Estado social não é o Estado, e sim os cidadãos pagadores de impostos que beneficiam outros cidadãos que gozam dos bens sociais. Assim, esta relação de reciprocidade não poderia mais ser escondida sob o fundamento de um “*unilateral dever de socialidade do Estado.*”¹⁰⁸

O constitucionalista português indica, então, que um processo “*tendencialmente autosustentado de desintroversão da sociedade*” diz respeito à formação de grupos de auto-ajudas sociais. Estes grupos seriam formados no seio da própria sociedade civil visando à concretização de direitos sociais em espaços onde a socialidade fosse ausente ou buscando a reestruturação de serviços estatais nos quais o esquema unilateral da prestação estatal pudesse ser substituído pelo gesto de reciprocidade entre os cidadãos.¹⁰⁹

Ou seja, o que se busca com este tipo de iniciativa é que os vários setores da sociedade civil e o próprio mercado envolvam-se na concretização dos direitos sociais, desafogando o Estado que passa a ter a responsabilidade de garantia pela concretização dos direitos sociais e não mais a responsabilidade exclusiva pela prestação.

Aponta-se, portanto, como superação da concepção ultrapassada de “Estado-Providência” pela adoção do conceito de “Estado garantidor”, onde o Estado social, conforme será visto mais adiante, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J.Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 102.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 112-113.

materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da verosimilitude jurídica.¹¹⁰

Veremos, no entanto, que isto não quer dizer que o Estado deixará de ser prestador de bens sociais, mas sim que se assiste a um processo denominado de “*pluralismo de bem-estar*”, onde formas não-estatais de proteção assumem um papel de relevo na concretização dos direitos sociais.¹¹¹

2.2 – Proibição do retrocesso social e sustentabilidade social

Como já dito no tópico acima, no contexto atual de revisão dos princípios e regras tradicionais que servem de fundamento para o Estado social, o princípio da proibição do retrocesso social tem sido objeto de severas críticas e questionamentos sobre a sua existência, sentido e alcance.

No âmbito da doutrina constitucionalista portuguesa e dos principais países europeus¹¹², é acirrada a discussão acerca da sua aceitação como princípio jurídico autónomo capaz de ser invocado como argumento único para a proteção e a concretização dos direitos sociais.

Canotilho, por exemplo, sustentou num primeiro momento que as normas constitucionais que reconhecem os direitos sociais de carácter positivo, ou seja, que demandam prestações, tinham, no mínimo, uma “*função de garantia da satisfação adquiridas por estes direitos*”, não podendo o Estado atentar contra eles.¹¹³ Posteriormente, reconheceu que a proibição do retrocesso social nada poderia fazer contra as recessões e crises económicas, mas, mesmo assim, limitaria a reversibilidade dos

¹¹⁰ LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013, p. 115

¹¹¹ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 95.

¹¹² Para um relato resumido sobre a discussão doutrinária acerca da existência, sentido e alcance do princípio da proibição do retrocesso social em países como Alemanha, Espanha, Itália e França, cf. SOUSA, Luís Verde de. “Acerca do princípio da proibição do retrocesso social”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 83, 2007, pp. 769-772.

¹¹³ CANOTILHO, J. J Gomes. Constituição dirigente e vinculação ao legislador, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 411 e ss.

direitos adquiridos quando fossem violados claramente os princípios da proteção da confiança e o do mínimo de existência condigna.¹¹⁴

Para João Caupers, o princípio da proibição do retrocesso social determina que “*uma vez atingido, por via da mediação do legislador ordinário, certo nível de concretização de um direito social, se torna irreversível a situação criada*”, estando legislador impossibilitado, sob vício de inconstitucionalidade, de reduzir o grau de concretização já conferido pela lei.¹¹⁵

Posição contrária é a defendida por Manuel Afonso Vaz, para quem, se o princípio da proibição do retrocesso social fosse convertido em princípio jurídico-constitucional autônomo, significaria aceitar uma “*reserva de Constituição dos direitos sociais*”, que não poderia se converter, autonomamente, numa dimensão constitucional material contra a vontade do legislador.¹¹⁶

José Alexandrino, por sua vez, justifica a recusa da autonomia do princípio da proibição do retrocesso social por considerar que a Constituição deve ser lida como um todo, combinando os princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado do Direito com a necessidade de uma resposta preferencial à satisfação das condições materiais das pessoas e dos grupos em situação de maior desproteção.¹¹⁷

No entanto, ao que parece, prevalecem posições que, embora afastando ou rejeitando a ideia de proibição do retrocesso, acabam em maior ou menor medida por acolher a ideia de salvaguarda de um grau maior ou menor de concretização legislativa de normas de direitos sociais.

¹¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, Almedina, pp. 338-339. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 109.

¹¹⁵CAUPERS, João. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição, Coimbra, Almedina, 1985, p. 42.

¹¹⁶VAZ, Manuel Afonso. Lei e reserva de lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976, Porto, [s.n], 1992, pp. 384-385.

¹¹⁷ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema dos direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, Coimbra, Almedina, 2006, p. 540.

Nesse sentido, Bacelar Gouveia identifica o princípio da proibição do retrocesso social com a inviabilidade de “*revogação, suspensão ou alteração limitadora*” do alcance da concretização legal já conferida aos direitos sociais. Todavia, nega a absolutização de um princípio da proibição do retrocesso que destrua a autonomia legislativa e não permita uma regressão determinada pelas condições econômicas e sociais de realização dos direitos sociais.¹¹⁸

Jorge Pereira da Silva, por seu turno, declara insustentável a proibição absoluta do não retrocesso social, por ignorar a natureza dos direitos sociais enquanto sujeitos à reserva do possível. Aceita-a, contudo, quando se verificar a anulação, a revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial dos direitos sociais concretizados.¹¹⁹

Já Vieira de Andrade defende que a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral na matéria de concretização dos direitos sociais, sob pena de se eliminar a autonomia, a liberdade constitutiva e a autorevisibilidade da função legislativa. Admite, todavia, que os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais implicam em uma garantia mínima que reside na proibição de pura e simplesmente destruir situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador, pondo em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana.¹²⁰

Sobre a discussão doutrinária em comento, Jorge Miranda posiciona-se entre aqueles que concluem que o “*princípio de não retorno de concretização das normas de direitos sociais (ou de não retrocesso) não tem autonomia, por estar conexo com o princípio da tutela da confiança e também por ser uma decorrência do princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.*”¹²¹

¹¹⁸GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 950-951.

¹¹⁹SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, Lisboa, Universidade Católica, 2003, pp. 247 e ss. e 282 e ss.

¹²⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 379 e ss.

¹²¹MIRANDA, Jorge. O regime e a efetividade dos direitos sociais nas Constituições de Portugal e do Brasil. In: OTERO, Paulo [et.al] (org.). Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 332-333.

Este, aliás, parece ser o entendimento dominante na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, sendo possível afirmar que o princípio em comento não encontra nos julgados daquela Corte constitucional uma afirmação inequívoca da sua aceitação como princípio autônomo densificador ou concretizador dos direitos sociais¹²². Assim, sua violação somente ocorreria quando o legislador introduzisse uma alteração redutora do direito violadora do princípio da proteção da confiança ou quando a modificação legislativa colidisse com o conteúdo essencial do direito a um mínimo de existência condigna.¹²³

No Acórdão n° 509/2002,¹²⁴ no qual foi apreciada a constitucionalidade do ato normativo que elevou de 18 para 25 anos a idade mínima para o recebimento do denominado “*rendimento mínimo de inserção*”, o Tribunal Constitucional observou que a proibição do retrocesso social operaria tão-só: “*a) quando fosse atingido o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito da dignidade humana, isto é, sem a criação de esquemas alternativos ou compensações, fosse anulado pura e simplesmente o núcleo essencial do direito; b) ou, ainda, quando a redução do conteúdo do direito social violar o princípio da igualdade ou da proteção da confiança; c) ou quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos estejam enraizados ou sedimentados no seio da sociedade.*”

¹²² Neste ponto, cumpre advertir a respeito do equívoco cometido por alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro que afirmam que o princípio da proibição do retrocesso social já foi invocado pelo Tribunal Constitucional português como parâmetro constitucional autônomo para a concretização dos direitos sociais, mais precisamente no Acórdão n° 39/84. A título de exemplo, transcrevemos o seguinte trecho da r. decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n° 745.745/MG, publicado no Diário de Justiça em 19.12.2014: (...) “*bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão n° 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública.*” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000308116&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 31.05.2015. Ocorre que apesar de o Acórdão n° 39/84 tenha percorrido alguma doutrina que aponta para a existência do princípio da proibição do retrocesso social, a verdade é que, na fundamentação da declaração de inconstitucionalidade das normas que estavam sob análise, o Tribunal Constitucional português não fez qualquer referência à violação do princípio em comento, centrando a sua posição no tipo de preceitos constitucionais em questão, distinguindo entre as normas constitucionais de natureza programática cuja realização é diferida no tempo e aquelas que impõem ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas no âmbito da realização dos direitos sociais. Nesse sentido, cf. SOUSA, Luís Verde, *op. cit.*, p. 776 e NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*, pp. 378-379.

¹²³ CORREIA, Fernando Alves. “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, Sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 7, 2010, p. 39.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em 30.05.2015.

Vale ressaltar, ainda, que além de não aceitar a autonomia do princípio da proibição do retrocesso social como densificador dos direitos sociais, o Tribunal Constitucional português não declarou inconstitucionais normas jurídicas que, em tese, promoveram um certo retrocesso em matérias de efetivação dos direitos sociais. Foi o que sucedeu com a atualização das propinas do ensino superior (Acórdão n° 148/94¹²⁵), com a introdução da cobrança das taxas moderadoras para utilização do Serviço Nacional de Saúde (Acórdãos n° 330/89 e 731/95)¹²⁶ e na revogação do crédito jovem bonificado para aquisição da casa própria (Acórdão n° 590/04¹²⁷).

Enquanto isso, na doutrina constitucionalista brasileira, considerando o tratamento do tema em Portugal, Felipe Derbli defende a autonomia do princípio da proibição do retrocesso social, pois os princípios da segurança jurídica e da dignidade humana não poderiam servir como fundamentos para a proibição do retrocesso social. Tal perspectiva, segundo o citado autor brasileiro, “*esvaziaria o conteúdo material do princípio da proibição do retrocesso social, o que culminaria no reconhecimento de um caráter meramente instrumental ao mesmo*”, o que seria equivocado já que o aludido princípio apresentaria um elemento finalístico próprio.¹²⁸

Aponta, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 contém manifestações implícitas do princípio da proibição do retrocesso social como, por exemplo, nos arts. 3º, incisos I e III; 5º, § 2º; 7º e 170, caput e incisos VII e VIII. Desse modo, a Carta Magna brasileira imporia ao legislador a observância da concretização sempre progressiva dos direitos fundamentais sociais, sendo-lhe defeso atuar comissivamente em sentido oposto.¹²⁹

Em resumo, diante do exposto, pode-se afirmar que a expressão “proibição do retrocesso social” não é feliz, em que pese mostrar-se operativa, já

¹²⁵Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>>. Acesso em 30.05.2015.

¹²⁶Disponíveis, respectivamente, em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>> e <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>>. Acesso em 30.05.2015.

¹²⁷Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html>>. Acesso em 30.05.2015.

¹²⁸DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 220-221.

¹²⁹*Idem*, p. 222-223.

que traduz um sentimento comum e generalizado de expectativas no quadro do Estado social. Fato é que, “*juridicamente, poderia ser substituída por outros conceitos como a segurança jurídica ou a proteção da confiança, ambos decorrentes do cláusula do Estado de Direito democrático e constitucional*”, ínsita nos artigos 2º da Constituição portuguesa e 1º da Constituição brasileira que, quando violados, se apresentam, em rigor, como critérios indiciadores de um retrocesso social constitucionalmente ilegítimos.¹³⁰

Além disso, afirmar a própria existência de um “princípio da proibição do retrocesso social”, que contém *a priori* um mandado definitivo e impõe uma única solução possível no processo hermenêutico de ponderação com outros princípios colidentes é equivocado, pois desconsidera o caráter *prima facie* dos princípios, isto é, que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidade jurídicas e fáticas.¹³¹

Ao não se admitir, em nenhuma hipótese, qualquer redução dos níveis de socialidade sob o único fundamento da proibição do retrocesso social, atribui-se um caráter absoluto a um suposto princípio, o que é plenamente contrário à teoria dos direitos fundamentais.¹³²

Mesmo aqueles que defendem a autonomia e a existência do princípio da proibição do retrocesso social reconhecem que ele não é absoluto, estando sempre sujeito a um juízo de ponderação e às circunstâncias da realidade, desde que o seu núcleo essencial não seja tocado.¹³³

Por outro lado, a despeito da controvérsia doutrinária acerca da autonomia da proibição do retrocesso social como princípio densificador dos direitos sociais, no atual cenário de crise e recessão financeiras que ameaça os próprios

¹³⁰ QUEIROZ, Cristina, *op. cit.*, p. 105 e NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 294.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 98 e ss.

¹³² *Idem*, pp. 105 e ss.

¹³³ DERBLI, Felipe, *op. cit.*, pp. 280-281.

fundamentos do Estado social, discute-se a possibilidade de ser invocado um “estado de necessidade econômico-financeira”¹³⁴ para justificar reduções nos níveis de socialidade.

Suzana Tavares esclarece que os pressupostos de uma situação de “estado de necessidade econômico-financeiro” estão presentes “quando os Estados se encontram em situações de escassez de recursos financeiros que comprometem ou correm o risco de vir a comprometer a capacidade de cumprir suas obrigações.” Trata-se de “situação anormal onde há um perigo iminente e atual para o interesse da comunidade, causado por circunstâncias excepcionais e fatores externos à vontade do Estado, que reclamam uma atuação rápida para evitar a verificação do resultado lesivo e permitir a recuperação da normalidade.”¹³⁵

Embora as Constituições portuguesa e brasileira não incluam no rol taxativo das hipóteses de decretação de estado de sítio e de estado de emergência as situações de necessidade econômico-financeira e/ou fiscal, o que não permitiria restrições aos direitos fundamentais, inclusive os sociais, esta inflexibilidade geraria injustiça e iniquidade, avolumando o rol das situações em que a prevalência de uma legalidade formal não garante a juridicidade material das decisões.¹³⁶

Nesse passo, a citada autora defende que, num quadro de severa escassez de recursos financeiros, em sede da qual é inevitável a adoção de um conjunto de medidas que implicam num retrocesso social ou num retrocesso do bem-estar, é mais prudente definir os parâmetros dessa involução, em vez de negar a realidade subjacente.¹³⁷

Ressalta, no entanto, que a adoção de medidas que gerassem retrocesso social deveria observar critérios de proporcionalidade, justiça e equidade,

¹³⁴SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise, Coimbra, Almedina, 2011, p. 70.

¹³⁵ *Idem*, pp. 69-70.

¹³⁶ *Idem*, p. 71.

¹³⁷ *Idem*, pp. 72-73.

devendo, ainda, prevalecer um critério de universalidade, ou seja, todos deveriam ser afetados e, em igual medida, pelas decisões públicas de retrocesso social.¹³⁸

Posição diversa possui João Loureiro que afirma que o argumento da emergência econômico-financeira não é suscetível de ser aceito na ordem constitucional portuguesa, já que não prevista no art. 19º da Constituição portuguesa, nem expressa, nem implicitamente. Com efeito, conforme sustenta o constitucionalista português, a constitucionalização do estado de exceção correspondeu a um conjunto de pressupostos estritos -- com assento constitucional, não compreendendo, no entanto, as situações de emergência econômica financeira.¹³⁹

Argumenta, ainda, que a extensão das hipóteses de decretação de estado de emergência mostra-se “*desnecessária e desadequada*”, porque uma “*dogmática da escassez*” poderia ser fundamentada por outros meios, como, por exemplo, os princípios da proteção da confiança e da proporcionalidade.¹⁴⁰

Reconhece, no entanto, que mesmo sem a especial urgência de um “estado de emergência econômico-financeira”, certos graus de concretização dos direitos revelam-se não apenas insustentáveis a médio e a longo prazos, mas claramente violadores da justiça intergeracional.¹⁴¹

Enquanto isso, Cristina Queiroz sustenta que a invocação do “*estado de necessidade econômico financeiro*” não poderia servir de fundamento à não execução de políticas públicas de atuação dos direitos fundamentais sociais, pois tal justificativa seria de contestada constitucionalidade.¹⁴²

¹³⁸SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 74-75.

¹³⁹LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013, p. 125.

¹⁴⁰*Ibidem.*

¹⁴¹*Ibidem.*

¹⁴²QUEIROZ, Cristina, *op. cit.*, p. 118.

Desse modo, o núcleo essencial de tais direitos deveria ser preservado, mesmo face às políticas de contenção da despesa pública, sem que com isso se ponha em risco a margem de ação de que goza o legislador político democrático.¹⁴³

Logo, a “*tolerabilidade constitucional*” das disciplinas que reduzem os níveis de proteção no campo social exige do legislador a demonstração de que os seus objetivos se mostrem relevantes e que as distinções introduzidas, limitativas do direito fundamental, se revelem pertinentes em relação à prossecução do objetivo visado, ou seja, a norma só será declarada inconstitucional se for manifestamente irrazoável.¹⁴⁴

Por sua vez, ao realizar comentários sobre os princípios reitores da política social e econômica da Constituição espanhola (arts. 39 a 52), José María Santiago afirma que “*estos mandatos de optimización no suponen una prohibición constitucional de disminución de los niveles de protección alcanzados.*” Em seguida, conclui: “*si la medida de lo posible em um momento dado, como consecuencia, por exemplo, de um empeoramiento de la coyuntura económica geral, hace necesario esse descenso del nivel protección*”, pois não há na Constituição espanhola um princípio geral que enuncie a irreversibilidade das conquistas sociais.¹⁴⁵

Em suma, o que é possível extrair dos posicionamentos doutrinários relatados acima é que, independentemente da justificativa e da denominação que se dê à conjuntura de crise financeira enfrentada por determinado Estado, parece ser consenso a possibilidade de se operar um “*effet cliquet*”¹⁴⁶ nos níveis de socialidade alcançados por determinada sociedade quando verificada uma severa escassez de recursos financeiros, desde que sejam respeitados critérios como proporcionalidade, universalidade, proteção da confiança e o núcleo essencial dos direitos sociais.¹⁴⁷

¹⁴³ QUEIROZ, Cristina, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁴⁴ *Idem*, pp. 119-122.

¹⁴⁵ SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 49.

¹⁴⁶ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. “*Le Comité Européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique.*” Disponível em: <<http://vlex.com/vid/comita-sociaux-principe-temps-crise-474610750>>. Acesso em 14.03.2015, p. 02.

¹⁴⁷ Nesse sentido, Antonio Baylos Grau relata algumas medidas de contenção e redução de gastos sociais que vêm sendo adotadas pelos principais países europeus, num cenário de crise financeira: (...) “*Y ello pese a que el “redimensionamiento” del Estado social que producen las políticas anti-crisis no parte de una*

Dessa forma, não se mostra sustentável a defesa de um princípio da proibição do retrocesso social que imponha, em qualquer circunstância, a manutenção do *status quo* social. Esta visão absoluta atribuída ao aludido princípio, que proíbe qualquer “*reformatio in pejus*” no nível de realização dos direitos sociais, resulta num engessamento da concretização dos direitos sociais¹⁴⁸, não observando os ditames da sustentabilidade social e da justiça intergeracional.

Conforme exposto no capítulo anterior (tópico 1.2.3), a dimensão social da sustentabilidade preocupa-se com a extensão no tempo do princípio de bem-estar universalista, de tal maneira que o bem-estar seja um direito não só para os cidadãos presentes, mas também para todas aquelas pessoas que nos sucederão no tempo e que constituirão a sociedade do futuro.

A sustentabilidade social, então, propõe uma concretização dinâmica dos direitos sociais que admite que, quando verificadas determinadas circunstâncias no mundo dos fatos, sejam dados passos atrás nos níveis de socialidade alcançados por determinada sociedade, desde que respeitados o núcleo mínimo inviolável associado à dignidade humana e os princípios da proporcionalidade e da isonomia material.

Em razão disso, defende-se no presente estudo que, no discurso jurídico de densificação dos direitos sociais seja superado o dogma da proibição do retrocesso social pelo paradigma da sustentabilidade social. Tal substituição observa, certamente, os preceitos da justiça intergeracional, pois os direitos sociais não são

*consideración alternativa a esta figura, sino de una observación que tiene que ver con los límites a la extensión y a la permanencia de la misma. Se presenta por consiguiente como una medida restrictiva necesaria en función de los parámetros de la excepcionalidad social a la que lleva la crisis económica, y en ese sentido se explica el recorte en gastos sociales como forma de equilibrar el déficit fiscal y lograr el equilibrio presupuestario. Sobre esta base se han recortado las ayudas al desempleo y a la vivienda en Francia y en Alemania, así como las ayudas sociales en los países periféricos, con especial incidencia en España a partir de la cancelación en la práctica de las ayudas por dependencia, y se han hecho intervenciones fuertes en materia de pensiones, recortando de hecho su alcance, congelando su cuantía y retrasando la edad de jubilación. Los gastos en sanidad y en educación han sufrido recortes muy notables en una gran parte de países europeos, desde Inglaterra a Alemania, pero con especial intensidad en los países periféricos del sur de Europa.” Cf. “La contracción del Estado social”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, p. 27. No contexto brasileiro, é oportuno citar as recentes edições das Medidas Provisórias nos. 664 e 665, publicadas no Diário Oficial da União em 30 de dezembro de 2014, que instituíram regras mais rigorosas para a concessão de benefícios da seguridade social, tais como seguro-desemprego, abono salarial, pensão por morte e auxílio-doença, tornando o acesso a essas prestações sociais mais dificultoso.*

¹⁴⁸ SOUSA, Luís Verde de., *op. cit.*, p. 795.

incondicionais, são frutos de um compromisso intergeracional, condicionado à existência de uma situação econômico-financeira política que os sustente.

Assim, a exigência de justiça intergeracional não admite que a geração presente mantenha determinado “*status quo* social” insustentável que resulte no endividamento e no próprio comprometimento do bem-estar das gerações futuras.

2.3 – A sustentabilidade econômico-financeira e a reserva do possível

A “reserva do possível”, outro instituto que influencia o tradicional discurso jurídico acerca da concretização dos direitos sociais, também necessita ser revisitado diante dos enunciados trazidos pela sustentabilidade econômico-financeira e pela justiça intergeracional.

A construção teórica da “reserva do possível” teve origem na Alemanha a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de “reserva do possível”, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sujeita à capacidade financeira do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir daí, a “reserva do possível” passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada, eminentemente, no orçamento do Estado.¹⁴⁹

Como é cediço, tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha cujo precedente considerado paradigmático para o tema versou sobre o direito de acesso ao ensino superior. Na ocasião, firmou-se o entendimento no sentido que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, isto é, mesmo que o Estado tenha disponibilidade de recursos, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não esteja nos limites do razoável.¹⁵⁰

Diante dessas ideias, Ingo Sarlet sustenta que a “reserva do possível” possui uma “dimensão tríplice” que abrangeria a efetiva disponibilidade fática

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e, sob a ótica do eventual titular de um direito a prestações sociais, envolveria o problema da razoabilidade/exigibilidade da prestação.¹⁵¹

Considerando estes três aspectos, a “reserva do possível” constitui, na verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, bem como garantia dos direitos fundamentais, na hipótese de conflitos de direitos em que é invocada a indisponibilidade de recursos com o intuito de resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em debate.¹⁵²

Nesse passo, Luís Vale ressalta que “*a reserva do possível é um bom exemplo da penetração jurídica da realidade no sistema jurídico*”, isto é, uma limitação fática que é assimilada como princípio normativo constitutivo dos próprios direitos sociais e que assume um argumento material de peso para justificar restrições na concretização dos direitos sociais.¹⁵³

Ocorre que o problema reside no progressivo esvaziamento do instituto e na sua consideração como “álibi”¹⁵⁴ que basta ser invocado para tudo justificar. Embora o grau de realização dos direitos não seja indiferente e insensível às conjunturas, no Estado Social há, em matéria de acesso aos bens sociais fundamentais, uma zona de indisponibilidade, em que, em regra, não vale a “reserva do possível”, devendo ser assegurado o conteúdo mínimo desses direitos que sejam capazes de garantir as condições materiais para uma “*existência condigna e não da mera sobrevivência*.”¹⁵⁵

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ VALE, Luís Meneses do. “A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais”, *Jurisprudência Constitucional*, nº 12, outubro-dezembro/2006, p. 36 (nota 59).

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, *Estudos do século XX*, nº 13, 2013, p. 123. Sobre o direito à proteção da saúde, por exemplo, o autor afirma: “*Neste plano básico, estão em jogo bens fundamentais como a vida, a saúde e um conjunto de prestações essenciais que se reconduzem à segurança social. Mas o conteúdo mínimo do direito à proteção da saúde não cobre todas as medidas necessárias à sua conservação. Com efeito, a par de uma provisão básica de cuidados de saúde que não podem ser denegados no Estado Constitucional com a sua marca de socialidade, há doenças cujos custos de tratamento são tão desproporcionalmente elevados que, apesar do caráter trágico da não garantia do acesso aos cuidados médicos e medicamentosos, as pessoas não têm direito à sua disponibilização.*”

Além do referido mínimo, a reserva do possível pode ser invocada, não podendo ser encarada como mero argumento retórico que só é aceito se comprovada exaustivamente a ausência de recursos financeiros nos cofres públicos. Na verdade, tal cláusula traz consigo a ideia de que todos os direitos fundamentais possuem custos¹⁵⁶ e, no caso dos direitos sociais, custam ainda mais dinheiro¹⁵⁷. Desse modo, por dependerem da existência de recursos financeiros para seus respectivos exercícios, só podem ser encarados como direitos que não são absolutos.¹⁵⁸

Logo, não nos parecem razoáveis máximas como “*se está na lei ou na Constituição é para ser cumprido*”¹⁵⁹. Este “*otimismo positivista*”¹⁶⁰ -- segundo o qual a previsão de determinado direito social no campo do direito positivo afasta conjecturas sobre possibilidades fáticas -- é, no mínimo, ingênuo, pois a mera previsão Constitucional ou legal não tem o condão de eliminar a escassez de recursos financeiros.¹⁶¹

Assim, a referida fórmula atribui aos direitos fundamentais sociais o caráter de direitos subjetivos *prima facie*, sendo a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui em definitivo uma questão de ponderação entre princípios. Onde de um lado estará o princípio da liberdade fática e, do outro, princípios formais como a legitimidade democrática do legislador, a separação de poderes, bem como princípios materiais que se referem à liberdade jurídica dos outros membros da sociedade, aos outros direitos sociais e aos próprios bens coletivos.¹⁶²

Noutros casos, está apenas em causa aceder, ou não, a um medicamento de última geração, considerado, depois dos necessários ensaios clínicos, mais eficiente. A reserva do possível exclui, desde logo, que no nível de afetação personalizada de recursos todos os tratamentos tenham de ser disponibilizados, pois, ao contrário da máxima, a saúde tem custos, aliás crescentemente elevados.”

¹⁵⁶HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*, New York, W. W. Norton and Company, 1999, p. 15. No mesmo sentido: NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 176.

¹⁵⁷SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 593.

¹⁵⁸HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, *op. cit.*, pp. 95-97.

¹⁵⁹AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 184.

¹⁶⁰*Idem*, p. 177.

¹⁶¹*Idem*, p. 184.

¹⁶²ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 485 e 494.

A sustentabilidade econômico-financeira, por sua vez, anda de mãos dadas com os fundamentos teóricos que servem de alicerce para o conceito da “reserva do possível”. No entanto, a dimensão econômico-financeira da sustentabilidade exige que a análise dos recursos financeiros disponíveis para a realização das prestações decorrentes dos direitos sociais passe a ser examinada tanto no presente como projetada para o futuro, visando proteger as gerações futuras.

Conforme foi visto no primeiro capítulo (tópico 1.2.2), a cláusula da sustentabilidade financeira é uma cláusula de regulação da alocação dos recursos financeiros no tempo, o que implica em limitações ao aproveitamento destes recursos no presente para assegurar a sua disponibilidade no futuro.¹⁶³ Diante disso, tanto a sociedade atual como a sociedade futura serão parâmetros para a definição dos graus de prestações sociais que os indivíduos podem razoavelmente exigir delas.

A sustentabilidade financeira reconduz-se à questão de saber se uma comunidade está disposta a renunciar à maximização da sua capacidade de enriquecer imediatamente em nome dos direitos das gerações futuras. No essencial, os mecanismos de sustentabilidade financeira e orçamental, reconduzem-se a dois desígnios essenciais: “*i) ao pacto que limita as potencialidades do crescimento econômico em nome da redução do risco econômico-financeiro; e ii) à utilização que as gerações atuais fazem dos recursos financeiros disponíveis, a qual deve ser o mais eficiente possível.*”¹⁶⁴

A definição dos direitos a proteger e a dimensão em que estes serão protegidos terão que ser forçosamente equacionados no contexto da sua sustentabilidade financeira. Logo, em razão da abundância de normas definidoras de direitos sociais e da escassez de recursos, é conveniente estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação dos direitos. Assim, não se verificando condições econômicas favoráveis, as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com

¹⁶³ AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, p. 417.

¹⁶⁴ SILVA, Suzana Tavares da. *Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais*, p. 12 (obra cedida pela autora).

eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes, caso contrário, corre-se o risco de “*querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer.*”¹⁶⁵

A sustentabilidade econômico-financeira acrescenta à “reserva do possível” as ideias de justiça e solidariedade intergeracional com o objetivo de garantir às gerações futuras as condições materiais necessárias para que elas possam gozar de determinado nível de bem-estar equivalente àquele usufruído por seus antecessores. Reconhece-se, todavia, que a sociedade contemporânea pode promover seu bem-estar e alcançar níveis de socialidade cada vez mais aprimorados, desde que não elimine a capacidade das gerações futuras de gozar do mesmo nível de socialidade. Portanto, não é permitido à geração atual distribuir e gastar todos os recursos disponíveis entre seus membros, sem deixar reserva necessária para que a geração futura possa ser capaz de viver numa sociedade justa e igualitária.¹⁶⁶

Vale ressaltar que as condutas do presente podem colocar em causa, para o futuro, as condições mínimas ou adequadas para uma existência humana condigna, por dificultarem o aproveitamento futuro dos recursos em razão do aumento da escassez, diminuição da sua qualidade, herança de encargos passados e, até mesmo, exaustão dos recursos, causando um cenário de insustentabilidade.¹⁶⁷

O paradigma da sustentabilidade econômico-financeira exige, ainda, uma mudança de comportamento por parte dos cidadãos e da própria classe política, pois não se ignora que a necessidade de agradar os eleitores e conquistar votos faz com que os detentores do poder político dirijam suas ações para a satisfação das necessidades e dos desejos do eleitorado atual, negligenciando, por conseguinte, o interesse das gerações futuras.

De fato, a sociedade atual, de certo modo, ainda possui o mesmo pensamento daquela que foi retratada por Hayek em 1944, ou seja, opõe-se “*a sacrificar qualquer uma de suas exigências àquilo que designa por argumentos econômicos, mostra-se impaciente e intolerante face à toda e qualquer restrição às suas*

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge. “Os novos paradigmas do Estado social”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, ano IX, 2012, p. 189.

¹⁶⁶ HEYD, David, *op. cit.*, pp. 171-172 e p. 182.

¹⁶⁷ AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, p. 414.

*ambições imediatas e nada disposta a ceder a necessidades econômicas, recusando-se em admitir qualquer obstáculo, qualquer conflito com outros fins que possa impedir o cumprimento dos seus próprios desejos”.*¹⁶⁸

O grande desafio que enfrenta o modelo vigente de Estado social e que a sustentabilidade econômico-financeira pretende enfrentar é a realização de uma distribuição proporcional dos custos sociais entre as gerações,¹⁶⁹ impedindo, assim, uma “*ditadura do presente*”¹⁷⁰ que condiciona a democracia do futuro e impede a realização de valores constitucionais fundamentais como a liberdade e a dignidade humana.

2.4 - A concretização sustentável dos direitos sociais no quadro do Estado garantidor ou Estado Social de garantia

A superação do modelo de “Estado Providência” pela concepção de “Estado Social de garantia” ou “Estado garantidor” tem como mote principal identificar outros atores sociais capazes de compartilhar com o Estado a função de concretizar os direitos sociais.

Conforme vimos, não foi bem sucedida a “*visão míope*”¹⁷¹ de que o Estado seria o único agente capaz de garantir a socialidade e eliminar as desigualdades sociais. Mesmo entre aqueles indivíduos que possuíam capacidades para garantir seu próprio bem-estar, a versão providencial do Estado social acabou gerando dependência e passividade às custas da saúde financeira do próprio Estado.

Um novo modelo de Estado de bem-estar que tenha por objetivo uma concretização sustentável dos direitos deve estar pautado em três pilares¹⁷²: o Estado, o mercado e a família. Esses três pilares possuem uma relação mútua e de interdependência, ou seja, quando o mercado, por exemplo, não cumprir seu papel de garantir determinado bem social, o Estado ou a família absorvem e corrigem esta falha.¹⁷³

¹⁶⁸ HAYEK, Friedrich A. O caminho para a servidão, Lisboa, Edições 70, 2013, pp. 242-243.

¹⁶⁹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Towards the good society, once again?* In: ESPING-ANDERSEN, Gosta [et. al] (org.). *Why we need a new Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 24.

¹⁷⁰ AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, p. 414.

¹⁷¹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Towards the good society, once again?* In: ESPING-ANDERSEN, Gosta [et. al] (org.). *Why we need a new Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 12.

¹⁷² *Idem*, p. 11.

¹⁷³ *Idem*, p. 12.

Nessa dinâmica, dividem as responsabilidades pela realização das prestações sociais quando o indivíduo, no gozo da sua autonomia e da sua liberdade, não conseguir satisfazer suas necessidades essenciais.¹⁷⁴

A partir daí, no quadro do “Estado Social de garantia” os vários setores da sociedade civil e o próprio mercado passam igualmente a ser protagonistas da concretização dos direitos sociais, desafogando o Estado que passa a ter a responsabilidade de garantia pela concretização dos direitos sociais e não mais a responsabilidade exclusiva pela prestação.

Parte-se da premissa que não cabe ao ordenamento jurídico e tampouco ao Estado produzir e garantir a igualdade social. Esta é, na verdade, um dos objetivos das políticas públicas formuladas pelo Estado que deve apenas garantir a igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais.¹⁷⁵

Deve-se ter em mente que “o objetivo dos direitos sociais de cidadania não é promover a igualdade, e sim promover a oportunidade, não é evitar a desigualdade, mas evitar a exclusão de um mundo de oportunidades.” Embora todos sejam iguais perante a lei, os indivíduos possuem características pessoais que os diferenciam.¹⁷⁶

Na esteira da teoria de justiça de Amartya Sen, a equidade distributiva deve ser julgada através da avaliação das capacidades que o indivíduo possui para realizar aquilo que deseja e obter seu bem-estar, ao contrário da teoria rawlsiana de justiça baseada na análise dos bens primários. Embora estes sejam tomados como principais critérios do êxito humano, são apenas “meios para a vida humana satisfatória, e não os fins da boa vida”.¹⁷⁷

Desse modo, pessoas diferentes que possuem o mesmo nível de renda podem ter oportunidades completamente diferentes para converter a renda e outros bens primários em bem-estar, pois as características pessoais (idade, gênero,

¹⁷⁴ SANTIAGO, José María Rodríguez de., *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁵ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 102-103.

¹⁷⁶ ESPADA, João Carlos. “Direitos sociais de cidadania – uma crítica a F.A. Hayek e R. Plant”, *Análise Social*, vol. XXX (131-132), 1995, pp. 284-285.

¹⁷⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, pp. 287-288.

condições físicas, etc) e o ambiente (condições climáticas, violência, ausência de serviços públicos básicos, etc) em que vivem influenciarão no resultado.¹⁷⁸

Além disso, no contexto da elaboração da política estatal, a liberdade para o bem-estar pode ser de maior interesse do que a realização do bem-estar. Logo, a oferta a todos da oportunidade de levar uma vida digna não necessita ser unida à insistência de que todos façam uso de todas as oportunidades que o Estado oferece. O que importa é que a igualdade de oportunidades realmente exista.¹⁷⁹

Aqui, mostra-se importante a distinção entre a liberdade para promover o próprio bem-estar e a liberdade de agência -- sendo esta entendida como liberdade para promover quaisquer objetivos e valores que uma pessoa tem razão para promover. Segundo Amartya Sen, “*embora a primeira possa ter maior interesse geral para as políticas públicas (como a eliminação da pobreza, através da erradicação das privações mais sérias da liberdade para o bem-estar), é a última que pode comprovadamente ser vista como de interesse primordial para o senso pessoal de valores.*”¹⁸⁰

No bojo dessas ideias, o modelo de “Estado Social de garantia” traz à tona a discussão sobre quais são as responsabilidades do Estado e a dos cidadãos no sistema de proteção social de modo a garantir a sua viabilidade futura. Considerando o exercício de uma cidadania responsável, opera-se uma ponderação adequada entre direitos e deveres do indivíduo para alcançar o seu próprio bem-estar.¹⁸¹

Para tanto, deve ser mais nítida a percepção de que os cidadãos são detentores de direitos e de deveres, para consigo próprios e para com a coletividade. Isto implica uma reformulação da interrelação entre o cidadão e o Estado, principalmente onde a responsabilidade individual ou do núcleo familiar seja mais facilmente exigível.¹⁸²

¹⁷⁸ SEN, Amartya. A ideia de justiça, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, pp. 288-290.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 322.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 323.

¹⁸¹ NUNES, Rui, *op. cit.*, p. 480.

¹⁸² *Idem*, p. 492.

Assim, por exemplo, os cuidados básicos de saúde, a educação básica, o apoio no desemprego inserem-se no campo da competência atribuída ao Estado, mas também exigem a participação dos particulares, desde que não comprometa a liberdade dos cidadãos. Desse modo, se a iniciativa privada oferece à sociedade a oferta de tais serviços e o particular tiver condições financeiras suficientes para fazer frente a essas despesas, sem que isso comprometa o seu bem-estar e de sua família, ele poderá satisfazer suas pretensões por meio de atendimento privado.¹⁸³

Quanto às demais necessidades que não atendem critérios de universalidade ou que dependem de circunstâncias nem sempre previsíveis, é justificável uma partilha dos custos da sua satisfação.¹⁸⁴ Nestas hipóteses, na responsabilização dos cidadãos para complementar as prestações sociais deve ser levada em conta a existência de condições materiais e as capacidades pessoais de cada um.

Com base nisso, o Estado não estaria obrigado a efetivar os direitos sociais através de serviços públicos, podendo delegar para o mercado a efetiva prestação dos mesmos. A atuação estatal direta só se justificaria em situações de extrema pobreza visando garantir o mínimo para uma existência condigna.¹⁸⁵

Peces-Barba adverte que, no contexto dos direitos sociais, a igualdade pressupõe a diferenciação, pois os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais devem ser somente aquelas pessoas que precisam de apoio. A igualdade como diferenciação seria o meio para alcançar a meta da igualdade como comparação.¹⁸⁶

O fornecimento intencional de bens básicos àqueles que precisam é indiscutível. Se certos indivíduos não têm acesso aos bens básicos através do mercado, e se se aceita que o acesso a bens básicos deve ser garantido a todos, segue-se

¹⁸³NICZ, Alvacir Alfredo. A superação das crises de governabilidade para o alcance da concretização dos direitos fundamentais sociais. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de. [et.al] (coord.). Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 179-180.

¹⁸⁴MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2000, p. 396.

¹⁸⁵SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 103.

¹⁸⁶PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “*Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto*”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano III, febrero/1998, nº 6, pp. 32-33.

que esse acesso tem de ser intencionalmente estabelecido. Mas isto não significa que os bens básicos não devem ser satisfeitos pelo mercado. Em vez de substituir o fornecimento do mercado pelo fornecimento do Estado, as políticas sociais devem dirigir-se diretamente àqueles que precisam, habilitando-os a entrar no mercado como consumidores de bens básicos normalmente produzidos por empresas privadas competindo entre si.¹⁸⁷

Sem desconhecer os preceitos constitucionais, as responsabilidades de prestação, de realização ou de cumprimento dar lugar a uma responsabilidade de garantia e a uma nova concepção de bem comum que não se confunde com o monopólio da ação estatal e se abre aos cidadãos e a outras entidades, privadas ou públicas não estatais.¹⁸⁸

Isto não significa que o Estado abandone completamente o campo da produção, mas sim que se assiste a um processo denominado “pluralismo de bem-estar” onde haverá divisão de responsabilidades entre Estado e mercado, bem como o aumento da participação do terceiro setor ou da economia social em muitas áreas.¹⁸⁹

A invocação do conceito de “Estado-garantidor” registra a evolução do problema da socialidade, pois, por um lado, ele é “*Estado desconstrutor*” de serviços encarregados de prestações existenciais do cidadão e, por outro lado, um “*Estado fiador*” e controlador de prestações dos serviços de interesse geral por parte das entidades privadas.¹⁹⁰

Canotilho, no entanto, adverte para algumas incertezas conceituais inseridas no conceito de “Estado-garantidor” que, se não forem sanadas, o conceito corre o risco de se transformar numa “*terra de ninguém jurídica*.” Afirma que “*o Estado-garantidor tem alma de Estado social e corpo de empresa*”. Isto quer dizer que o

¹⁸⁷ ESPADA, João Carlos, *op. cit.*, p. 276.

¹⁸⁸ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 90-92.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 95.

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J Gomes. O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). O Direito e o futuro o futuro do Direito, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 571-572.

Estado ainda pretende garantir os serviços sociais essenciais, mas confia a serviços privados ou de gestão privada a prossecução direta desses serviços.¹⁹¹

Revela-se, então, uma face regulatória do “Estado-garantidor”, pois ele é responsável por garantir aos cidadãos os cuidados existenciais e, ao mesmo tempo, apoia ativamente a economia e a saúde econômica das empresas encarregadas de produzir os serviços e os bens indispensáveis à efetivação da socialidade.¹⁹²

Em tom crítico, o constitucionalista português alerta que se levada até às últimas consequências o conceito de garantia -- entendido como nova modalidade do cumprimento das tarefas estatais -- equivalerá a operar uma completa transformação do Estado que, “*à revelia da Constituição, passa a ser um Estado tendencialmente subsidiário.*”¹⁹³

De fato, em muitos aspectos, o modelo de “Estado Social de garantia” surge como uma “*revisitação e uma renovação do princípio da subsidiariedade.*”¹⁹⁴ João Loureiro esclarece, contudo, que o modo de garantia, que se caracteriza pelos deveres de regulação em lugar dos tradicionais deveres de prestação, não resulta em abandono da socialidade pelo Estado. O adeus à intervenção pela via da prestação não significa que o Estado se limite ao papel liberal tradicional.¹⁹⁵

É de grande valia esclarecer que “*o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço da liberdade pessoal e fundamenta uma ‘primazia de autoresponsabilidade’ que implica para o indivíduo um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.*” Isto não significa, entretanto, aderir à uma orientação liberal do direitos sociais e, muito menos, à um cogente redução deles.¹⁹⁶ A exigência do exercício efetivo da autonomia e da cobrança de pelo menos uma

¹⁹¹CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). O Direito e o futuro do futuro do Direito, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 572-573.

¹⁹² *Idem*, p. 573.

¹⁹³ *Idem*, p. 575.

¹⁹⁴ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 92.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 93.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 35.

corresponsabilidade pessoal ajuda a compreender o próprio princípio da dignidade da pessoa humana de onde decorrem exigências de responsabilidade própria e um feixe de responsabilidade para com os outros seres humanos.

Não se trata de retomar a discussão a respeito da intervenção do Estado nos domínios econômico e social, ou seja, se ele deve assumir um papel de “Estado mínimo ou máximo”. Busca-se definir quais são as tarefas do Estado e os “*pressupostos para sua intervenção reguladora e garantidora do bem-estar social, do acesso a bens e serviços essenciais, do acesso a condições materiais para uma existência condigna e da igualdade de oportunidades em matéria de progresso social*”, tendo em conta a participação efetiva dos demais atores sociais (mercado e sociedade civil).¹⁹⁷

Vale ressaltar, ainda, que as Constituições portuguesa e brasileira dão legitimidade a esta concepção de Estado Social e, em diversas passagens, pressupõem ou fazem apelo à colaboração de entidades da sociedade civil, de entidades privadas e da própria família na tarefa de efetivar os direitos sociais.¹⁹⁸

O essencial para este novo paradigma conceitual é garantir o acesso de todos os cidadãos às prestações sociais básicas, com qualidade e em tempo útil, sendo irrelevante a natureza jurídico-institucional do operador. Vale dizer que o “*Estado não tem que ser o ‘prestador’ no sentido etimológico do termo, mas antes ‘garantidor’ do acesso dos cidadãos aos bens essenciais.*”¹⁹⁹

No quadro do “Estado-garantidor”, como já dito, o Estado não é o único ator social relevante na condução das políticas sociais. Além dos serviços públicos, existem outras entidades de natureza privada que contribuem para o bem-estar, quer tenham fins lucrativos, quer o façam por motivos de altruísmo.²⁰⁰

¹⁹⁷ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 109.

¹⁹⁸ Na Constituição portuguesa, a título de exemplo, é possível citar os seguintes artigos: art. 59º, nº 2, alínea d); art. 63º, nº 3; art. 64º, nº 3, alínea d); art. 67º, nº 2, alínea c). Na Constituição brasileira, é possível mencionar os seguintes dispositivos: art. 199; art. 205; art. 209; art. 227; art. 229; art. 230.

¹⁹⁹ NUNES, Rui, *op. cit.*, p. 482.

²⁰⁰ GUIMARÃES, Hubertus Fernandes, *op. cit.*, p. 75.

No rol dos atores sociais privados que intervêm na provisão do bem-estar na sociedade é possível incluir, além dos agentes que operam no mercado, as entidades do terceiro setor que não possuem fins lucrativos²⁰¹, as organizações assistenciais e de voluntariado e as instituições tradicionais da sociedade como a Igreja e a própria família. A essa pluralidade de atores sociais, públicos e privados, que, conjuntamente, contribuem para a provisão do bem-estar nas sociedades contemporâneas dá-se o nome de “*pluralismo providencial*” ou “*Welfare mix*”.²⁰²

No Estado Social de garantia, o tão esquecido princípio constitucional da solidariedade ganha especial relevância como vetor para a concretização dos direitos sociais. No lugar da subsidiariedade, a sua invocação mostra-se mais adequada para designar a ação solidária entre a sociedade civil e o Estado na concretização desses direitos.²⁰³

A solidariedade pode ser entendida tanto no sentido objetivo, que diz respeito “*à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e corresponsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e às vicissitudes dos demais membros da comunidade*”, como no sentido subjetivo e de ética social, em que a “*solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade.*”²⁰⁴

A solidariedade designa-se, então, como uma relação ou consciência de pertença que tem por suporte uma relação recíproca de ajuda e sustento nas dificuldades e nas necessidades, algo bem próximo de uma relação de fraternidade, intimamente ligada à efetivação prática dos direitos sociais.²⁰⁵

Todavia, para melhor compreender o sentido e o alcance da atual ideia de solidariedade é necessário realizar algumas distinções. A primeira delas é

²⁰¹JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi. *Volontariato, Sussidiarietà e Mercato*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 16.

²⁰²BORELLO, Roberto. *Il servizi alla persona nel quadro costituzionale del nuovo welfare*. In: ABBAMONTE, Giuseppe (org.), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, Cacucci Editore, 2012, p. 657.

²⁰³NICZ, Alvacir Alfredo, *op. cit.*, p. 179.

²⁰⁴NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 629.

²⁰⁵*Idem*, pp. 629-630.

aquela que se dá entre a “solidariedade dos antigos” e a “solidariedade os modernos”. A primeira é concebida como a “*virtude indispensável nas relações com os outros, própria dos grupos primários, como a família*”. Já na segunda, a solidariedade é vista como princípio jurídico cuja realização passa pelas comunidades estatal, política, social e pela sociedade civil.²⁰⁶

Outra distinção é aquela operada entre “solidariedade mutualista”, “*traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e ao bom desenvolvimento da sociedade*”, e “solidariedade altruísta” onde a ação solidária se apresenta como uma dádiva, ou seja, não se espera qualquer contrapartida dos beneficiários. Esta última vem ganhando maior importância no quadro de um Estado Social de garantia.²⁰⁷

Importante mencionar, ainda, a distinção que se dá, dentro da “solidariedade dos modernos“, entre a “solidariedade vertical” e a “solidariedade horizontal.” Naquela, a responsabilidade que a cada um cabe pela sorte e pelo destino dos demais membros da comunidade corre, sobretudo, pela garantia dos níveis mínimos de realização dos direitos sociais por intermédio do Estado social, bem como pelos direitos de quarta geração (v.g direitos ecológicos) e pelos direitos de solidariedade intergeracional.²⁰⁸

A solidariedade horizontal, por seu turno, trata, principalmente, dos deveres de solidariedade que cabem à sociedade civil nas relações entre os cidadãos, entre os grupos sociais e entre as classes sociais, desenvolvidas fora das esferas estatais.²⁰⁹ É uma prática autêntica de cidadania assentada em direitos e responsabilidades que se contrapõe ao princípio vertical de solidariedade caracterizado pelos sistemas das solidariedades públicas.²¹⁰

²⁰⁶NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 630-631.

²⁰⁷ *Idem*, pp. 631-632.

²⁰⁸ *Idem*, pp. 632-633.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 633-634.

²¹⁰ HESPANHA, Pedro. “Novas perspectivas sobre os direitos sociais”, *Intervenção Social*, nº 15/16, 1997, p. 123.

Ante as limitações do Estado social contemporâneo esta modalidade de solidariedade vem adquirindo importância e assumindo uma função complementar através, por exemplo, do voluntariado social onde o Estado convoca a colaboração economicamente desinteressada dos indivíduos e dos grupos sociais para ajudá-lo na realização dos direitos sociais que não consegue satisfazer sozinho.²¹¹

Esta incapacidade para satisfazer sozinho determinados direitos sociais não se deve apenas a aspectos financeiros. Deve-se, sobretudo, por lhe faltar o “*elemento de humanidade*” que só a sociedade civil e cada um dos seus membros, individual ou coletivamente, estão em condições de proporcionar.²¹²

Aliás, esta é uma das razões pelas quais a família é um dos pilares do modelo de “Estado garantidor”, pois é um reduto tradicional de proteção social, de resposta aos riscos sociais e de formação de capital humano, sendo a solidariedade e a ajuda familiar fundamentais para a concretização dos direitos sociais.²¹³

A solidariedade revela-se, ainda, um “*recurso de regulação societário*”²¹⁴ que visa combater o individualismo²¹⁵ e o egoísmo crescentes na sociedade. É a expressão de uma “*exigência de cuidado fundamental do outro*”²¹⁶, um dever ético que também tem expressão em instituições de cooperação que permitem o desenvolvimento dos homens através dos outros homens.

Neste ponto, é importante mencionar que dos direitos sociais decorrem obrigações perfeitas, juridicamente exigíveis, e imperfeitas que não são deveres jurídicos propriamente ditos, e sim deveres oriundos de uma ética universal. Desse modo, as atividades das organizações sociais existentes na sociedade civil são entendidas plausivelmente como parte dessas obrigações imperfeitas que os indivíduos e os grupos

²¹¹NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 634.

²¹² *Idem*, p. 635.

²¹³ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 60.

²¹⁴ *Idem*, pp. 62-63.

²¹⁵ GLENNERSTER, Howard, *op . cit*, p. 698.

²¹⁶ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p.195.

têm numa sociedade em que os direitos fundamentais sociais não são plenamente satisfeitos.²¹⁷

A significação ética destes direitos acarreta que o cidadão que tem condições de fazer algo efetivo para impedir a violação deles tem uma boa razão para agir dessa maneira. Faz parte do exercício de uma “cidadania solidária” na qual o indivíduo assume um novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo ativo na vida pública já não basta com o controle do exercício dos poderes, passando também pela assunção de encargos, responsabilidades e deveres que derivam da vida pública e que não podem ser encarados como tarefa exclusivamente estatal.²¹⁸

Finalmente, resta saber como se dá a relação de interação entre os atores públicos e/ou privados visando à concretização sustentável dos direitos sociais dentro do quadro do “Estado social garantidor”. Neste ponto, o modelo de *governance*, uma das expressões da sustentabilidade política, ganha especial importância, já que prega uma atuação conjunta, colaborativa e coordenada entre os atores públicos e/ou privados de uma sociedade na realização das atividades políticas, sociais e administrativas.

O papel desses atores volta-se cada vez mais para objetivos de planejamento, redefinindo os processos de elaboração e de gestão das políticas públicas, onde o ator público passa a ser um coordenador da implementação das políticas sociais.²¹⁹ Certamente, através da cooperação e da colaboração entre os atores sociais, públicos e/ou privados, permite-se a otimização e administração eficiente dos recursos públicos e privados.²²⁰

Veremos a seguir que esse modelo de governar baseado na parceria entre o Governo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas

²¹⁷ SEN, Amartya, *op. cit.*, p. 408 e pp. 417-418.

²¹⁸ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 643. Por exemplo, no caso de uma criança ou paciente que necessita de tratamento de saúde de alto custo, a sociedade civil deveria priorizar a organização de campanhas de *fundraising* para financiar os complexos e caros procedimentos ao invés de procurar a via da judicialização. Nesse sentido, cf. MARRAFON, Marco Aurélio. Esgotamento do Estado de bem-estar afeta a concretização de direitos sociais, p. 03. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 21.04.2015.

²¹⁹ GUIMARÃES, Hubertus Fernandes, *op. cit.*, pp. 78-83.

²²⁰ SANTIAGO, José María Rodríguez de. , *op. cit.*, pp. 65-66.

e as entidades da sociedade civil para gerir a coisa pública pode ser aplicado de forma bem-sucedida na realização dos direitos sociais, pois confere legitimidade democrática às decisões políticas emanadas por aqueles que detêm o poder.

3. A SUSTENTABILIDADE POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 – O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial

A partir do advento do paradigma do “neoconstitucionalismo”, que é baseado na supremacia das normas constitucionais e na especial relevância dos seus princípios, assiste-se ao florescimento de uma criatividade judicial na interpretação das constituições²²¹, fazendo dos juízes seus “profetas”²²². Em matéria de socialidade, em especial, tem-se verificado um “ativismo judiciário forte”²²³ que toca em muitas ocasiões no núcleo essencial do princípio da separação de poderes, sendo o caso brasileiro um exemplo paradigmático.²²⁴

Nesse passo, Daniel Sarmiento explica que o “neoconstitucionalismo”²²⁵ envolve “*vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações*

²²¹ URBANO, Maria Benedita. “*The law of judges: attempting against Montesquieu’s legacy or a new configuration for an old principle?*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVI, 2010, p. 627.

²²² LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013, p. 114.

²²³ *Ibidem.*

²²⁴ *Ibidem.*

²²⁵ Para um breve relato da origem do movimento denominado “neoconstitucionalismo”, cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 114-123.

*sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.”*²²⁶

José Carlos Francisco, por sua vez, esclarece que o conceito de “neoconstitucionalismo” *“é consequência da associação dessa expressão a vários movimentos, vinculando diversas ideias tais como aplicação direta de princípios constitucionais aos casos concretos, fortalecimento do controle de constitucionalidade, busca de justiça na aplicação do direito, novas relações entre direito positivo e moral, neopositivismo ou pós-positivismo, ponderação e teoria da argumentação.”*²²⁷

Em vista disso, Humberto Ávila aponta para quatro fundamentos do “neoconstitucionalismo”: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).²²⁸

No bojo dessas ideias, *“a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impõe limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.”*²²⁹ No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos.²³⁰

Desse modo, o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado, sobretudo, a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta

²²⁶SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 113-114.

²²⁷FRANCISCO, José Carlos. (Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial, Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 54.

²²⁸ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), nº 17, jan-fev-mar/2009, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede.asp>>. Acesso em 12.05.2015.

²²⁹SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, pp. 119-120.

²³⁰*Ibidem.*

“obsessão” pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional.²³¹

Todavia, esta “obsessão” com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do seu sentido - como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Segundo Sarmiento, *“trata-se de um desvio que gera conseqüências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um ‘governo à moda platônica’, de ‘sábios de toga’”*²³², onde o “Pai Judiciário”²³³ se depara com uma “sociedade infantilizada”.²³⁴

Nesse sentido, no caso brasileiro, fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de “campeões de cidadania”, isso tudo associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum a tão elevada conta quando deveriam.²³⁵

Contudo, o ativismo judicial não pode ser considerado a panaceia para a instabilidade política, a ineficiência e a má condução das políticas públicas pelos demais poderes. Pelo contrário, se invocado de forma imprópria, pode trazer mais problemas como aqueles que pretende resolver.²³⁶

Assim, empoderar os juízes a partir de uma visão muito crítica do processo político majoritário não é correto, porque ignora as inúmeras mazelas

²³¹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 122.

²³² *Idem*, p. 136.

²³³ MARRAFON, Marco Aurélio, *op. cit.*, p. 02.

²³⁴ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 136.

²³⁵ AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 21.

²³⁶ URBANO, Maria Benedita, *op. cit.*, pp. 636-637.

que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de “*visões românticas e idealizadas do juiz*”. Só que, se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios - e eles são muito graves no cenário brasileiro - também é certo que os juízes não são imunes a isso.²³⁷

Conforme Posner bem ressalta em sua obra, as decisões judiciais são diretamente influenciadas pelas características pessoais dos juízes, tais como sexo, cor, religião, origem social e orientação política.²³⁸ É forçoso reconhecer, então, que um ativismo exacerbado, chancelado pelo “neoconstitucionalismo”, pode gerar subjetividade e insegurança no âmbito da concretização dos direitos fundamentais.²³⁹

Neste contexto, os tribunais invocam sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese.²⁴⁰ Segundo Sarmiento, os mais citados são os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, sendo que o primeiro é empregado para dar imponência ao “decisionismo judicial”, vestindo com “*linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta*”, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.²⁴¹

Ocorre que tais princípios não devem ser utilizados de forma indiscriminada para justificar todo e qualquer modo de exercício de um direito fundamental social. Somente devem ser invocados se o caso concreto demonstrar que inexistem regras ou que as existentes produzirão resultado desproporcional e injusto, justificando, assim, o emprego de tais princípios para atingir resultados mais adequados.²⁴²

Aliás, o próprio princípio da dignidade humana poderia também ser invocado para justificar a restrição a um direito fundamental nas hipóteses em

²³⁷ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 136.

²³⁸ POSNER, Richard A. *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pp. 369-370.

²³⁹ BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial, Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 18.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 140.

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² FRANCISCO, José Carlos, *op. cit.*, p. 63.

que este for exercido de forma abusiva²⁴³, violando a dignidade humana de outros membros da sociedade. Por exemplo, o art. 17 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos determina que nenhuma das disposições previstas na referida Convenção pode ser interpretada no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos no referido documento.

Na aplicação do referido dispositivo, a Corte Europeia dos Direitos Humanos (ECHR) vem entendendo que a finalidade do art. 17 é impossibilitar que grupos ou indivíduos, a pretexto de invocar o exercício de um direito previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, destruam os direitos e as liberdades fundamentais dos demais indivíduos que compõem a comunidade europeia.²⁴⁴

Dito isto, passamos a analisar mais detidamente os métodos utilizados pelos tribunais brasileiros que vêm gerando resultados irrazoáveis e abusivos na interpretação e na aplicação das normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais.

3.1.1 - A aproximação absolutista dos direitos sociais desenvolvida pelos tribunais

Conforme já dito no capítulo anterior (tópico 2.1), um dos fatores que contribuem para a insustentabilidade do modelo de Estado social vigente é a “*aproximação absolutista*”²⁴⁵ do significado jurídico dos direitos sociais, resultante do procedimento hermenêutico de suas normas efetuado pelos tribunais, gerando resultados

²⁴³SEGADO, Francisco Fernández. *La dignità della persona come valore supremo dell'ordenamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti e diritti*. In: ABBAMONTE, Giuseppe (org.), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari, Cacucci Editore, 2012, p. 1678.

²⁴⁴Cf. *Zdanoka v. Latvia* [GC], nº 58278/00, § 110, ECHR 2006; *Perinçek v. Switzerland*, nº 27510/08, §48, ECHR 2013.

²⁴⁵CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 104-105. Nesse sentido, Daniel Sarmiento noticia decisões judiciais que ordenam a internação de pessoas em hospital público de referência no tratamento do câncer, ignorando as filas existentes para acesso à referida unidade de saúde e os critérios médicos para seleção dos quadros de maior gravidade dos pacientes e, ainda, decisões que condenam os estados-membros da federação brasileira, com base apenas na prescrição do médico particular do requerente, a fornecer caríssima medicação fabricada no exterior cuja importação fora proibida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária diante de pesquisas que haviam comprovado a sua ineficácia. Cf. 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*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 556-557.

interpretativos não razoáveis e excessivos²⁴⁶, contrários aos fins sociais por elas pretendidos.

Suzana Tavares adverte que a metodologia da decisão judicial em muitas ocasiões supera os limites do caso concreto, levando os tribunais a assumir, em alguns casos, as vestes da Administração e em outros de contrapoder legislativo, o que contribui para uma “crise do princípio da separação de poderes”, pelo menos na sua versão tradicional.²⁴⁷

No afã de conferir máxima efetividade aos direitos sociais, o Poder Judiciário ao interpretar as normas veiculadoras desses direitos fundamentais não observa outros princípios instrumentais de interpretação constitucional, tais como os princípios da concordância prática e o da proporcionalidade,²⁴⁸ essenciais para extrair o real âmbito de proteção garantido por tais normas constitucionais.

Em matéria de prestações relativas aos direitos sociais, a invocação de um direito público subjetivo está condicionada ao preenchimento de certas condições. Nesse sentido, Alexy sustenta que uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida se a exige o princípio da liberdade fática, se o princípio democrático e o da separação de poderes são observados e, principalmente, se os princípios materiais opostos, especialmente aqueles que apontam para a proteção da esfera jurídica dos demais membros da sociedade, são afetados em uma medida relativamente reduzida.²⁴⁹

Então, faz-se necessário recorrer aos métodos de ponderação e proporcionalidade.²⁵⁰ A característica principal de tal técnica de interpretação constitucional é que o devido *prima facie* na norma constitucional é mais do que o definitivamente devido no resultado final da ponderação. Pela teoria dos direitos

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, pp. 03-04. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 21.04.2015.

²⁴⁷ SILVA, Suzana Tavares da. Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais, pp. 03-04 (obra cedida pela autora).

²⁴⁸ Sobre os princípios instrumentais de interpretação constitucional, cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, pp. 298-306.

²⁴⁹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 495.

²⁵⁰ FRANCISCO, José Carlos, *op. cit.*, p.81.

fundamentais, os direitos sociais previstos nas constituições também estão sujeitos à ponderação, sob pena de gerar ilusões e/ou frustrações.²⁵¹

Diante disso, o intérprete parte de um direito subjetivo vinculante *prima facie* pertencente a qualquer cidadão e sujeito a limitações. A partir daí, analisa se cláusula restritiva da “reserva do possível”, sendo esta entendida como aquilo que pode razoavelmente ser exigido da sociedade, conduz à ineficácia do direito social em jogo.²⁵²

A tensão entre o indivíduo e a sociedade é resolvida por uma estrutura argumentativa racional de fundamentações jurídicas envolvendo argumentos favoráveis e contrários à pretendida concretização daquele direito fundamental social previsto *prima facie* na norma constitucional.²⁵³

Se na interpretação das normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais, o intérprete sempre entender que nelas existe uma proteção constitucional definitiva e apenas considerar uma parcela dos interesses em jogo, não se valendo de princípios instrumentais de interpretação constitucional como a concordância prática e a proporcionalidade, alcançará, invariavelmente, resultados interpretativos exagerados, irrazoáveis e abusivos.²⁵⁴

Nesse passo, Canotilho ressalta que as constituições não estabelecem uma ponderação pré-determinada quanto à escolha dos meios indispensáveis para satisfazer as prestações existenciais mínimas inerentes ao direito à vida, por exemplo. O que é certo, segundo o citado autor, “*é que o Estado, os poderes públicos, o legislador estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo esse direito.*”²⁵⁵

²⁵¹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 497-498.

²⁵² *Ibidem.*

²⁵³ *Ibidem.*

²⁵⁴ *Idem*, p. 498.

²⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 58-59.

Assim, o constitucionalista português sustenta que “*a norma que garante prima facie um direito subjetivo, ou seja, uma norma que contém fundamento para justificar o direito a prestações, não tem obrigatoriamente como resultado uma decisão individual.*” A questão da reserva do possível, da ponderação necessária a efetuar pelos poderes públicos relativamente ao modo como garantir com efetividade e da universalidade dos direitos sociais conduz-nos a um tipo de direito *prima facie* a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever *prima facie*.²⁵⁶

Por sua vez, Cristina Queiroz esclarece que “*gozar de um direito subjetivo significa ter o poder de pretender perante a um outro sujeito um determinado comportamento. Este seria o conteúdo do direito subjetivo: o dever jurídico relacional.*” O conteúdo do direito corresponde ao comportamento que o respectivo titular pode exigir a um outro sujeito. Em termos breves, o conceito de direito subjetivo pressupõe uma “*relação triádica*” entre um sujeito, um objeto e um destinatário.²⁵⁷

No caso dos direitos sociais, afirma a autora, “*a subjetivação se apresentaria unicamente como um mandato prima facie que, em caso de colisão, reclama por uma ponderação delimitada*”, onde os direitos devem ser realizados na medida mais alta do possível face às condições fáticas e jurídicas.²⁵⁸ Desse modo, “*os direitos fundamentais sociais resultam garantidos por princípios jurídicos fundamentais e não se apresentam como comandos ou mandatos definitivos, antes como mandatos prima facie que necessitam ser interpretados.*”²⁵⁹

Ricardo Seibel, por sua vez, sustenta que os direitos sociais não podem ser concebidos como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo não é a mais adequada, pois a concretização dos direitos sociais envolve “*relações complexas entre membros de*

²⁵⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 66. No mesmo sentido, Jorge Reis Novais: “não é possível extrair da Constituição diretamente, mesmo de *prima facie*, um conteúdo pré-determinado do direito. Cabe ao legislador democrático, sob análise da reserva do possível realizar esta tarefa.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 148-149.

²⁵⁷QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 90.

²⁵⁸*Idem*, pp. 91-92.

²⁵⁹*Idem*, pp. 106-107.

*uma coletividade podendo usufruir de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas.*²⁶⁰

Tomando como exemplo o direito à saúde, o citado autor relata que de uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição brasileira, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações.²⁶¹

Assim, a intervenção dos tribunais para garantir a efetividade dos direitos sociais deve levar em conta que esses direitos não são absolutos, o que impõe verificar as possibilidades de realização em função da necessidade de articulá-los com outros direitos e bens igualmente constitucionais.²⁶²

3.1.2 – A judicialização excessiva das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais e a crise do princípio da separação de poderes

Por outro lado, ainda que se realize a devida ponderação entre os bens constitucionais em jogo, a realização dos direitos sociais através de políticas públicas não é função primordial do Poder Judiciário que só deve intervir de forma subsidiária quando os Poderes Legislativo e Executivo não tenham cumprido suas obrigações.²⁶³

Dessa forma, deve ser lida com cautelas a afirmação de Bickel quando sustenta que os tribunais são os mais indicados para proteger os valores consagrados nas constituições, já que, em relação aos agentes políticos, possuem maior

²⁶⁰LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 246.

²⁶¹ *Idem*, p. 247.

²⁶²AVILÉS, Maria del Carmen Barranco. *Exigibilidad de los derechos sociales y democracia*. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2010, p. 165.

²⁶³ *Ibidem*.

capacidade, experiência e conhecimentos técnicos para interpretar as normas constitucionais e delas extrair os fins a serem alcançados pelos governos.²⁶⁴

Realizando uma distinção entre “*adjudicative facts*” e “*legislative facts*”, John Ely sustenta que não há razões para supor que nas decisões sobre políticas públicas, por exemplo, que envolvem amplas controvérsias e interesses existentes no seio da sociedade, os juízes sejam os melhores intérpretes das constituições quando comparados com os agentes políticos.²⁶⁵

Isto se deve, porque os tribunais estão aparelhados para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Tratam, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto.²⁶⁶ Enquanto isso, as demandas individuais que pleiteiam prestações derivadas dos direitos sociais são típicos conflitos de justiça distributiva, ou seja, litígios que tratam da divisão ou apropriação individual do fundo social comum, devendo ser resolvidos no âmbito da macrojustiça.²⁶⁷

Nesta discussão, o caso brasileiro é emblemático, pois a “*avalanche de decisões*”²⁶⁸ proferidas pelos tribunais, influenciadas pela “cultura de vitimização”²⁶⁹ e pelos discursos de vida ou morte, ignoram a alocação dos recursos escassos e as escolhas das prioridades feitas pelos órgãos políticos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária, utilizando, ainda, o instrumental próprio para a solução dos microconflitos, realizando “escolhas inconscientes.”²⁷⁰

²⁶⁴ BICKEL, Alexander M.. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 24-26.

²⁶⁵ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 53.

²⁶⁶ AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 38.

²⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006, pp. 125-128.

²⁶⁸ SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). *A eficácia dos direitos sociais*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 35.

²⁶⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*, 1^a ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 31.

²⁷⁰ AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 173. No mesmo sentido: GASPARDO, Murilo. “Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde”, BDA – Boletim de Direito Administrativo, ano 31, n° 4, abril/2015, p. 424. Nesse sentido, na jurisprudência dos tribunais brasileiros é comum encontrar decisões com a seguinte linha de argumentação: (...) “*Nem mesmo se pode afirmar, com a devida vênia de entendimento em outro sentido, que os medicamentos e insumos prescritos*

Conforme Gustavo Amaral sustenta, para a correta compreensão dessas pretensões positivas, deve o intérprete pressupor a limitação de recursos para atender a todos, bem como pressupor a existência e a legitimidade de decisões alocativas pelos Poderes Legislativo e Executivo.²⁷¹

A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas. Os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o Legislativo e o Executivo.²⁷² As escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído, com legitimidade democrática e politicamente responsável perante a comunidade²⁷³, e não aos juízes e às suas interpretações piedosas das normas constitucionais em jogo, gerando decisões repletas de argumentos retóricos.

Cabe ainda ao legislador definir os termos da relação entre os beneficiários e o Estado, em especial em relação à fixação de condições para o gozo dos benefícios sociais em razão da autonomia individual e dos deveres de solidariedade social, (v.g. deveres de disponibilidade para o trabalho e para a formação, diligência no exercício de direitos e proibição de prodigalidade ou de vício).²⁷⁴

Assim, a intervenção dos tribunais nas políticas públicas tendentes a concretizar os direitos sociais seria somente excepcional, pois as prioridades políticas e sociais são definidas, preferencialmente, pelos representantes eleitos pelo

*não se encontram em lista padronizada pelo SUS. **Não se coaduna com o alcance que se deve conferir à norma constitucional a possibilidade de se permitir que o Estado fixe quais os medicamentos que quer fornecer, pois se assim for restará sempre ao alvitre do administrador de plantão decidir quais os medicamentos a população poderá ingerir.** O correto, pois, é permitir que o cidadão apresente a necessidade, devidamente documentada e com pedido subscrito por médico, público ou particular, e não se tratando de medicamento de caráter experimental ou que tenha sido excluído de terapia oficial por não ter eficácia comprovada ou ainda ser elemento integrante de terapia não aprovada no País, **o medicamento deve ser fornecido de acordo com a prescrição médica e não com a vontade do administrador, sendo irrelevante e descabida a menção a orçamento na medida em que a vida humana supera as necessidades orçamentárias.** Por tais motivos, desnecessária a realização de perícia médica na espécie.” (Apelação nº 0033401-74.2013.8.26.0053). Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 12.05.2015.*

²⁷¹ AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 173.

²⁷² *Idem*, pp. 205-206.

²⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional – anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, nº 01, jan-mar/2004, p. 23.

²⁷⁴ *Idem*, pp. 26-27.

povo.²⁷⁵ Os membros do Poder Judiciário não possuem a expertise e as competências necessárias para lidar com as estatísticas e os dados relativos à determinada política pública, ou para definir se determinado nível de bem-estar é adequado ou não.²⁷⁶

É forçoso reconhecer que os juízes não possuem a formação técnica e a habilidades necessárias para fiscalizar a utilização eficiente dos recursos escassos e nem estão aptos a realizar eventuais correções.²⁷⁷ Ao contrário dos membros dos poderes eleitos democraticamente, os magistrados não possuem condições de examinar um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes para que, em seguida, decidam quanto alocar a cada uma.²⁷⁸

Desse modo, nenhum direito pode ser protegido unilateralmente pelo Poder Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentais para os quais outros poderes constituídos têm a responsabilidade final.²⁷⁹

Por outro lado, a excessiva judicialização dos direitos sociais pode travar o progresso econômico e social de uma sociedade, pois a realização desordenada de tais direitos gera custos elevados.²⁸⁰ Países como a África do Sul e a Índia, por exemplo, continuam apresentando elevados níveis de pobreza, mesmo com a intensa intervenção dos tribunais na concretização dos direitos sociais. Embora a judicialização possa ser efetiva em alguns momentos e contribua para a discussão e a melhoria da concretização dos direitos sociais em toda sociedade, ela não consegue resolver problemas em grande escala.²⁸¹

Conforme Jeremy Waldron argumenta, não há razões para entender que uma instituição composta por membros não eleitos democraticamente tenha

²⁷⁵GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia. *Debating social rights*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 56-58.

²⁷⁶*Idem*, pp. 58-59.

²⁷⁷HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, *op. cit.*, p. 94.

²⁷⁸*Idem*, p. 95.

²⁷⁹*Idem*, p. 97.

²⁸⁰GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia, *op. cit.*, p. 61.

²⁸¹*Idem*, pp. 81-82.

condições de melhorar a qualidade do debate público numa sociedade democrática e, tampouco, fazer dela um ambiente mais justo.²⁸²

Diante disso, em que pese a “passividade e a letargia”²⁸³ da via político-legislativa, esta ainda é a opção mais adequada para concretização dos direitos sociais, mesmo com os atalhos tentadores da via judicial que podem trazer resultados imediatos, mas que não são sustentáveis e duradouros.²⁸⁴

Daí se conclui que a dependência das disponibilidades financeiras e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico-social que um Estado experimenta aponta para a abertura e a flexibilização do conteúdo dos direitos sociais no plano constitucional. Sendo assim, aceitar que os tribunais possam conferir aos direitos sociais um conteúdo muito preciso significaria, inevitavelmente, a impossibilidade de o Estado ser capaz de reagir rápida e adequadamente à modificação das condições econômicas, razão pela qual a tarefa de determinação dos respectivos conteúdos deve ser delegada aos legisladores e administradores, pois os direitos sociais estão sujeitos e dependentes de vicissitudes que nenhum Estado pode ter a pretensão de dominar antecipadamente.²⁸⁵

Ao juiz, segundo Jorge Novais, caberia apenas “*apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual, e se o procedimento seguido pelo poder político para chegar à decisão de prioridades, bem como a respectiva fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional.*”²⁸⁶

Então, só seria reconhecida a última palavra sobre a definição de prioridades se fosse possível apurar, sem violação ao princípio da separação de poderes que, apesar da reserva do possível, o poder político ou a administração poderiam ter concedido a prestação social controvertida, seja por força da irrelevância da questão

²⁸² WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 302.

²⁸³ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012, p.100.

²⁸⁴ GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia, *op. cit.*, pp. 22-23 e 83-84.

²⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 143.

²⁸⁶ *Idem*, p. 117.

financeira, seja por força da extrema premência e urgência da realização do direito social.²⁸⁷

Portanto, no campo do controle judicial das políticas públicas, é preciso distinguir entre politização e ativismo do Judiciário: quando a participação dos tribunais na concretização da política governamental decorre de previsão constitucional e é exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, trata-se de exercício de seu papel político. Enquanto isso, o ativismo se refere ao exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo ordenamento, ao abuso do seu papel político, o que acarreta uma tensão entre os poderes constituídos.²⁸⁸

É cediço que as condições em que a divisão dos poderes e a consequente “neutralização política do Poder Judiciário” floresceram alteraram-se profundamente. Nesse sentido, Tércio Ferraz esclarece que o advento do Estado de bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar pela separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente.²⁸⁹

Ocorre que o surgimento dos direitos sociais exigiu uma “desneutralização política”²⁹⁰ dos juízes, pois perante tais direitos ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (princípio da legalidade), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.²⁹¹

Tendo isso em conta, as críticas feitas à atuação dos juízes nas demandas judiciais que envolvem a realização dos direitos sociais revelam que a atuação dos tribunais nesta matéria tem-se caracterizado pela adoção de um ativismo

²⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 118.

²⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional (tese de titularidade)*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009, pp. 02-03.

²⁸⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”, *Revista da Universidade de São Paulo*, nº 21, março/abril/maio/1994, p. 18.

²⁹⁰ *Idem*, p. 19.

²⁹¹ *Idem*, p. 18.

judiciário patológico, já que subordina os demais poderes constituídos ao seu próprio arbítrio, gerando uma “crise no princípio da harmonia e da separação de poderes.”²⁹²

Segundo Suzana Tavares, a apontada crise “*resulta da complexidade das sociedades atuais e da dificuldade na acomodação sistêmica do direito global, mas essa crise não pode (nem deve) originar um reforço do poder judicial*”, já que é um “*poder sem legitimidade democrática para tomar decisões e cuja metódica, também não lhe permite legitimar-se a partir das novas propostas sistêmicas, tais como: transparência, confiança, especialidade, regulação, cooperação, responsividade, etc.*”²⁹³

Nesta linha, Sarmento vê com “*reticências a sedimentação da visão de que o grande - senão o único - intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário.*” Segundo o autor, tal leitura descartaria a autocontenção judicial, bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos “diálogos interinstitucionais” entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.²⁹⁴

Enfim, a realização dos direitos sociais pela ótica do “garantismo judicial”²⁹⁵ e pelo “reforço da decisão judicial” não é a resposta que se procura no quadro do direito das sociedades plurais e complexas²⁹⁶ e nem é aquela que mais atende as exigências do paradigma da sustentabilidade política.

A seguir, será estudado um modelo que respeita o núcleo essencial do princípio da separação de poderes e promove a concretização dos direitos sociais observando os preceitos da dimensão política da sustentabilidade.

²⁹² SILVA, Suzana Tavares da. Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais, pp. 07-08 (obra cedida pela autora).

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2009, p. 138.

²⁹⁵ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 125.

²⁹⁶ SILVA, Suzana Tavares da. Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais, p. 08 (obra cedida pela autora).

3.2 – Os ditames da sustentabilidade política e a concretização dos direitos sociais

Conforme já exposto no presente trabalho, entre outros objetivos, a sustentabilidade política visa superar a atual crise do princípio da separação de poderes efetuando uma reformulação na relação entre os titulares dos poderes constituídos, propondo uma relação de cooperação horizontal e de diálogo entre eles e a interação destes com a sociedade civil.

Nesse passo, a boa governança, um dos preceitos da sustentabilidade política, prega uma atuação conjunta, colaborativa e coordenada entre os membros dos poderes políticos e entre estes e os demais atores sociais interessados nas políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.

Além disso, a dimensão política da sustentabilidade incentiva a criação de mecanismos de *accountability* que dão condições para a fiscalização recíproca dos atos dos agentes políticos, bem como permitem o efetivo controle social sobre eles, já que exigem dos atores governamentais condutas pautadas na publicidade e na transparência.

Veremos mais adiante que os mecanismos de *accountability* irão fornecer instrumentos valiosos que permitirão aos membros da sociedade avaliarem se o trato da coisa pública observa os princípios da eficiência e da proporcionalidade.

3.2.1 – A boa governança como norteadora da atuação dos atores sociais e a cooperação horizontal entre os poderes constituídos como salvaguarda do princípio da separação de poderes

A governança moderna significa uma forma de governar mais cooperativa, diferente do antigo modelo hierárquico no qual as autoridades estatais exerciam um poder soberano sobre os grupos e os cidadãos que compõem a sociedade civil. Na governança moderna, as instituições estatais e não estatais participam e cooperam na formulação e na aplicação de políticas públicas, caracterizando-se por ser uma fórmula cooperativa de adoção de decisões.²⁹⁷

²⁹⁷ AVILÉS, Maria del Carmen Barranco, *op. cit.*, pp. 166-167.

No modelo da governança, as medidas escolhidas têm um maior respaldo social e, por conseguinte, tornam-se mais eficazes e eficientes para alcançar os objetivos por elas perseguidos, sendo de aplicação oportuna para as políticas públicas voltadas aos direitos sociais.²⁹⁸

A *governance* atua nas zonas limítrofes que separam o Estado e a sociedade, sendo certo que os espaços exclusivos de cada um são cada vez mais difusos. Na verdade, a divisão entre as responsabilidades privadas e as públicas torna-se objeto de uma interação caracterizada por uma relação de interdependência entre os atores públicos e os privados, onde nenhum deles possui informações e conhecimentos necessários para resolver sozinhos os complexos, dinâmicos e diversificados problemas que atingem a sociedade.²⁹⁹

A *good governance* é vista como uma nova técnica para a condução das tarefas públicas do Estado, um “estilo de gestão da administração pública” que facilita a participação de diferentes atores no processo de decisão política. Nesse contexto, segundo Márcia Morikawa, “*a good governance estaria compreendida dentro da técnica de equilíbrio da relação entre Estado, democracia e pluralismo jurídico*”.³⁰⁰

A *good governance* é vista, ainda, como uma terceira via entre as democracias participativa e representativa propondo uma democracia mais aberta à participação da sociedade civil, mais inclusiva, privilegiando o setor social, a pluralidade e promovendo uma cidadania mais ativa.³⁰¹

Apresenta-se, desse modo, como um novo “*princípio jurídico equilibrador, ordenador e integrador de uma sociedade pluralista*”³⁰² que exige da estrutura institucional, sobretudo, medidas políticas e jurídicas que observem a transparência, a *responsiveness* e a *accountability*, dentro de um diálogo inclusivo.³⁰³

²⁹⁸ AVILÉS, Maria del Carmen Barranco, *op. cit.*, pp. 166-167.

²⁹⁹ KOOMAN, Jan, *op. cit.*, p. 04.

³⁰⁰ MORIKAWA, Márcia Mieko. “*Good governance e o desafio institucional da pós-modernidade*”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 84, 2008, pp. 652-653.

³⁰¹ *Idem*, pp. 653-654.

³⁰² *Idem*, p. 667.

³⁰³ *Idem*, p. 670.

No sentido normativo, resta compreendido que a *good governance* promove a inclusão de todos os atores, públicos ou privados, governamentais ou não-governamentais, na tarefa de promoverem os direitos humanos, a democracia e o estado de Direito. Isto implica, por conseguinte, uma adaptação institucional no sentido de esta se moldar conforme o quadro da interação desses novos atores para a prossecução de valores comuns e novas formas de sustentabilidade.³⁰⁴

Significa, ainda, a condução responsável dos assuntos do Estado, não apenas aqueles relacionados ao Governo/Administração, mas também em relação àqueles atos praticados pelos demais poderes do Estado, como o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, insistindo, outrossim, em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação.³⁰⁵

Em vista disso, Canotilho ressalta que a “governança responsável” diz respeito também à “essência do Estado”, já que o desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, envolve como elementos essenciais os direitos humanos, inclusive os direitos os sociais, a democracia assente no Estado de Direito e os sistemas de governo transparente e responsável.³⁰⁶

Por sua vez, Daniel Kauffman sustenta que a boa governança consiste “*no exercício de autoridade através de tradições e instituições formais e informais para o bem comum*” e se divide em três dimensões: (1) o processo de seleção, monitorização e substituição de governos; (2) a capacidade de formular e implementar políticas públicas idôneas e prestar serviços públicos; e (3) o respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles.³⁰⁷

Da exposição feita até aqui, é fácil perceber que a *good governance* aborda vários elementos e interesses que dizem respeito ao funcionamento da

³⁰⁴ MORIKAWA, Márcia Mieko, *op. cit.*, p. 671.

³⁰⁵ CANOTILHO, J.J Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 327.

³⁰⁶ *Idem*, p. 328.

³⁰⁷ KAUFFMAN, Daniel. *Rethinking Governance: Empirical lessons Challenge Orthodoxy*, p. 05. Disponível em: <http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/rethink_gov_stanford.pdf>. Acesso em 27.04.2015.

Administração Pública, notadamente em relação à alocação de recursos públicos para o desenvolvimento social e econômico de uma sociedade.³⁰⁸

A boa governança enfatiza questões com repercussões politicamente fortes envolvendo governabilidade, responsabilidade e legitimação. Além de ter como foco principal a capacidade do Estado em gerir seus recursos, a boa governança toca, também, na essência do Estado voltado para o desenvolvimento sustentável e para o respeito aos direitos humanos, dentre eles os direitos sociais.³⁰⁹

Este modelo de atuação do agir político é visto como um meio que possibilita aos cidadãos reivindicarem seus direitos fundamentais, pois prega a participação, a transparência e a responsabilidade dos agentes públicos no trato da coisa pública. É também efetivo e equitativo, já que garante que as prioridades políticas, sociais e econômicas sejam baseadas num amplo consenso extraído da sociedade em que, até mesmo, as vozes dos mais vulneráveis são ouvidas na tomada de decisões que envolvem a alocação de recursos públicos.³¹⁰

Diante disso, Canotilho afirma que este novo esquema político-estatal está centrado nos atores sociais mais importantes onde se destacam novas formas institucionalizadas de cooperação e comunicação entre eles e os interesses politicamente organizados, por um lado, e o Estado ou as organizações políticas estatais, pelo outro.³¹¹

O constitucionalista português ressalta, então, que neste novo modo de direção do agir político “*é absolutamente necessário dar centralidade regulativa aos sistemas de interação sociais através dos seus atores individuais e coletivos*”. Sendo certo afirmar que a cooperação na direção política e a direção política através da

³⁰⁸KOCH, Ida Elisabeth. *Good governance and the implementation of economic, social and cultural rights*. In: SANO, Hans-Otto; GUDMUNDUR, Alfredsson (ed.). *Human rights and good governance: building bridges*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 74.

³⁰⁹WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 258.

³¹⁰KOCH, Ida Elisabeth, *op. cit.*, pp. 85-86.

³¹¹CANOTILHO, J. J. Gomes. A governança do terceiro capitalismo e a constituição social: considerações preambulares. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lênio Luiz (coord.). *Entre discursos e culturas jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 153-154.

cooperação abrem caminho para uma mudança paradigmática na realização de tarefas políticas que visam promover o bem comum.³¹²

Nesse passo, podemos citar como exemplos de medidas que visam concretizar os preceitos da boa governança a realização de audiências públicas com a presença de representantes dos diversos segmentos da sociedade e o incentivo à efetiva participação popular na elaboração dos orçamentos, mormente no que toca à alocação dos recursos públicos para as políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais.

Tais iniciativas, além de viabilizarem o diálogo entre os atores governamentais e não governamentais, dividem as responsabilidades entre eles, impedindo que os desacertos das políticas públicas sejam direcionados apenas aos membros do Governo e/ou da Administração Pública.³¹³

Outrossim, no que tange à relação travada entre os membros dos poderes constituídos, Möllers introduz a ideia de “cooperação horizontal” entre eles no procedimento de formulação das decisões políticas fundamentais, de modo que a harmonia e a divisão de competências entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam preservadas.³¹⁴

Nesse passo, sustenta que não há que se falar em hierarquia ou subordinação entre os membros dos poderes constituídos. Em razão disso, esclarece que a relação entre eles é baseada numa estrutura cíclica na qual o poder Executivo implementa e concretiza as decisões do Poder Legislativo, dando-lhes maior densidade normativa, e o Poder Judiciário, por sua vez, verifica se as decisões tomadas pelos poderes anteriores violam, em determinado caso concreto, os direitos fundamentais de determinado indivíduo.

³¹²CANOTILHO, J. J. Gomes. A governança do terceiro capitalismo e a constituição social: considerações preambulares. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lênio Luiz (coord.). Entre discursos e culturas jurídicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 154.

³¹³AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

³¹⁴MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 147.

Aponta, assim, que entre os poderes constituídos existe uma relação de contínua concretização das normas jurídicas produzidas no processo político-decisório.³¹⁵

Möllers adverte, no entanto, que cada um dos poderes possui um espaço próprio de atuação. Quando o Judiciário analisa num caso concreto se algum direito ou liberdade fundamental está sendo violado não analisa apenas um caso individual. Estão em jogo, também, as liberdades e os direitos das outras pessoas da comunidade. Em razão disso, os tribunais devem ter comprometimento com as opções políticas adotadas pelos órgãos eleitos num contexto onde foi possível uma avaliação global dos interesses legítimos em jogo e a oitiva dos *stakeholders*.³¹⁶

Na esteira desse novo modelo ganha força a teoria do diálogo institucional que defende que não deve haver competição ou conflito entre os poderes pela palavra final do processo político-decisório, e sim um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado das normas constitucionais.³¹⁷

Aliás, a teoria do diálogo institucional tem muito a contribuir ao discurso de legitimidade da tutela judicial para o controle de direitos sociais, porquanto diminui as imensas expectativas depositadas nos ombros do Poder Judiciário quando apela para que a proteção dos direitos sociais seja implementada por meio de técnicas de controle mais fracas.³¹⁸

Assim, a concepção do papel dos tribunais nas sociedades democráticas pode ser expandida para incluir a função de parceria na elaboração e na implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais, por

³¹⁵MÖLLERS, Christoph, *op. cit.*, pp. 106-108.

³¹⁶*Idem*, pp. 134-139. Neste sentido, cf. também: SILVA, Suzana Tavares da. Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais, p. 07 (obra cedida pela autora).

³¹⁷SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de Direito Constitucional, 3ªed., Salvador, Editora JusPodium, 2010, pp. 18-19.

³¹⁸*Idem*, p. 47.

meio do reconhecimento de uma barganha contínua sobre a discussão acerca da problemática da utilização de recursos escassos pelo Estado.³¹⁹

A partir daí, para que sejam aceitas as pretensões dos direitos humanos, incluindo os direitos sociais, os argumentos em seu prol devem passar por um debate público, racional, aberto e imparcial, alcançando um certo consenso na sociedade.³²⁰

Em resumo, as ideias de “diálogo inclusivo” e da “multiparticipação” de diversos atores sociais parecem se encaixar perfeitamente com a proposta da *good governance* como princípio jurídico ordenador de uma sociedade empenhada na prossecução de valores comuns e na reunião de esforços para alcançar uma sociedade sustentável.³²¹

A boa governança, portanto, acentua a capacidade e a responsabilidade de outras instituições, e não apenas os tribunais, na prossecução e na realização de valores humanos, de democracia, de justiça e da dignidade humana.³²²

3.2.2 – Os mecanismos de *accountability* na fiscalização do agir político

A *accountability* pode ser entendida como o dever dos representantes políticos de responderem por suas decisões quando questionados pelos eleitores ou por instituições de controle, públicas ou privadas. Em breve síntese, pode ser traduzida como o dever que os agentes públicos possuem de prestar contas dos seus atos.³²³

É a obrigação legal e ética que tem um governante de informar aos seus governados sobre a utilização dos recursos públicos que lhes foram fornecidos pelo povo para serem empregados em benefício do interesse público. Este

³¹⁹ SOUZA, Jorge Munhós de, *op. cit.*, p. 48.

³²⁰ SEN, Amartya, *op. cit.*, pp. 414-419.

³²¹ MORIKAWA, Márcia Meiko, *op. cit.*, p. 678.

³²² *Idem*, pp. 679-680.

³²³ LORENCINI, Bruno César. A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob o paradigma da *democratic responsiveness*. Tese de doutorado apresentada em regime de dupla titulação à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e à Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca sob a orientação da Prof. Dra. Mônica Herman Salem Caggiano e da Prof. Dra. Pilar Jiménez Tello, São Paulo, [s.n], 2013, p. 193.

conceito implica o dever de todo agente público de prestar contas do desenvolvimento da sua gestão, notadamente no que toca ao cumprimento das metas de eficiência e eficácia.³²⁴

Da definição acima é possível apontar a existência de mecanismos verticais e horizontais de *accountability*. Estes dizem respeito aos processos de responsabilidade que envolvem sujeitos ou entidades posicionadas nos mesmos níveis de poder (v.g Tribunais de Contas, Poder Judiciário, Ministério Público, etc), enquanto aqueles operam quando os sujeitos da relação encontram-se em patamares diferentes de poder.³²⁵

Vale ressaltar que ambos os mecanismos são extremamente importantes para o funcionamento de um regime democrático e devem ser objeto de intensa interação. A partir do controle feito por um mecanismo de *accountability* horizontal, é possível que dados e informações sobre determinada gestão pública passem a ser de conhecimento de toda a sociedade e, a partir daí, aqueles que exercem mecanismos de *accountability* vertical podem ser instados a agir.³²⁶

Em relação aos detentores do poder político, o dever de prestação de contas corresponderia, basicamente, a três condutas: a) informar; b) justificar; e c) punir ou compensar. A *accountability* abarca, então, um conjunto de obrigações que envolvem os deveres de informação e justificação imputáveis aos sujeitos políticos, diretamente relacionados às exigências de transparência na atividade política.³²⁷

Para que tais obrigações possam ser plenamente exigíveis devem ser estabelecidas, obrigatoriamente, por normas previstas na Constituição, nas leis ou mesmo nos regulamentos, ou seja, devem ter a natureza de deveres jurídicos, passíveis de controle judicial. Além disso, devem observar a necessária publicidade das informações e justificativas, atendendo, ainda, aos requisitos de correção e objetividade.³²⁸

³²⁴ LENARDÓN, Fernando Roberto. “*Administración pública, control social y eficiencia*”, Enfoques, vol. XIX, 1-2, 2007, pp. 66-68.

³²⁵ LORENCINI, Bruno César, *op. cit.*, p. 193.

³²⁶ O'DONNELL, Guillermo. “*Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*”, Isonomía, nº 14, abril/2001, pp. 24-26.

³²⁷ LORENCINI, Bruno César, *op. cit.*, pp. 195-196.

³²⁸ *Idem*, pp. 196-197.

Tais requisitos são imprescindíveis, pois a transparência e a informação são essenciais para a participação dos cidadãos na vida em sociedade e, por conseguinte, para o exercício do controle social. Sem elas não há diálogo entre os cidadãos e o governo, propiciando a corrupção e o abuso de poder no exercício do poder político.³²⁹

Nesse passo, a *accountability* alerta aos agentes responsáveis pela tomada de decisões políticas que eles não possuem autonomia ilimitada e devem justificar suas ações aos setores da sociedade afetados por elas. Os *stakeholders*, por sua vez, devem estar aptos a avaliar os acertos ou os desacertos das medidas tomadas e punir aquele que apresentar uma performance deficiente através de alguns mecanismos, tais como destituições dos cargos, retirada de apoio político, responsabilização legal, entre outros.³³⁰

Tradicionalmente, nos principais sistemas democráticos encontramos três regimes oficiais de *accountability* que podem ser classificados, conforme o âmbito em que eles operam, em: legais, políticos e administrativos.³³¹ O princípio da separação de poderes, o reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos e o sistema de *checks and balances* de controle dos poderes constituídos são formas legais de *accountability* do exercício do poder político.³³²

Já as formas de *accountability* política estão relacionadas com a capacidade das políticas governamentais atenderem as expectativas do eleitorado (*responsiveness*). A *accountability* política está intimamente ligada ao conceito de democracia representativa, de modo que os agentes políticos são responsáveis politicamente se os cidadãos possuem meios para puni-los, caso exerçam suas funções de

³²⁹ KOCH, Ida Elisabeth, *op. cit.*, p. 89.

³³⁰ HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI; Mathias (ed.). *Introduction*. In: *Global governance and public accountability*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, p. 03.

³³¹ MASHAW, Jerry L. “*Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*”, Revista Direito FGV, especial 1, 2005, p. 154.

³³² PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Social accountability: an introduction*. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina (ed.). *Enforcing the rule of Law: social accountability in the new latin American democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006, p. 05.

forma irresponsável e/ou ilegítima. Nos mecanismos de *accountability* política, o foco está na vontade do eleitorado.³³³

Todavia, as referidas formas tradicionais de *accountability* são de eficácia questionável, pois possuem limitações intrínsecas que impedem a adequada responsabilização dos agentes públicos. Em relação à *accountability* política, Jerry Mashaw afirma que, em muitas ocasiões, a relação entre os anseios do eleitorado e os resultados do processo legislativo é fraca. As preferências heterogêneas dos cidadãos aliadas às incertezas sobre a adequação das ações tomadas pelos administradores de forma discricionária tornam singelo o exercício do controle democrático do cidadão-eleitor sobre a atuação dos seus representantes políticos.³³⁴

Em razão disso, ganha especial relevância o fortalecimento de formas de *accountability* oriundas da sociedade civil organizada e da própria mídia.³³⁵ A *accountability* social caracteriza-se por ser um mecanismo vertical de controle das autoridades políticas onde os membros e as instituições da sociedade civil organizada monitoram os agentes públicos, denunciando eventuais transgressões às entidades de controle horizontal do poder político (v.g. Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público e etc), bem como mobilizando manifestações no próprio seio social.³³⁶

Os mecanismos de *accountability* social possuem grande potencial para efetuarem o controle efetivo das ações governamentais, já que a interação com as instituições oficiais de fiscalização permite um controle mais eficiente do exercício do poder político e a responsabilização dos agentes públicos.³³⁷

No que tange à Administração Pública, os mecanismos de *accountability* podem ser utilizados no controle do exercício das funções delegadas aos agentes públicos. Através dos instrumentos de *accountability* é possível monitorar se o atendimento às necessidades mais prementes da coletividade é objeto da ação pública, se o montante dos recursos públicos empregados em tais ações é suficiente e alocado

³³³ PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina, *op. cit.*, p. 06.

³³⁴ MASHAW, Jerry L., *op. cit.*, p. 155.

³³⁵ PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina, *op. cit.*, pp. 06-10.

³³⁶ *Idem*, p. 10.

³³⁷ *Idem*, p. 26.

corretamente e, ainda, se a atuação da Administração Pública atende os procedimentos legais, a eficiência (obtenção máxima dos resultados com o menor emprego de recursos) e a eficácia, ou seja, se satisfaz as necessidades da coletividade.³³⁸

Desse modo, não basta verificar se o agente público cumpriu seu ofício com regularidade. Na verdade, passam a ser aferidos o comprometimento, a dedicação e a responsabilidade do administrador público para a consecução dos resultados pretendidos pelas tarefas executadas.³³⁹ Busca-se avaliar, então, se as decisões dos órgãos políticos estão sendo implementadas de modo eficaz e eficiente e se criam algum valor para a coletividade. Não se trata de discutir o mérito ou a adequação do objetivo político, e sim fazer uma análise crítica das medidas tomadas, verificando se são idôneas para alcançar o resultado pretendido.³⁴⁰

Tal tipo de controle exercido sobre a política pública executada pela Administração Pública, geralmente, é realizado quando ela já está em curso ou concluída, o que não exclui a possibilidade de se extrair dados e informações valiosos que podem vir a ser utilizados em futuros programas governamentais.³⁴¹

Na perspectiva do tema central do presente estudo, é possível afirmar que a *accountability* e os mecanismos que lhe são inerentes têm o potencial de promover a fiscalização e o controle das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.

Daqui em diante centraremos nossa atenção em dois mecanismos horizontais de *accountability*: i) o controle judicial de proporcionalidade das medidas políticas concretizadoras dos direitos sociais; e ii) o controle de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos exercido pelos Tribunais de Contas.

³³⁸ MONTEDURO, Fabio. *Evoluzione ed effetti dell'accountability nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Maggioli Editore, 2012, p. 16.

³³⁹ CESARE, Francesco Paolo. "Indirizzo, controllo ed accountability nella pubblica amministrazione italiana", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 1999, p. 808.

³⁴⁰ MONTEDURO, Fabio, *op. cit.*, p. 89.

³⁴¹ *Idem*, p. 90.

3.3 - As vias para o controle das opções políticas concretizadoras dos direitos sociais

3.3.1. O controle judicial de proporcionalidade das medidas políticas concretizadoras dos direitos sociais

O Poder Judiciário quando realiza o controle das medidas tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo é visto como um mecanismo horizontal de *accountability*. Conforme a distinção já feita no presente trabalho, quando a participação dos tribunais na fiscalização das políticas governamentais decorre de previsão constitucional e é exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos trata-se de exercício de seu papel político, não podendo ser caracterizado como um ativismo patológico.

Dessa forma, quando alguma política pública concretizadora de determinado direito social está sob a análise do *judicial review*, os agentes públicos não são convocados apenas para justificar o acerto das medidas tomadas por eles perante à lei, mas também são instados a explicar os motivos pelos quais optaram por seguir determinada via.³⁴²

Sendo assim, resta perquirir qual seria o critério a ser utilizado pelos tribunais no exercício desta função, de modo que atendam aos preceitos da sustentabilidade política, mais precisamente da *good governance* (cooperação, diálogo, etc), respeitem o núcleo essencial do princípio da separação de poderes e dêem efetiva proteção aos direitos sociais.

Aliás, o grande desafio para os tribunais é desenvolver parâmetros apropriados para adjudicar as obrigações decorrentes dos direitos sociais, principalmente aqueles que demandam planejamento estratégico do Estado.³⁴³

Diante disso, John Ely sustenta que as Cortes deveriam apenas avaliar o processo de formação da política pública. Neste caso, os juízes deveriam fiscalizar se todos, inclusive aqueles mais vulneráveis, tiveram condições iguais de participar e influenciar no processo de formação das decisões políticas. Adota, desse modo,

³⁴² MASHAW, Jerry L., *op. cit.*, p. 168.

³⁴³ PALMER, Ellie. *Judicial review, socio-economic rights and the human rights act*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 26.

uma concepção minimalista do papel dos juizes, já que não admite que estes façam juízos de valor sobre o mérito das decisões tomadas pelos agentes eleitos democraticamente.³⁴⁴

Ellie Palmer, por sua vez, ao tratar do tema, cita casos julgados pela *House of Lords* do Reino Unido onde a alocação de recursos públicos destinados às políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais foi abordada por aquela Corte pelo viés da teoria “*ultra vires*”, segundo a qual os tribunais poderiam fiscalizar e anular medidas que violassem de forma intencional e manifestamente abusiva as normas protetoras dos direitos sociais.³⁴⁵

Ocorre que os parâmetros de conduta judicial sugeridos acima geram uma postura de excessiva deferência dos tribunais frente aos órgãos políticos, restringindo a função que o Poder Judiciário possui de fiscalizar se o agir político observa as finalidades constitucionais.

Assim, a doutrina constitucionalista que se debruça sobre o tema em estudo aponta que o princípio da proporcionalidade que, certamente, “*é o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controle judicial dos atos do poder público, sejam legislativos ou executivos*”³⁴⁶, pode também se invocado como critério de ponderação a ser utilizado pelos tribunais na avaliação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.³⁴⁷

Nesta seara, o princípio da proporcionalidade pode assumir uma função defensiva, de proteção dos direitos sociais contra restrições e/ou supressões, e uma função criativa como critério de auxílio para que o intérprete possa alcançar o conteúdo de uma norma de direito social quando esta for objeto de ponderação com outras normas ou interesses protegidos constitucionalmente.³⁴⁸

³⁴⁴ ELY, John Hart, *op. cit.*, pp. 100-103.

³⁴⁵ PALMER, Ellie, *op. cit.*, pp. 162-164.

³⁴⁶ SILVA, Suzana Tavares de. “O *tetralema* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 88, 2013, p. 639.

³⁴⁷ CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. “*Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation*”, *International Journal of Constitutional law*, vol. 10, nº 3, 2012, p. 661.

³⁴⁸ *Idem*, p. 665.

No tocante às eventuais medidas restritivas, seguindo a metódica tradicional do triplo teste da proporcionalidade desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, avalia-se a adequação da medida tomada e os fins por ela perseguidos, a necessidade dela, isto é, a impossibilidade de ser substituída por outra menos gravosa e, finalmente, se a medida não é demasiado gravosa em comparação com as vantagens do resultado pretendido (proporcionalidade em sentido restrito).³⁴⁹

Por outro lado, na sua dimensão criativa, o princípio da proporcionalidade dita os passos a serem seguidos na ponderação entre a norma de direito social, cujo conteúdo é fluido e flexível, e as demais normas constitucionais em jogo.³⁵⁰ Assim, ao lado do princípio da concordância prática, o filtro da proporcionalidade evita que às normas veiculadoras de direitos sociais seja atribuído um caráter absoluto.

Então, as opções políticas que envolvem a concretização dos direitos sociais passam a ser avaliadas sob o crivo do princípio da proporcionalidade, o que viabiliza a expansão do espaço de intervenção da autoridade judiciária, permitindo-lhe analisar as medidas tomadas para a concretização dos direitos sociais e a adequada ponderação dos aspectos sociais, financeiros e políticos.³⁵¹

Na verdade, o paradigma da proporcionalidade funciona como um mecanismo de dupla restrição, já que limita a tanto atuação dos tribunais como a dos agentes políticos na concretização dos direitos sociais. Isto porque os agentes políticos têm a obrigação de respeitar a proporcionalidade quando editam seus atos, enquanto os tribunais avaliam tais decisões através de uma particular linha de fundamentação, qual seja, a própria proporcionalidade.³⁵²

O paradigma da proporcionalidade permite, portanto, a interação e o diálogo entre juízes e agentes políticos viabilizando que o debate sobre as políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais torne-se público. Através desse canal

³⁴⁹SILVA, Suzana Tavares de. “O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 88, 2013, p. 643-644.

³⁵⁰CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene, *op. cit.*, p. 668-669.

³⁵¹*Idem*, p. 667.

³⁵²*Idem*, p. 668.

de comunicação, o Poder Judiciário exerce o seu dever constitucional de lembrar aos agentes políticos os compromissos constitucionais aos quais estão vinculados, indicando, ainda, os meios menos onerosos para atingir seus objetivos.³⁵³

Ao proceder desse modo os juízes não violam o princípio da separação de poderes, já que pelo teste da proporcionalidade não invadem as competências dos demais poderes constituídos, pois quando declaram determinada decisão política inconstitucional, por exemplo, apenas demonstram aos agentes políticos que estes não adotaram medidas justas seja para promover, seja para restringir determinado direito social.³⁵⁴

Vale ressaltar, todavia, que o princípio da proporcionalidade, enquanto parâmetro utilizado na juridicização de políticas públicas, deve ser complementado com o princípio da razoabilidade, mais ajustado ao controle do exercício de poderes ou competências, ou com o princípio da necessidade, nos casos em que o controle de atos normativos do Poder Executivo requeira a exigência de um nível mais elevado de qualidade do exercício da função governativa (v.g observância dos princípios da sustentabilidade, solidariedade intergeracional e eficiência)³⁵⁵.

Segundo Suzana Tavares, a proporcionalidade é um parâmetro que deve ser utilizado para avaliar uma medida concreta ou ato normativo quando o órgão de controle não tem legitimidade para se substituir, por limitações funcionais, na decisão objeto de avaliação. Desta forma, “*a sua análise para ser legítima, tem de limitar-se a um juízo de ‘clareza’, ‘evidência’, ‘percepção racional’ da violação dos parâmetros*”, ou seja, num controle de razoabilidade.³⁵⁶

Por sua vez, Jorge Novais reconhece o teste de razoabilidade como parâmetro autônomo em relação ao princípio da proporcionalidade, podendo ainda ser relacionado ao princípio da “proibição do déficit”, conforme a aplicação que lhe vem

³⁵³ CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene, *op. cit.*, p. 669.

³⁵⁴ *Idem*, p. 673.

³⁵⁵ SILVA, Suzana Tavares de. “O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 88, 2013, p. 677-678.

³⁵⁶ *Idem*, p. 677.

sendo dada pela Corte Constitucional da África do Sul nas suas decisões em torno da efetivação dos direitos sociais.³⁵⁷

O autor português esclarece que o princípio da razoabilidade tal como interpretado pelo Tribunal Constitucional sul-africano, não significa uma exigência de escolha da melhor, da mais barata ou da medida ótima para realizar um dado objetivo social. Segundo o citado autor, “*basta, portanto, para a conformidade de uma dada escolha com o parâmetro constitucional da razoabilidade, que haja uma relação racionalmente sustentável entre meios e objetivos, que o plano ou programa governamental possam ser justificados racionalmente em função dos fins sociais a atingir*”.³⁵⁸

Com essa postura o Tribunal sul-africano atribui uma ampla margem de apreciação ao poder político, reservando-se, apenas, a tarefa de verificar se a opção do legislador ou do poder político cabe dentro desse espectro, se não é desrazoável. Desse modo, o referido parâmetro seria um teste de racionalidade e de evidência sobre a concretização dos direitos sociais pelos órgãos políticos.³⁵⁹

Há um enfoque no controle da razoabilidade das medidas ou do sistema governamental de programação da realização progressiva dos direitos sociais, mas que não se limita à verificação da existência ou ausência de fundamentação racional das opções e prioridades politicamente definidas pelo Poder público como critério de decisão do caso.³⁶⁰

O *leading case* em que tal parâmetro foi invocado foi o caso *Grootboom*³⁶¹. Este caso surgiu quando uma comunidade de centenas de famílias muito pobres, que viviam em condições degradantes e na iminência de deterioração em razão da época de chuvas, invadiu uma propriedade privada desocupada e nela construiu habitações rudimentares. O proprietário obteve decisão judicial para reintegrá-lo na posse da referida área, resultando na desocupação da área pela Sra. Irene Grootboom e pelos demais

³⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 220.

³⁵⁸ *Idem*, p. 213.

³⁵⁹ *Idem*, p. 213-215.

³⁶⁰ *Idem*, p. 216.

³⁶¹ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>. Acesso em 02.06.2015.

integrantes daquela comunidade que foram alojados em estruturas provisórias num campo de futebol. Em vista disso, o grupo ajuizou uma ação judicial invocando o direito constitucional à moradia ou habitação. Ao apreciar o pedido, a Corte Constitucional sul-africana julgou-o procedente considerando que o programa nacional de habitação era desrazoável, pois embora fosse orientado para a resolução progressiva no tempo do problema muito grave de moradia na África do Sul, não providenciava, num curto prazo, qualquer solução temporária aceitável aos cidadãos que se encontravam em situação crítica de emergência. Diante disso, a Corte Constitucional sul-africana determinou que o Governo elaborasse novos programas de realização urgente com as perspectivas e prioridades próprias, atribuindo a um órgão técnico independente de reconhecida expertise em matéria de direitos sociais a tarefa de supervisionar a elaboração e a implementação do novo programa habitacional.

Com tal padrão de controle judicial a Corte Constitucional sul-africana deslocou o foco para a situação objetiva de desproteção causada pela omissão estatal, estendendo o controle de razoabilidade não apenas às medidas, programas e justificações governamentais, mas também à situação objetiva em que a omissão de prestação concreta e imediata deixava os titulares do direito. Nas palavras de Jorge Novais, trata-se de *“uma nova exigência de razoabilidade, segundo a qual a racionalidade da fundamentação governamental é insuficiente se o Estado não atende aos que se encontram numa situação de perigo e emergência e se essa omissão deixa aos cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito, notadamente à luz das exigências da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade”*.³⁶²

Cass Sunstein ao comentar o caso *Grootboom* exalta que a Corte sul-africana estabeleceu uma abordagem nova e promissora para a proteção judicial dos direitos sociais. Tal abordagem exige mais atenção para o estabelecimento das prioridades sensíveis, mas sem a obrigatoriedade de proteção para cada pessoa cujos direitos sociais estão em risco. Segundo o autor americano, a virtude da abordagem do Tribunal é que foi respeitoso com as prerrogativas democráticas e com a natureza limitada

³⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 217-218.

dos recursos públicos, sem colocar os tribunais constitucionais em um papel gerencial inaceitável.³⁶³

Christian Courtis ressalta que a Corte Constitucional sul-africana, sob o filtro da razoabilidade, estabeleceu três elementos que deveriam ser considerados pelas autoridades daquele país para o cumprimento das obrigações relacionadas ao direito à moradia: 1) a necessidade de tomar medidas legislativas razoáveis; 2) a necessidade de alcançar a progressiva realização do direito; e 3) o requisito de utilizar os recursos disponíveis.³⁶⁴

É conveniente frisar que o Tribunal sul-africano, mesmo reconhecendo que a política de habitação desenvolvida pelo Governo era desrazoável, não afirmou a existência de uma dimensão subjetiva ao direito social em jogo, ou seja, não foi possível exigir individualmente quaisquer prestações positivas. O que houve foi um controle judicial voltado ao exame da razoabilidade das políticas públicas implementadas para realizar os direitos sociais (dimensão objetiva).³⁶⁵

Além da África do Sul, as Cortes de outros países como França, Alemanha, Grécia, Letônia, Hungria, Índia, Argentina e Canadá vêm invocando o princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade como critério a ser utilizado na avaliação da constitucionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais.³⁶⁶

No cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal também já recorreu às regras de proporcionalidade e de razoabilidade para admitir que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais só deve

³⁶³SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: what constitutions do*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 221-222.

³⁶⁴COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 507.

³⁶⁵SARMENTO, 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, 2010, p. 566.

³⁶⁶ Para um breve relato de casos julgados pelas Cortes dos países citados, cf.: CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene, *op. cit.*, pp. 676-684.

ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade das decisões tomadas pelos agentes políticos.³⁶⁷

O tema também não é estranho à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR) que possui julgados nos quais afirma que o direito à educação³⁶⁸ não é absoluto, podendo sofrer limitações, desde que sejam observadas as exigências do princípio da proporcionalidade.³⁶⁹

Diante disso, apesar das diferenças de aplicação, tanto a razoabilidade como a proporcionalidade impõem diretrizes a serem seguidas para a definição do conteúdo dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, criam um contexto de diálogo entre juízes e agentes políticos.³⁷⁰

Sendo assim, pode-se afirmar que o controle judicial de proporcionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais atende aos ditames da sustentabilidade política, notadamente a *good governance*, preserva o núcleo

³⁶⁷ Nesse sentido, cumpre citar o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello nos autos da ADPF nº 45: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do 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 substancializador de um conjunto irreduzível de condições 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 um 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.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas, 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 133-138.

³⁶⁸ O direito à educação está previsto no art. 2º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem.

³⁶⁹ Cf. *Tarantino and others v. Italy*, nos. 25851/09; 29284/09, 64090/09, §§ 44 e 45, ECHR 2013; *Velyo Velyev v. Bulgaria*, nº 16032/07, §32, ECHR 2014.

³⁷⁰ CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene, *op. cit.*, pp. 675-676.

essencial do princípio da separação de poderes e impede a “aproximação absolutista” na interpretação das normas veiculadoras dos direitos sociais.

Isto posto, a seguir resta investigar qual é o âmbito processual mais adequado para que os tribunais possam avaliar a proporcionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais.

3.3.1.1 A fiscalização abstrata de constitucionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais

A doutrina constitucionalista que vem se debruçando sobre o tema é uníssona em afirmar que o controle judicial de proporcionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais deve ser feito, preferencialmente, pelas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade.³⁷¹

Oswaldo Canela sustenta que, caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Poder Judiciário exercer a fiscalização de constitucionalidade dos seus atos. Argumenta o citado autor que os “núcleos constitucionais de irradiação” são comandos dirigidos exclusivamente aos membros dos poderes Legislativo e Executivo, não constituindo competência constitucional primária dos tribunais, salvo se as exigências contidas nas constituições não forem observadas pelos detentores daqueles poderes.³⁷²

Andreas Krell, por sua vez, defende que uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias por ação direta de inconstitucionalidade toda vez que houvesse violação de dispositivos constitucionais³⁷³.

³⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito às prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 816/817.

³⁷² CANELA JUNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais por intermédio do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Kazuo Watanabe, São Paulo, [s.n], 2009, p. 73.

³⁷³ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um Direito Constitucional comparado, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 102.

Enquanto isso, Ana Paula de Barcellos afirma que destinar recursos para determinadas finalidades específicas constitui uma regra constitucional cuja inobservância gera invalidade que deve poder ser sanada ou por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou por meio de arguição por descumprimento de preceito fundamental, em qualquer dos casos perante o Supremo Tribunal Federal.³⁷⁴

Já Canotilho e Vital Moreira afirmam que a lei do orçamento é uma lei, quer em sentido formal quer em sentido material, que possui uma eficácia interna nas relações com o Governo e uma eficácia externa em relação aos particulares. Segundo os constitucionalistas portugueses, embora a lei do orçamento não garanta aos particulares qualquer direito subjetivo aos meios financeiros nele previstos, transportam dimensões relevantes, mesmo quanto aos particulares, quando “*a lei do orçamento encobrir políticas inconstitucionais por violação grosseira dos preceitos constitucionais (v.g verbas manifestamente insuficientes para a manutenção do sistema de saúde)*.”³⁷⁵

Cumpram também mencionar que o Tribunal Constitucional português, para efeitos de fiscalização de constitucionalidade, desenvolveu um “conceito funcional”³⁷⁶ de norma jurídica que abrange qualquer ato do poder público que contiver uma regra de conduta para os particulares ou para a Administração, o que não abrangeria somente os preceitos de natureza geral e abstrata, mas também as normas públicas, de eficácia externa, independentemente do seu caráter geral e abstrato ou individual e concreto. No entanto, deve estar presente um ato normativo público, e não um ato administrativo propriamente dito ou um ato político.³⁷⁷

Aliás, recentemente, o Tribunal Constitucional português apreciou, em sede fiscalização abstrata, a constitucionalidade de alguns pontos das leis do Orçamento do Estado referentes aos anos de 2011, 2012 e 2013.

³⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 817.

³⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 1120.

³⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, tomo I, Lisboa, Coimbra Editora 2002, pp. 461-462.

³⁷⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 68-69.

No Acórdão n.º 187/2013³⁷⁸, por exemplo, o Tribunal Constitucional invocou a garantia do mínimo de existência condigna e os arts. 59, n.º 1, alíneas, e) e f) e 63, n.º 3.º da Constituição portuguesa para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da lei do Orçamento do Estado de 2013 que previa a sujeição dos beneficiários de prestações do sistema previdenciário a uma contribuição de 5% sobre o montante dos subsídios concedidos por doença e de 6% sobre o montante de subsídios concedidos em caso de desemprego.

Cumprir registrar, ainda, que ao analisar a lei do Orçamento do Estado de 2012 no Acórdão n.º 353/2012³⁷⁹, o Tribunal Constitucional português lançou mão do princípio da igualdade para concluir que: *“as normas que prevêm a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, durante os anos de 2012 a 2014, violam o princípio da igualdade, na dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos, consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa.”*.

Já no Acórdão n.º 396/2011³⁸⁰, o Tribunal Constitucional português não reputou inconstitucional o dispositivo da lei do Orçamento do Estado de 2011 que previa reduções nas remunerações dos funcionários públicos portugueses.

Sendo assim, diante do que é defendido pelos eminentes constitucionalistas lusitanos e da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Constitucional português, nas hipóteses em que as decisões políticas contidas no orçamento se apresentarem manifestamente contrárias à Constituição portuguesa, poderão ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português.

Noutro giro, embora não façam referência específica ao controle de constitucionalidade dos atos oriundos dos órgãos políticos que elaboram o orçamento e definem o destino das verbas públicas, há precedentes no Supremo Tribunal

³⁷⁸Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em 30.05.2015.

³⁷⁹Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 30.05.2015.

³⁸⁰Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em 30.05.2015.

Federal brasileiro admitindo a fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis orçamentárias, desde que a controvérsia constitucional seja suscitada em caráter abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato do seu objeto.³⁸¹

O Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal ao comentar os fundamentos do acórdão de um dos precedentes (ADI nº 4048), ressalta que o constituinte brasileiro houve por bem não distinguir entre leis dotadas de generalidade e leis de efeitos concretos. Prossegue esclarecendo que *“as leis formais decorrem da vontade do próprio legislador ou do próprio constituinte que exige que determinados atos, ainda que de efeitos concretos, sejam editados sob a forma de lei (por exemplo, lei do orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública) e conclui da seguinte forma: “se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, provavelmente, de qualquer forma de controle.”*³⁸²

Em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, trata-se de ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade cuja competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal brasileiro e tem como um dos seus objetos evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, caput da Lei nº 9.882/99). O seu objeto é mais amplo do que em relação à ação direta de inconstitucionalidade, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos atos dos três níveis de poder.³⁸³

Os legitimados para a sua propositura são os mesmos para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I da Lei nº 9.882/99). Na expressão *“preceito*

³⁸¹Cf. ADI nº 4048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em 31.05.2015 e ADI nº 2925. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266953>>. Acesso em 31.05.2015.

³⁸²MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 102.

³⁸³BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 220.

fundamental”, embora não haja uma definição expressa na Lei Federal nº 9.882/99 ou na Constituição brasileira acerca do seu conteúdo, estão abrangidos os fundamentos e objetivos da República, entre eles a dignidade da pessoa humana, as decisões políticas fundamentais e os direitos fundamentais.³⁸⁴

Quanto aos efeitos da decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ela terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99). Já os efeitos objetivos serão análogos aos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, a decretação de nulidade do ato, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10, § 1º da Lei nº 9.882/99).

Diante disso, a arguição por descumprimento de preceito fundamental, que não possui previsão idêntica ou semelhante na ordem constitucional portuguesa, também pode se revelar um importante instrumento a ser usado pela jurisdição constitucional brasileira para realizar o controle da concretização dos direitos sociais pelos órgãos políticos, inclusive analisando as decisões alocativas de recursos contidas no orçamento. Aliás, apesar de ter sido por intermédio de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, o tema já teve a oportunidade de ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme o seguinte trecho da referida decisão: *”não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos*

³⁸⁴BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 222.

os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas.”³⁸⁵

Evidentemente, é inegável que o exame abstrato da constitucionalidade das decisões dos órgãos políticos que definem as prioridades e o montante de recursos públicos a serem empregados nas políticas públicas materializadoras dos direitos sociais deve ser utilizado *cum grano salis*, sob pena de violar o núcleo essencial do princípio da separação de poderes, o princípio democrático e o pluralismo de ideologias políticas, pois os órgãos políticos possuem larga margem de liberdade conformadora nesse âmbito³⁸⁶.

Todavia, uma intervenção judicial mais intensa será admitida quando for evidente que o próprio constituinte tenha previsto, expressamente, no texto da Constituição imposições concretas de atuação dos órgãos políticos para a garantia de um conteúdo mínimo de concretização dos direitos sociais³⁸⁷ ou se houver razões para considerar que as decisões emanadas pelos órgãos políticos não atendem razoavelmente às exigências constitucionais.³⁸⁸

Nesse sentido, é válido ressaltar que na atividade de elaboração do orçamento e de definição das prioridades para a alocação dos recursos públicos os órgãos políticos não são totalmente livres, pois estão vinculados às obrigações e aos fins constitucionais expressa ou implicitamente estabelecidos pelo constituinte³⁸⁹. Na Constituição brasileira, por exemplo, há normas estabelecendo percentuais mínimos de

³⁸⁵ Cf. ADPF nº 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso 31.05.2015.

³⁸⁶ Cf. comentário ao trecho do Acórdão nº 509/2002 em: CORREIA, Fernando Alves. “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, Sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 7, 2010, p. 37. Cf. também MAURICIO JR., Alceu. “A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais”, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, jan-fev-mar/2007, Salvador, p. 16.

³⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 364-370.

³⁸⁸ MAURICIO JR., Alceu, *op. cit.*, p. 22.

³⁸⁹ DUARTE, Thiago. A lei por detrás do orçamento: a questão constitucional da lei do orçamento, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 284-285. O autor cita exemplo hipotético em que o Tribunal Constitucional poderia ser chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da adequação das verbas aprovadas pela lei do Orçamento destinadas a garantir o regular funcionamento e a autonomia dos órgãos de soberania. Cf. também: MAURICIO JR., Alceu, *op. cit.*, p. 23.

aplicação dos recursos públicos em saúde³⁹⁰ e educação³⁹¹ ou que concede a este último direito social o caráter de direito público subjetivo³⁹², sendo estes parâmetros puramente objetivos de controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário.³⁹³

Desse modo, o agir político concreto indica não apenas uma estreita vinculação aos objetivos traçados pelo constituinte originário, mas também às áreas prioritizadas e seus respectivos objetos. Daí a razão pela qual as cartas constituintes tenham se empenhado na complexa determinação do adequado direcionamento dos recursos públicos, bem como na explicitação das áreas para as quais estes devem ser prioritariamente dirigidos.

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas pelos órgãos políticos, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente.³⁹⁴

Diante disso, imaginemos a hipótese em que determinado município brasileiro preveja no seu orçamento a destinação de verbas para o financiamento de projetos ligados ao ensino superior. Ao ser provocado para analisar em abstrato a constitucionalidade de tal ato, o órgão da jurisdição constitucional³⁹⁵ competente, exercendo sua função de intérprete e guardião da Constituição, poderá questionar aos órgãos políticos do referido município se as políticas públicas voltadas para o ensino básico cujo atendimento é prioritário e obrigatório por aquele ente da federação, conforme

³⁹⁰ Cf. art. 198, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. A Constituição da República Portuguesa, não obstante não determinar detalhadamente o modo de aplicação dos recursos financeiros, indica as áreas com prioridade de atendimento e para tanto cria uma vinculação bastante séria dos destinatários políticos. O artigo 64º é um exemplo: ao tratar do direito fundamental à saúde a carta constitucional explicitou ser prioridade na tutela deste direito que sejam executadas políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência. Referida norma denota clara preocupação do constituinte originário para com aquele problema de saúde pública.

³⁹¹ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

³⁹² Cf. art. 208, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, jan-fev-mar/2007, Salvador, p. 18. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em 26.05.2015.

³⁹⁴ *Idem*, p. 12.

³⁹⁵ A expressão “justiça ou jurisdição constitucional” é utilizada para abranger tanto os juízes como os tribunais que exercem o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como as Cortes constitucionais que realizam a fiscalização concentrada (numa instância única e especializada) da constitucionalidade dos atos normativos do poder público.

previsto na Constituição brasileira³⁹⁶, alcançaram patamar suficiente para garantir uma razoável e adequada (teste de razoabilidade/proporcionalidade) prestação daquele serviço público à população. Caberá aos órgãos políticos, então, explicitarem os motivos de tal medida perante a escassez de recursos, demonstrando sua conformidade com a Carta Magna.³⁹⁷ Terão, portanto, que comprovar tais circunstâncias e, caso não logrem êxito nesta tarefa, será plenamente possível o decreto de nulidade de tal ponto da lei orçamentária por manifesta contrariedade ao texto constitucional. Contudo, é necessário esclarecer que a nulidade da despesa prevista no orçamento não legitima a conduta judicial voltada ao remanejamento dos recursos públicos existentes. O Poder Judiciário agiria apenas como “legislador negativo” não devendo se imiscuir em matéria adstrita ao campo político-decisório.

Da declaração de inconstitucionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais poderia cogitar-se, até mesmo, de se perquirir uma eventual aplicação ineficiente, ineficaz ou ímproba dos recursos públicos por parte dos agentes políticos acarretando, por conseguinte, o acionamento de outros mecanismos de *accountability*, verticais e horizontais (v.g: não aprovação das contas públicas pelo Tribunal de Contas, apuração de crimes de responsabilidade e punição por atos de improbidade administrativa)³⁹⁸, inibindo, pelo menos em tese, as práticas de corrupção e de malversação das verbas públicas.

Por fim, vale ressaltar que uma das vantagens da utilização das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, certamente, é a eficácia *erga omnes* das decisões delas decorrentes o que impediria a multiplicação de demandas individuais e permitiria que a proporcionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais fosse analisada levando em conta os interesses de toda coletividade, ou seja, no âmbito da macro justiça.

³⁹⁶“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino:

(...)

2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.”

³⁹⁷ AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 37.

³⁹⁸BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, jan-fev-mar/2007, Salvador, pp. 27-29.

3.3.2. O controle de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos pelos Tribunais de Contas

Embora pouco utilizado para tal fim, o controle de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos operado pelos Tribunais de Contas é um mecanismo horizontal de *accountability* que tem o potencial de auxiliar a concretização dos direitos sociais pelos órgãos políticos de forma que atenda aos preceitos da sustentabilidade.³⁹⁹

Ao fiscalizar a regular e a eficiente utilização dos recursos públicos pelos órgãos governamentais, as instituições financeiras que exercem a *accountability* financeira ajudam a prevenir os atos de corrupção e de mau uso do dinheiro público, reforçando o estado de Direito.⁴⁰⁰

A juridicização das políticas públicas resultou na autonomização do “direito fundamental à boa administração”, que corresponde a uma exigência de eficiência em todos os atos do poder público⁴⁰¹, razão pela qual ganha importância os mecanismos de *accountability* financeira.

No conceito desenvolvido por Juarez Freitas, o direito fundamental à boa administração pública é compreendido como o “*direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.*”⁴⁰²

Desse modo, as políticas públicas devem observar as prioridades vinculantes previstas, explícita e implicitamente, nas normas constitucionais,

³⁹⁹ AMARO, Antônio Leitão, *op. cit.*, pp. 422-423.

⁴⁰⁰ KOCH, Ida Elisabeth, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁰¹ SILVA, Suzana Tavares de. “O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 88, 2013, p. 651.

⁴⁰² FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 21.

conformando o escrutínio das escolhas públicas ao adimplemento das prioridades encapsuladas no direito fundamental à boa administração pública.⁴⁰³

Forçoso reconhecer, assim, que a maximização da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão, defensiva e prestacional, depende, em parte significativa, da otimização do direito fundamental à uma boa, proba e moralmente vinculada administração pública.⁴⁰⁴

Vale destacar que no núcleo do conceito de direito fundamental à boa administração pública destaca-se o princípio da eficiência que, em breve síntese, designa a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o melhor resultado com o menor dispêndio de recursos.⁴⁰⁵ Ou seja, é a busca pelo ótimo, evitando-se o desperdício na utilização de recursos.⁴⁰⁶

O conceito de eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica em medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. A gestão das políticas públicas estatais passa, portanto, pelo monitoramento e avaliação da efetividade das políticas públicas.⁴⁰⁷

É usual que o controle sobre a eficiência dos atos discricionários da Administração seja feito em conjunto com as dimensões concretizadoras do princípio da proporcionalidade, mais precisamente no filtro da necessidade.⁴⁰⁸

Todavia, atualmente, o princípio da eficiência assume força normativa autônoma, revelando-se verdadeiro “*parâmetro jurídico de controle do agir*”

⁴⁰³ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 30.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁰⁵ SILVA, Suzana Tavares de. “O princípio fundamental da eficiência”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ed. especial, ano VII, 2010, p. 519.

⁴⁰⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 54.

⁴⁰⁷ RIBAS, Lidia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da., *op. cit.*, pp. 397-398.

⁴⁰⁸ SILVA, Suzana Tavares de. “O princípio fundamental da eficiência”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ed. especial, ano VII, 2010, p. 521.

administrativo”⁴⁰⁹ que se descola das dimensões identificadas com o direito fundamental à boa administração, tais como celeridade, equidade, justiça, imparcialidade, transparência e etc.⁴¹⁰ É, portanto, um critério determinante do agir administrativo, “*impondo à Administração que pautе as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício e até gestão de risco*”.⁴¹¹

Não se trata, no entanto, de impor aos órgãos políticos a escolha de determinado interesse público em detrimento de outro. O princípio da eficiência é, na verdade, um critério de avaliação dos meios escolhidos pelos órgãos políticos para alcançar o fim público visado.⁴¹²

No âmbito da implementação de políticas públicas, conforme afirma Suzana Tavares, o princípio da legalidade formal cede espaço a princípios como a eficiência, a prevenção ou a racionalidade econômica, devendo ser igualmente observados para que a atuação administrativa seja legítima.⁴¹³

Nesse passo, a citada autora noticia que, em Portugal, os Tribunais de Contas, baseados nas suas competências previstas na Constituição portuguesa e na sua lei de organização e processo, a propósito de exercerem o controle da legalidade financeira, vêm assumindo o papel de apreciar a boa gestão financeira dos recursos públicos e a eficiência na implementação das políticas públicas.⁴¹⁴

É inequívoco que a avaliação e o controle da despesa pública passaram a ter de incidir cada vez mais em resultados e desempenho (otimização do gasto público) e não apenas na regularidade da utilização dos recursos. Desse modo, exige-se dos Tribunais de Contas que realizem a avaliação da eficiência da gestão pública que está

⁴⁰⁹SILVA, Suzana Tavares de. “O princípio fundamental da eficiência”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ed. especial, ano VII, 2010, p. 524.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 527.

⁴¹¹ *Idem*, p. 528.

⁴¹² *Idem*, p. 535-536.

⁴¹³ *Idem*, p. 530.

⁴¹⁴ *Idem*, pp. 537-538 e 543.

associada, em última análise, aos preceitos da sustentabilidade financeira das finanças públicas.⁴¹⁵

Além disso, Canotilho ressalta que a função dos Tribunais de Contas vem sendo renovada para dar centralidade a várias dimensões constitutivas do princípio do republicano como, por exemplo, a responsabilidade financeira, a transparência na utilização e gestão dos valores públicos, o controle da boa administração no âmbito do erário público e o princípio da justiça intergeracional na partilha dos recursos públicos.⁴¹⁶

O constitucionalista português afirma, ainda, que “*a boa administração do Estado garantidor aponta também para o melhor cumprimento das tarefas públicas em termos de rentabilidade, efetividade e eficiência dos serviços*”, razão pela qual novos instrumentos de controle estão à disposição dos Tribunais de Contas (v.g orientação de *output*; orçamento de resultados; controle de execução).⁴¹⁷

Nesse passo, os diferentes papéis do Estado e a respectiva articulação de forma a assegurar a coerência das políticas públicas legitimam os Tribunais de Contas, no exercício das suas funções constitucionais⁴¹⁸, a assinalarem a ausência de estratégia, bem como a regularidade, a economia, a eficiência e a eficácia da gestão dos recursos públicos.⁴¹⁹

Embora em muitas ocasiões os Tribunais de Contas sejam “cavaleiros sem espada”, já que não possuem o poder de anular imediatamente os atos oriundos dos órgãos políticos, suas decisões quanto à correção econômico-financeira das opções políticas são relevantes, ainda mais se dotadas de ampla publicidade e informação, pois podem despertar o acionamento de outros mecanismos e formas de *accountability*.⁴²⁰

⁴¹⁵PARENTE, João; COSTA, Paulo Nogueira da. “Sustentabilidade financeira: o papel das instituições superiores de controlo neste contexto”, Revista do Tribunal de Contas, nº 46, dez/2006, pp. 84-85.

⁴¹⁶CANOTILHO, J.J Gomes. “O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano”, Revista do Tribunal de Contas, nº 49, junho/2008, p. 25.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 33.

⁴¹⁸ Cf. art. 214º da Constituição portuguesa e art. 71 da Constituição brasileira.

⁴¹⁹CANOTILHO, J.J Gomes. “O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano”, Revista do Tribunal de Contas, nº 49, junho/2008, pp. 34-35.

⁴²⁰ *Idem*, p. 37.

A nova *governance* financeira pública aliada às novas funções assumidas pelo Estado garantidor implica necessariamente um sistema atualizado de fiscalização pelos Tribunais de Contas que tenha em conta a cultura de performance, de eficiência e de boa gestão dos recursos públicos.⁴²¹

Suzana Tavares, todavia, suscita dúvidas acerca da legitimidade do Tribunal de Contas para a realização desses novos tipos de controle, sobretudo quando são feitos a propósito ou por ocasião do controle da legalidade financeira dos atos que envolvem despesa pública.⁴²²

Guilherme d'Oliveira Martins, por sua vez, defende um conceito de “legalidade substancial”, com fundamento em diversos princípios constitucionais, do qual decorre uma compreensão ampla do controlo financeiro exercido pelo Tribunal de Contas, abrangendo a avaliação do mérito da gestão financeira atendendo a critérios de economia, eficiência e eficácia.⁴²³

O fundamento constitucional da vinculação jurídica da Administração Pública ao dever de boa gestão dos recursos públicos resultaria do próprio princípio da proporcionalidade.⁴²⁴ Assim, em se adotando uma concepção ampla de legalidade financeira, um ato de má gestão constituiria um ato ilícito. Uma compreensão restrita da legalidade financeira contribuiria, em larga medida, para esvaziar as ações dos Tribunais de Contas no combate à má utilização dos dinheiros públicos.⁴²⁵

Diante disso, Paulo Costa sustenta que, em consonância com a ideia de Estado responsável, os Tribunais de Contas devem: “(i) *assegurar o controlo (prévio, concomitante e sucessivo) da regularidade e da legalidade substancial da gestão*

⁴²¹CANOTILHO, J.J Gomes. “O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano”, Revista do Tribunal de Contas, n° 49, junho/2008, p. 38.

⁴²²SILVA, Suzana Tavares de. “O princípio fundamental da eficiência”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ed. especial, ano VII, 2010, p. 543.

⁴²³MARTINS, Guilherme d'Oliveira. “O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública”, Revista de Contratos Públicos, n.º 1, janeiro-abril/2011, p. 12.

⁴²⁴Cf. arts. 103º, nos. 1 e 2, e 266º da Constituição da República Portuguesa. No caso brasileiro, os arts. 37 e 70 da Constituição brasileira, lidos em conjunto, legitimam o controle da boa gestão pública pelo crivo do princípio da eficiência.

⁴²⁵COSTA, Paulo Nogueira da. Dissertação de doutoramento em Direito (Direito, Justiça e Cidadania do Século XXI), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Jónatas Eduardo Mendes Machado, Coimbra, [s.n], 2011, pp. 231-232.

*financeira pública, complementarmente à atividade dos órgãos de controlo interno; (ii) avaliar o desempenho das entidades públicas; (iii) avaliar programas e políticas públicas; (iv) julgar por infrações financeiras. Estas tarefas deverão, por sua vez, ser desenvolvidas de um modo apto a contribuir para: (i) a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos; (ii) o aprofundamento da democracia económica, social e cultural; (iii) a garantia da justiça financeira; (iv) uma cidadania financeira ativa.”*⁴²⁶

Sendo assim, os Tribunais de Contas podem ser entendidos como os tribunais da *good governance*.⁴²⁷ A boa governança, desdobrada nos seus diversos princípios concretizadores e refletida em novas dimensões da cidadania, apela a um novo relacionamento entre os poderes públicos e os cidadãos, apontando, concomitantemente, para um novo paradigma de controlo financeiro.⁴²⁸

Nesse passo, a relação entre Estado e finanças públicas passa a ser guiada pelas ideias de “boa política” e de “boa finança” e respectiva articulação, com implicações nas diversas dimensões do controlo financeiro público.⁴²⁹

Paulo Costa argumenta que, através do conceito de boa governança, é possível integrar a “lógica gestonária” e a “lógica política”, devolvendo-se às finanças públicas a sua dimensão política. Do mesmo modo, este conceito teria a virtualidade de reconciliar o direito público com a gestão pública, contribuindo para a superação de concepções que veem no Direito Público um entrave à modernização da gestão pública.⁴³⁰

Por outro lado, vale ressaltar que o controle do mérito da gestão pública não colide com o princípio da separação de poderes. Pelo contrário, ele robustece o controle político e o controle social, sem sacrificar a necessária margem de

⁴²⁶COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pp 212-213.

⁴²⁷ *Idem*, p. 213.

⁴²⁸ *Idem*, p. 215.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ *Idem*, p. 216.

discricionariedade da atuação administrativa, contribuindo para um maior equilíbrio de poderes e para um reforço da credibilidade das instituições democráticas.⁴³¹

Conforme visto acima, os agentes políticos em respeito ao princípio republicano, devem gerir os recursos públicos em nome do povo, razão pela qual estão vinculados ao direito fundamental à boa administração pública, atendendo a critérios técnicos objetivos. Daqui decorre que o mérito da gestão pública deve ser permanentemente avaliado por um órgão externo, independente e tecnicamente habilitado para o efeito.⁴³²

Nas palavras de Paulo Costa, “*a atividade de auditoria e de avaliação não se confunde com as tarefas de definição de objetivos e de elaboração de programas; estas são tarefas da Administração. Mas uma vez definidos os objetivos e delineados os programas, as ISC devem saber se as metas foram atingidas, quais os benefícios (diretos e indiretos) para os cidadãos e quais os custos por estes suportados, ou a suportar no futuro.*”⁴³³

Contudo, o autor português adverte que em observância ao princípio da separação de poderes os efeitos do controlo externo não podem condicionar o exercício do controlo político nem constranger a margem de discricionariedade da atuação Administrativa.⁴³⁴

Assim, não seria admissível que os resultados das ações de controle realizadas pelo órgão de controle financeiro externo vinculassem os órgãos políticos, devendo endereçar aos agentes públicos recomendações tendentes a melhorar o seu desempenho, sob pena de o órgão de controle externo se substituir à Administração nas opções de gestão dos recursos financeiros públicos.⁴³⁵

Além da eficiência na gestão dos recursos públicos cabe ainda aos Tribunais de Contas, enquanto órgãos constitucionais a quem compete garantir a

⁴³¹COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pp. 220-221.

⁴³²*Idem*, p. 221.

⁴³³*Ibidem*.

⁴³⁴*Idem*, p. 224.

⁴³⁵*Ibidem*.

justiça financeira, avaliar a observância do princípio da igualdade na gestão financeira pública. É cediço que um dos objetivos centrais dos programas e das políticas públicas é de promover a igualdade real entre as pessoas, principalmente no domínio social. Assim sendo, os Tribunais de Contas, ao avaliarem a eficácia e a eficiência de tais políticas não podem deixar de considerar como relevantes as diversas dimensões do princípio da isonomia.⁴³⁶

Noutro giro, a atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização eficiente da gestão pública impede o desperdício de recursos financeiros públicos destinados à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. O Tribunal de Contas é o órgão constitucional que, pela sua natureza, se encontra em condições de garantir uma gestão sã dos recursos financeiros públicos, de modo a permitir a máxima efetivação dos direitos fundamentais.⁴³⁷

Os Tribunais de Contas ao fiscalizarem a boa gestão dos recursos públicos ajudam na efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais que possuem uma maior dependência dos recursos públicos para sua realização. Revelam-se, assim, órgãos protetores dos direitos fundamentais e não apenas entes burocráticos que se limitam a controlar as contas públicas com base em procedimentos formais.⁴³⁸

Diante disso, o desenho constitucional das competências dos Tribunais de Contas não permite que suas atribuições se esgotem no papel menor da verificação do emaranhado de regras e procedimentos. Tal postura reducionista acaba por prejudicar a real eficiência do sistema, constituindo-se em fator de latência administrativa.⁴³⁹

Esta compreensão do controlo financeiro externo aponta para a necessidade de realização de auditorias de desempenho e de avaliação de políticas

⁴³⁶ COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, p. 243.

⁴³⁷ *Idem*, pp. 282-283.

⁴³⁸ *Idem*, p. 283.

⁴³⁹ IOCKEN, Sabrina Nunes. “Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público”, *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, nº 53, fev/2013, p. 07.

públicas. No Brasil, por exemplo, entre as competências do Tribunal de Contas da União, previstas no art. 71 da Constituição brasileira, está a realização por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito de auditorias de natureza operacional nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁴⁴⁰

Já em Portugal, o Tribunal de Contas português está legitimado pela lei, em conformidade com a Constituição, para desenvolver auditorias de natureza operacional, conforme decorre da leitura dos arts. 214.º e 266.º da CRP, bem como dos arts. 5.º, f) e g), 50.º, n.º 1, e 55.º, da LOPTC.

As auditorias de natureza operacional podem assumir a forma de auditoria de desempenho operacional ou de avaliação de políticas e de programas públicos.⁴⁴¹ Em ambas, os Tribunais de Contas realizam o controle da racionalidade, da legitimidade e da eficiência da gestão pública, e não apenas dos aspectos contabilísticos.⁴⁴²

As auditorias de natureza operacional são centrais na promoção da boa governança e através delas os Tribunais Contas atendem às exigências e aos desafios colocados pelo princípio da boa governança, designadamente na promoção da *accountability* da gestão dos recursos financeiros públicos, permitindo, ainda, que seja dada relevância a aspectos de ordem ética e de moralidade pública.⁴⁴³

A avaliação promovida quando da realização de auditorias operacionais busca analisar o gasto público sob os prismas da economicidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade. Nessa modalidade de procedimento, as deficiências apuradas pelo Tribunal de Contas são evidenciadas na decisão que determina ao gestor a apresentação do plano de ação, no qual deve constar a indicação dos responsáveis, das

⁴⁴⁰ Cf. art. 71, IV da Constituição Federal de 1988.

⁴⁴¹ COSTA, Paulo Nogueira da., *op. cit.*, p. 415.

⁴⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 48, n.º 3, julho-setembro/2003, p. 78.

⁴⁴³ COSTA, Paulo Nogueira da., *op. cit.*, p. 417.

atividades e dos prazos para implementação das recomendações e determinações formuladas.⁴⁴⁴

Depois de encaminhado o plano de ação pelo gestor e de sua posterior aprovação pelo órgão colegiado do respectivo Tribunal, passa a existir um compromisso acordado entre o Tribunal de contas e o gestor responsável pelo órgão ou entidade, o qual deverá, ainda, remeter relatórios periódicos, noticiando o cumprimento das atividades acordadas. Ao final, cabe ao tribunal a elaboração de um relatório específico acerca do impacto da auditoria, discriminando quais benefícios foram alcançados.⁴⁴⁵

No que concerne à avaliação das políticas públicas destinadas a concretizar os direitos sociais, em razão do volume da despesa social do Estado, esta é uma área que não pode deixar de merecer uma atenção especial por parte dos Tribunais de Contas. Diante disso, os programas e políticas sociais devem estar atentos aos objetivos e aos fins especificamente traçados nas constituições. Além disso, em matéria social, para além dos critérios de economia, eficiência e eficácia, devem ser consideradas a igualdade e a justiça, mesmo que estes não sejam valores suscetíveis de quantificação.⁴⁴⁶

Sendo assim, os Tribunais de Contas como órgãos constitucionais de soberania estão incumbidos de garantir a justiça financeira. Desse modo, o grau de realização dos direitos sociais, a eficácia da redistribuição do rendimento e da riqueza e a consideração do princípio da igualdade de oportunidades são aspectos que não podem deixar de merecer a atenção de tais entidades, ao abrigo de um “paradigma humanista de finanças públicas”.⁴⁴⁷

Como exemplo de auditoria operacional bem-sucedida no âmbito das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais, podemos citar o

⁴⁴⁴ IOCKEN, Sabrina Nunes, *op. cit.*, pp. 08-09.

⁴⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁴⁶ COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, p. 437.

⁴⁴⁷ *Ibidem.*

“Programa de Visita às Escolas da Rede de Ensino do Município do Rio de Janeiro”, promovido pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – TCMRJ.⁴⁴⁸

Nesse passo, visando controlar a eficiência e a boa administração dos recursos públicos destinados à educação fundamental, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, desde 2003, realiza auditorias operacionais nas escolas de ensino fundamental do Município do Rio de Janeiro, avaliando aspectos relativos à estrutura física das escolas, limpeza, segurança, qualidade das refeições servidas aos alunos, quantidade e qualidade do corpo docente, entre outros.

O trabalho é realizado junto aos alunos, pais, diretores escolares, professores e coordenadores por meio de pesquisas e entrevistas e da presença orientadora de agentes do Tribunal de Contas nas próprias escolas, fortalecendo a aproximação e a interação entre o cidadão e a Administração Pública, em respeito ao princípio da boa governança.

Em observância aos princípios da transparência e da publicidade, os resultados desta auditoria operacional são divulgados no sítio eletrônico do referido Tribunal, permitindo que a sociedade como um todo tenha conhecimento do desempenho das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais.

No âmbito das políticas públicas de saúde, destacam-se as auditorias de natureza operacional promovidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU. A auditoria operacional realizada para avaliar a Política Nacional de Atenção Oncológica⁴⁴⁹, por exemplo, constatou que os investimentos governamentais e os mecanismos existentes para a estruturação da rede de atenção oncológica não eram suficientes para atender a demanda por tratamento, ou seja, aquela Corte de Contas utilizando critérios de proporcionalidade/razoabilidade, eficácia e eficiência reconheceu que a política pública em comento não atendia os resultados por ela perseguidos.

⁴⁴⁸ Cf. os relatórios das auditorias operacionais em: <<http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticias.aspx?Categoria=61>>. Acesso em 07.05.2015.

⁴⁴⁹ Cf. relatório disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/saude/Rel_Oncologia.pdf>. Acesso em 07.05.2015.

Em razão disso, foram expedidas recomendações e determinações aos gestores públicos, entre elas, o desenvolvimento de um plano para sanar de forma efetiva a insuficiência da estrutura da rede de atenção oncológica, que previsse a ampliação da oferta de serviços até a completa solução das carências existentes; o estabelecimento de sistemática para a promoção da formação dos profissionais que atuam na assistência aos pacientes de câncer; o estabelecimento de mecanismos para discussão das condutas terapêuticas mais adequadas aos pacientes oncológicos, que possibilitem a divulgação de diretrizes para os casos de câncer mais prevalentes; e a atualização periódica dos procedimentos custeados pelo SUS com a incorporação dos avanços observados na medicina validados pela comunidade científica.

Vale ressaltar que as recomendações feitas pela Corte de Contas brasileira, em respeito ao princípio da separação de poderes, não vincularam os órgãos políticos, sendo consideradas sugestões para melhorar o desempenho da política pública avaliada, o que mostra sintonia com a *good governance* e, por conseguinte, com os preceitos da sustentabilidade política.

O objetivo é a retomada da ação pública para melhor orientá-la na busca efetiva de resultados. Assim, diante da constatação de desvios de implementação que possam comprometer o atendimento das diretrizes constitucionais, o Tribunal de Contas identifica as irregularidades, deixando a cargo da própria Administração o estabelecimento das atividades de correição do apontando, do prazo para seu cumprimento e da identificação de cada responsável pela ação corretiva. Trata-se, dessa forma, de um plano de ação construído em conjunto com a própria Administração.⁴⁵⁰

Importante mencionar, ainda, que ampla divulgação dos resultados das auditorias operacionais que avaliam a boa gestão dos recursos públicos e a eficiência das políticas públicas permite que os cidadãos possam, de forma consciente, avaliar e julgar o mérito da gestão pública, viabilizando o exercício das formas sociais e políticas de *accountability*.

⁴⁵⁰ IOCKEN, Sabrina Nunes, *op. cit.*, p.08.

Neste domínio, o Tribunal de Contas assume um papel preponderante, disponibilizando aos cidadãos em geral informação objetiva, atual, credível e acessível (facilmente compreensível pelo cidadão comum), relativa à gestão pública e contribuindo, ainda, através da sua atuação, para a “*credibilização das instituições democráticas e para a promoção de uma cultura de responsabilidade e exigência, favorável ao exercício de uma cidadania ativa*”.⁴⁵¹

Por fim, vale registrar uma última nota acerca da interação entre a *accountability* exercida pelos Tribunais de Contas e aquela exercida pelo Poder Judiciário, no que toca à avaliação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. Neste caso, existindo investigação científica e tempestiva em curso junto ao Tribunal de Contas competente o controle judicial deverá aguardar o seu término.⁴⁵²

Até por uma questão de competência constitucional, os Tribunais de Contas devem ter prioridade na verificação do cumprimento das metas fixadas pelo próprio poder público, sem prejuízo, evidentemente, de as eventuais conclusões da Corte Contas serem submetidas ao escrutínio judicial, subsidiando o controle judicial de proporcionalidade das decisões políticas concretizadoras dos direitos sociais.⁴⁵³

⁴⁵¹COSTA, Paulo Nogueira da., *op. cit.*, p. 307.

⁴⁵²BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 128.

⁴⁵³*Ibidem.*

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é inevitável reconhecer que a sustentabilidade não é um “cântico vazio e retórico”⁴⁵⁴, e sim um paradigma da pós-modernidade capaz de influenciar todas as áreas de interesse da sociedade contemporânea e projetar seus efeitos para as futuras gerações.

No que tange à sua relação com o Estado social, nas próximas décadas, vamos testemunhar a emergência de uma nova cultura de Estado de bem-estar que, além dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, terá como pedra angular e princípio jurídico norteador a sustentabilidade e as suas diversas dimensões.

Na formulação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais, as variáveis da sustentabilidade financeira, da solidariedade e da justiça intergeracional deverão estar sempre presentes para que aquilo que o Estado oferece à sociedade hoje possa também ser usufruído pelas gerações futuras.

O Estado sustentável exigirá, ainda, a justa ponderação de riscos, custos e benefícios, diretos e indiretos, sociais, ambientais e econômicos na formulação e na implementação das políticas públicas.⁴⁵⁵

A experiência vivida pelos países europeus demonstra que décadas de bonança em matéria de socialidade, desprovidas do adequado planejamento fiscal, geraram um colapso no modelo de *Welfare state* até então cobiçado pelos países em desenvolvimento.

No continente europeu, hoje vemos uma população envelhecida e altamente dependente dos benefícios e das prestações da seguridade social que, por sua vez, não consegue ampliar suas fontes de financiamento já que os mais jovens sofrem com altas taxas de desemprego. Embora seja difícil de admitir, por questões de sobrevivência do sistema, um retrocesso nos padrões já alcançados de socialidade parece inevitável.

⁴⁵⁴ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 31.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 265.

Já no Brasil, por ora não há que se falar em retrocesso ou crise do Estado social. Pelo contrário, há muito a ser feito em matéria de concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, principalmente nas regiões mais carentes do país.

No entanto, mudanças de rumos são necessárias. A exemplo da Europa, a ideia de Estado Providência deve ser superada pelo conceito de Estado social de garantia. O Estado não deve ser mais visto como o único agente prestador e promotor das prestações sociais, o que aumenta a importância da atuação das entidades do terceiro setor e do mercado.

Além disso, deve-se ter consciência que não cabe ao Estado eliminar as desigualdades sociais, e sim promover a “*igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais*”⁴⁵⁶. Assim, não se mostra correto “*transpor para o discurso constitucional um conceito que é sociológico*”.⁴⁵⁷

Outrossim, deve ser exigido do cidadão o exercício de uma cidadania responsável consistente numa ponderação adequada entre direitos e deveres do indivíduo para alcançar o seu próprio bem-estar e dos demais integrantes da sociedade. Sendo assim, o Estado não deve ser mais visto como o destinatário de uma “*insustentável espiral de reivindicações*”⁴⁵⁸, onde dele não se espera apenas que assegure uma vida digna aos cidadãos, e sim que “*proscreeva o sofrimento e a dor da existência ou, pelo menos, as remedeie por via prestacional*”.⁴⁵⁹

Por outro lado, não cabem aos tribunais brasileiros se transformarem em instâncias compensadoras de disfunções humanas e sociais, como se de

⁴⁵⁶ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 102-103.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos,” Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 31-32.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

órgãos politicamente responsáveis se tratassem. Ao contrário do que se possa imaginar, “*as normas jurídicas não são declarações de amor.*”⁴⁶⁰

À classe política resta resgatar a credibilidade perdida e buscar sua legitimidade no seio da sociedade. O que está em escassez atualmente é o que Canotilho denomina de “representação democrática material” que “*ocorre quando os cidadãos se reencontram nos atos dos seus representantes em virtude dos seus conteúdos, dando legitimidade à atuação do órgão representativo.*”⁴⁶¹

Neste contexto, os ditames da *governance* encaixam-se perfeitamente, pois os atores sociais, estatais ou não, participam e cooperam na formulação e na execução de políticas públicas. Neste ponto, vale ressaltar que o conceito de *governance* está intimamente ligado à ideia de democracia deliberativa onde “*a deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão de problemas e alternativas a fim de obter soluções justas, boas ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária.*”⁴⁶²

Conforme vimos, o Estado social sustentável deve ainda ser eficiente e eficaz na alocação dos recursos públicos para que os fins prioritários previstos nos textos constitucionais sejam alcançados. Nesse passo, o reforço dos mecanismos de *accountability*, tanto verticais como horizontais, mostra-se imprescindível, pois através deles será possível avaliar se os agentes públicos atuam em respeito ao direito fundamental à boa administração pública, à transparência, à publicidade e à proporcionalidade, devendo, em caso negativo, ser responsabilizados.

Enfim, acreditamos que estes são os pressupostos para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa, solidária e sustentável para as atuais e futuras gerações.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: Canotilho, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). Direitos Fundamentais sociais, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 35.

⁴⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 294.

⁴⁶² *Idem*, p. 1416.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema dos direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, Coimbra, Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

_____; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

AMARO, Antônio Leitão. O princípio constitucional da sustentabilidade. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de... [et al] (org.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 2012.

_____. “O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional – anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, nº 01, jan-mar/2004, pp. 04-29.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘Ciência do Direito’ e o “Direito da Ciência”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, nº 17, jan-fev-mar/2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede.asp>>. Acesso em 12.05.2015.

AVILÉS, Maria del Carmen Barranco. *Exigibilidad de los derechos sociales y democracia*. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, *Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito às prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista Diálogo Jurídico*, nº 15, jan-fev-mar/2007, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em 26.05.2015.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In:

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2ª ed., São Paulo, Saraiva.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 21.04.2015.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

BORELLO, Roberto. “*Il servizi alla persona nel quadro costituzionale del nuovo welfare.*” In: ABBAMONTE, Giuseppe (org.), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, Cacucci Editore, 2012.

BORGONOV, Elio; COMPAGNI, Amelia. “*Sustaining Universal Health Coverage: the interaction of social, political, and economic sustainability*”, *Value in Health*, nº 16, 2013, pp. 34-38.

BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial, Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais por intermédio do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Kazuo Watanabe, São Paulo, [s.n], 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional”, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010, pp. 07-18.

_____. “Sustentabilidade – Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXVIII, 2012, pp. 01-11.

_____. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____. *Constituição dirigente e vinculação ao legislador*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

_____. O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). O Direito e o futuro o futuro do Direito, Coimbra, Almedina, 2008.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

_____. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social: considerações preambulares. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lênio Luiz (coord.). Entre discursos e culturas jurídicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

_____. “O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano”, Revista do Tribunal de Contas, nº 49, junho/2008, pp. 23-39.

_____. O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: Canotilho, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). Direitos Fundamentais sociais, São Paulo, Saraiva, 2010.

_____; MOREIRA, Vital, A Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CAUPERS, João. “A agonia do Estado social”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, 2010 (especial), pp. 45-50.

_____. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição, Coimbra, Almedina, 1985.

CESARE, Francesco Paolo. “*Indirizzo, controllo ed accountability nella pubblica amministrazione italiana*”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 1999, pp. 803-812.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. “A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito”, *Veredas do Direito*, vol. 8, nº 15, janeiro-junho/2011, pp. 09-24.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. “*Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, nº 3, 2012, pp. 660-686.

CORREIA, Fernando Alves. “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, Sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 7, 2010 , pp 35-43.

_____. Direito Constitucional (A Justiça Constitucional), Coimbra, Almedina, 2001.

COSTA, Paulo Nogueira da. Dissertação de doutoramento em Direito (Direito, Justiça e Cidadania do Século XXI), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Dr. Jónatas Eduardo Mendes Machado, Coimbra, [s.n], 2011.

COSTI, Bruno. “*Il libro bianco sul future del modello sociale in Italia. Dall`ideologia allá concretezza*”, Economia italiana, nº 1, janeiro/2009. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/229100023>>. Acesso em: 27.12.2014.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. “Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade”, Revista de Direitos Culturais, vol. 8, nº 17, janeiro-abril/2014, pp. 191-208.

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

DUARTE, Thiago. A lei por detrás do orçamento: a questão constitucional da lei do orçamento, Lisboa, Almedina, 2007.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

ESPADA, João Carlos. “Direitos sociais de cidadania – uma crítica a F.A. Hayek e R. Plant”, Análise Social, vol. XXX (131-132), 1995, pp. 265-288.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Towards the good society, once again?* In: ESPING-ANDERSEN, Gosta...[et al] (org.). *Why we need a new Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

_____. *Les trois mondes de l'État-providence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”, Revista da Universidade de São Paulo, nº 21, março/abril/maio/1994, pp. 12-21.

FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. “*Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración*”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, nº 01, 2012, pp. 49-59.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012.

_____. *Direito fundamental à boa administração pública*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

GASPARDO, Murilo. “Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde”, *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, ano 31, nº 4, abril/2015, pp. 422-433.

GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia. *Debating social rights*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011.

GLENNERSTER, Howard. *The sustainability of welfare states*. In: CASTLES, Francis G...[et al] (eds.). *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Introduction – Intergenerational Justice and Its Challenges*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005.

GRAU, Antonio Baylos. “*La contracción del Estado social*”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, pp. 11-34.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

GUIMARÃES, Hubertus Fernandes. *O estado social contemporâneo: um modelo sustentável?* Dissertação de mestrado em Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação da Prof. Dra. Suzana Tavares da Silva, Coimbra, [s.n], 2012.

HAYEK, Friedrich A. *O caminho para a servidão*, Lisboa, Edições 70, 2013.

HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (ed.). *Introduction*. In: HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. *Global governance and public accountability*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

HESPANHA, Pedro. “Novas perspectivas sobre os direitos sociais”, *Intervenção Social*, nº 15/16, 1997, pp. 121-129.

HEYD, David. *A value or an obligation? Rawls on Justice to future generations*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009.

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

IOCKEN, Sabrina Nunes. “Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público”, *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, nº 53, fev/2013, pp. 04-09.

JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi. *Volontariato, Sussidiarietà e Mercato*, Bari, Cacucci Editore, 2008.

KAUFFMAN, Daniel. *Rethinking Governance: Empirical lessons Challenge Orthodoxy*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/rethinkgovstanford.pdf>>. Acesso em 27.04.2015.

KOCH, Ida Elisabeth. *Good governance and the implementation of economic, social and cultural rights*. In: SANO, Hans-Otto; GUDMUNDUR, Alfredsson (ed.). *Human rights and good governance: building bridges*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

KOOIMAN, Jan. *Introduction*. In: KOOIMAN, Jan (ed.). *Modern Governance: new government – society interactions*, London, SAGE, 1994.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um Direito Constitucional comparado*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.

LENARDÓN, Fernando Roberto. “*Administración pública, control social y eficiencia*”, *Enfoques*, vol. XIX, 1-2, 2007, pp. 55-88.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª Ed., colección Demos, Barcelona, Editorial Ariel, 1976 (trad. Alfredo Gallego Anabitarte, *Verfassungslehre*, 1959).

LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Direitos sociais: teoria e prática, São Paulo, Método, 2006.

LORENCINI, Bruno César. A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob o paradigma da *democratic responsiveness*. Tese de doutorado apresentada em regime de dupla titulação à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e à Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca sob a orientação da Prof. Dra. Mônica Herman Salem Caggiano e da Prof. Dra. Pilar Jiménez Tello, São Paulo, [s.n], 2013.

LOUREIRO, João Carlos. A porta de memória: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo. Contributo para uma dogmática da escassez. In: AMARO, António Rafael; AVELÃS NUNES, João Paulo (org.). “Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do século XX, nº 13, 2013.

_____. Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", 1ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *Le Comité Européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique*. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/comita-sociaux-principe-temps-crise-474610750>>. Acesso em 14.03.2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. Esgotamento do Estado de bem-estar afeta a concretização de direitos sociais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 21.04.2015.

MARTINS, Guilherme d’Oliveira. “O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública”, Revista de Contratos Públicos, nº 1, janeiro-abril/2011, pp. 09-19.

MASHAW, Jerry L. “*Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*”, Revista Direito FGV, especial 1, 2005, pp. 153-170.

MAURICIO JR., Alceu. “A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais”, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, jan-fev-mar/2007, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em 26.05.2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010, São Paulo, Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. “Os novos paradigmas do Estado social”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, ano IX, 2012, pp. 181-198.

_____. O regime e a efetividade dos direitos sociais nas Constituições de Portugal e do Brasil. In: OTERO, Paulo...[et al] (org.). Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2000.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

MONTEDURO, Fabio. *Evoluzione ed effetti dell'accountability nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Maggioli Editore, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, tomo I, Lisboa, Coimbra Editora 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 48, n.º 3, julho-setembro/2003, pp. 15-78.

MORIKAWA, Márcia Mieko. “*Good governance* e o desafio institucional da pós-modernidade”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 84, 2008, pp. 637-681.

MUNIZ-FRATICELLI, Víctor M. *The problem of a perpetual Constitution*. In: GOSSERIES, Axel; MEYER, Lukas H. *Intergenerational justice*, New York, Oxford University Press, 2009.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: CORREIA, Fernando Alves...[et al] (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

_____. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2006.

NICZ, Alvacir Alfredo. A superação das crises de governabilidade para o alcance da concretização dos direitos fundamentais sociais. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de...[et al] (coord.), Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Lisboa, Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

_____. Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NUNES, Rui. Reinventar o Estado Social. In: CORREIA, Fernando Alves...[et al] (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política", Isonomía, nº 14, abril/2001, pp. 07-31.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. "Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de bem-estar", Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 18, nº 2, maio-agosto/2013, p. 212-223.

PALMER, Ellie. *Judicial review, socio-economic rights and the human rights act*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

PARENTE, João; COSTA, Paulo Nogueira da. "Sustentabilidade financeira: o papel das instituições superiores de controlo neste contexto", Revista do Tribunal de Contas, nº 46, dez/2006, pp. 63-86.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano III, nº 6, febrero/1998, pp. 15-34.

PEREIRINHA, José. "A (re)definição dos direitos sociais face à crise do Estado-Providência e ao fenómeno da exclusão social", *Intervenção social*, nº 15/16, 1997, pp. 131-142.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Social accountability: an introduction*. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ (ed.). *Enforcing the rule of Law: social accountability in the new latin American democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006.

POLI, Luciana Costa. "O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade", *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 14, nº 14, julho-dezembro/2013, pp. 210-230.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

PRATS, Joan. "Nuevos modos de gobernar: gobernanza", *Revista Gobernanza*, nº 35, noviembre/2005, pp. 185-295.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional (tese de titularidade)*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009.

RIBAS, Lúdia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares de; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013.

SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

_____. 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, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). *A eficácia dos direitos sociais*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

SEGADO, Francisco Fernández. *La dignità della persona come valore supremo dell'ordenamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti e diritti*. In: ABBAMONTE, Giuseppe (org.), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari, Cacucci Editore, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, Universidade Católica, 2003.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. Considerações introdutórias. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

_____. *Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais* (obra cedida pela autora).

_____. Nota prévia. In: SILVA, Suzana Tavares de; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013.

_____. “O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”, *Cadernos de justiça tributária*, Braga, nº 00, abril-junho/2013, pp. 06-18.

_____. *Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise*. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (coord.) *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Coimbra, Almedina, 2011.

_____. “O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 88, 2013, pp. 639-678.

_____. “O princípio fundamental da eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ed. especial, ano VII, 2010, pp. 519-544.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

SOLÉ, Juli Ponce. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.

SOUSA, Luís Verde de. “Acerca do princípio da proibição do retrocesso social”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 83, 2007, pp. 747-803.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional*, 3ª ed., Salvador, Editora JusPodium, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: what constitutions do*, Oxford University Press, New York, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). *Relatório de Auditoria Operacional da Política Nacional de Atenção Oncológica*. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/saude/Rel_Oncologia.pdf>. Acesso em 07.05.2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (Brasil). Relatórios dos Programas de Visitas às Escolas. Disponível em: <<http://www.tcm.rj.gov.br/WEB/Site/Noticias.aspx?Categoria=61>>. Acesso em 07.05.2015.

URBANO, Maria Benedita. “*The law of judges: attempting against Montesquieu’s legacy or a new configuration for an old principle?*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVI, 2010, pp. 621-638.

_____. Curso de Justiça Constitucional, Coimbra, Almedina, 2012.

VALE, Luís Meneses do. Revisitando Mill: Mercado (s) e Meta-mercado(s). In: SILVA, Suzana Tavares de; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013.

_____. “A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais”, Jurisprudência Constitucional, nº 12, outubro-dezembro/2006, pp. 12-47.

VAZ, Manuel Afonso. Lei e reserva de lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976, Porto, [s.n], 1992.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

WOLFGANG, Kahl. “*Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*”. In: WOLFGANG, Kahl (org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional sul-africana. *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*. Relator: Yacoob J. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>. Acesso em 02.06.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 31.05.2015.

_____. Acórdão em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em 31.05.2015.

_____. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925. Relator: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266953>>. Acesso em 31.05.2015.

_____. Decisão monocrática no Agravo em Recurso Extraordinário nº 745.745/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000308116&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 31.05.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão na Apelação Cível nº 0033401-74.2013.8.26.0053. Relator: Desembargador Renato Delbianco. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 12.05.2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/84 de 11 de abril. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 30.05.2015.

_____. Acórdão nº 509/2002 de 19 de dezembro. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em 30.05.2015.

_____. Acórdão nº 148/94 de 08 de fevereiro. Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>>. Acesso em 30.05.2015.

_____. Acórdão nº 330/89 de 11 de abril. Relator: Conselheiro Cardoso da Costa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>>. Acesso em 30.05.2015.

_____.Acórdão nº 731/95 de 14 de dezembro. Relator: Conselheiro Alves
Correia. Disponível em:
<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>>. Acesso em:
30.05.2015.

_____.Acórdão nº 590/04, de 06 de outubro. Relator: Conselheiro Artur
Mauricio. Disponível em:
<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html>>. Acesso em
30.05.2015.

_____.Acórdão nº 187/2013 de 05 de abril. Relator: Conselheiro Carlos
Fernandes Cadilha. Disponível em:
<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em
30.05.2015.

_____.Acórdão nº 353/2012 de 05 de julho. Relator: Conselheiro João Cura
Mariano. Disponível em:
<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em
30.05.2015.

_____.Acórdão nº 396/2011 de 21 de setembro. Relator: Conselheiro
Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em:
<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em
30.05.2015.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. *Zdanoka v. Latvia* [GC], nº
58278/00, § 110, ECHR 2006. Disponível em:
<<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72794>>. Acesso em
30.05.2015.

_____. *Perinçek v. Switzerland*, nº 27510/08, § 48, ECHR 2013. Disponível
em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139724>>. Acesso em
30.05.2015.

_____. *Tarantino and others v. Italy*, nos. 25851/09; 29284/09, 64090/09,
§§ 44 e 45, ECHR 2013. Disponível em:
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118477>>. Acesso em
30.05.2015.

_____. *Velyo Velev v. Bulgaria*, nº 16032/07, § 32, ECHR 2014. Disponível
em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144131>>. Acesso em
30.05.2015.