

---

# A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

---

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

## A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEUFELIPE  
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: www.editoraforum.com.br  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Luiz Fernando de Andrada Pacheco  
Patrícia Falcão  
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região  
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342      CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

# A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação

---

Bruno Moraes Faria Monteiro Belem

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás. Procurador do Estado de Goiás. Assessor Técnico do Procurador-Geral do Estado de Goiás.

Resumo: A estrutura das normas de direitos sociais, na sua dimensão principal, contempla a reserva do financeiramente possível como elemento integrante da sua previsão. Por isso essa reserva constitui uma das condições para que seja ativada a consequência jurídica que corresponde à estatuição da mesma norma. Num Estado que se diz social as tarefas de socialidade devem ser conduzidas a partir do que se pode chamar de um constitucionalismo de cooperação entre um juiz ciente dos limites da sua competência, um administrador orientado pela eficiência e probidade, um legislador capaz de estabelecer, tempestivamente, marcos regulatórios seguros e, especialmente, uma sociedade mobilizada politicamente, que seja capaz de fiscalizar as atividades públicas.

Palavras-chave: Reserva. Direitos sociais. Constitucionalismo. Cooperação.

Sumário: 1 Introdução – 2 Direitos de liberdade e deveres negativos versus direitos sociais e deveres positivos: mito ou verdade incompleta? – 2.1 Direitos fundamentais e deveres do Estado – 2.2 O custo financeiro dos direitos fundamentais – 3 A constitucionalização das políticas públicas e o constitucionalismo de cooperação – 4 Conclusões – Referências

## 1 Introdução

O Primeiro-Ministro da China recentemente reconheceu que a distância entre ricos e pobres é um importante fator de desestabilidade social, o que tem motivado o governo chinês a promover reformas no sistema de saúde e a fomentar a geração de empregos na área rural da segunda maior economia do mundo. No Brasil, o PIB cresceu 7,5% em 2010, elevando o país para a 7ª posição no ranking dos países mais ricos do planeta. A revista Forbes noticia que, no ano de 2010, o número de brasileiros bilionários saltou de 18 para 30. Apesar disso, a Times Higher Education (THE), publicação especializada em ensino superior do jornal inglês The Times, publicou no mês de março uma lista das 100 melhores universidades do mundo. O Brasil é o único país entre os considerados emergentes (Rússia, Índia e China) que não conta com pelo menos uma universidade na lista.

No centro do debate acha-se a questão da realização dos direitos sociais. O ordenamento jurídico brasileiro definitivamente os abraçou com a promulgação da Constituição de 1988, seguida de extensa legislação sobre o tema.<sup>1</sup> Depois da consagração dos direitos sociais no direito positivo brasileiro, é comum a ideia de que toda a posterior atividade hermenêutica jurídica deve ser orientada para a maximização da sua realização. Da concepção do quanto mais melhor<sup>2</sup> surge a conclusão de que se o alvo é a efetividade dos direitos sociais, logo são bem vindas todas as ações que conduzam à maior realização possível desses direitos.

O presente trabalho tem como preocupação os direitos sociais como problema jurídico-constitucional. Com isso não se ignora a importância que a problematização no campo político ou filosófico exerce em torno da questão da realização dos direitos sociais. O que se quer ressaltar é, até para não se extrapolar os limites definidos para o presente ensaio, que o reconhecimento de uma inevitável e forte dimensão política dos direitos sociais não deve ofuscar a análise desses direitos sob uma perspectiva jurídica, e muito menos embaralhar os argumentos utilizados em cada um dos espaços em que o debate ocorre.

Sendo assim, num esforço de delimitar positivamente o objeto de investigação, será objeto de análise a reserva do financeiramente possível na sua relação com os direitos a prestações, designadamente no campo dos direitos sociais. Pretende-se com isso identificar os pontos de contato e de distanciamento entre direitos de liberdade e direitos sociais, e, assim, perceber o porquê de o controle judicial estar sujeito a limitações mais importantes no domínio da segunda categoria de direitos.

A exposição divide-se em duas partes principais: i) em primeiro lugar, examina-se a relação que se pode fazer entre direitos sociais e direitos de liberdade (direitos individuais civis e políticos), e qual a função que a reserva do financeiramente possível exerce no domínio dos direitos sociais; ii) na sequência, considerando que as políticas públicas foram e continuam sendo excessivamente constitucionalizadas, apresentar-se-ão algumas

<sup>1</sup> Sem pretensão de exaurir os exemplos, a Constituição trata dos direitos sociais nos artigos 6º, 7º, 193-219, as Leis nºs 8.080/90 e 9.961/2000 dispõem sobre o Sistema Único de Saúde e sobre a Agência Nacional de Saúde, a Lei nº 9.313/96 sobre o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus da AIDS, a Lei nº 8.742/93 regula a assistência social, a Lei nº 10.219/01 cria o programa bolsa-escola, a Lei nº 10.835 a renda básica de cidadania e a Lei nº 10.836/04 o bolsa-família.

<sup>2</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 25. O autor considera essa visão um resultado de uma atitude política que ignora os direitos sociais também como um problema jurídico-constitucional.

proposições para a realização dos direitos sociais sob uma perspectiva que se pode denominar de constitucionalismo de cooperação.

## 2 Direitos de liberdade e deveres negativos versus direitos sociais e deveres positivos: mito ou verdade incompleta?

### 2.1 Direitos fundamentais e deveres do Estado

Em primeiro lugar deve-se ter em consideração aquilo que tradicionalmente a teoria de direitos fundamentais diz em relação a direitos e deveres. Nesse campo figuram, de um lado, os direitos, e, do outro, os deveres. Se se olhar para os deveres imputados ao Estado ver-se-á que eles se dividem em dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção. Em síntese, o dever de respeito está associado a abstenções estatais (dever de o Estado não impedir o acesso a bens jusfundamentais por aqueles que o podem fazer por conta própria). Já o dever de proteção está conectado com prestações jurídicas ou normativas (dever de o Estado garantir o acesso a bens jusfundamentais através da edição de normas jurídicas). Por fim, o dever de promoção relaciona-se com prestações materiais ou fáticas (dever de o Estado criar condições materiais e fáticas de acesso aos bens protegidos constitucionalmente). Por isso, costumeiramente, os direitos sociais são associados a um dever positivo (promoção) e os direitos de liberdade a um dever negativo (respeito).

Apenas quando o particular tem a faculdade de acionar a realização efetiva de um interesse próprio, autônomo e individualizado é que, verdadeiramente, a garantia jurídica revelada pelo direito fundamental se apresenta, para ele, integralmente, na sua dimensão subjetiva.<sup>3</sup> Logo, reside na justiciabilidade, no interesse e por iniciativa do particular, o cerne da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. O art. 5, §1º, da CF/1988, como é de todos sabido, estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. Afirmar que os direitos sociais, ao contrário dos direitos de liberdade (direitos individuais civis e políticos), não são direitos fundamentais é o primeiro passo para se lhes negar a capacidade de gerar em favor dos seus

<sup>3</sup> A teoria ou concepção institucional dos direitos fundamentais, desenvolvida, sobretudo, através dos estudos de Peter Häberle, chamou, pela primeira vez, a atenção para a dupla dimensão dos direitos fundamentais: a subjetiva como lado jurídico-individual de garantia de um direito subjetivo público e de um lado jurídico-institucional, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade ordenados pelo direito (cf. NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 57 et seq.).

titulares, e em face do Poder Público, pretensões jurídicas plenamente exercitáveis.

Todavia, a discussão sobre a natureza fundamental ou não fundamental dos direitos sociais não parece atrair conclusões pragmáticas, ao menos no direito positivo brasileiro,<sup>4</sup> visto que a capacidade ou não de produzir em favor dos seus titulares certas posições subjetivas de vantagem prontamente exercitáveis em face do Estado não decorre apenas da atribuição ou não do rótulo da fundamentalidade. A questão é antes saber quais são as consequências dogmáticas desse reconhecimento constitucional. De fato, em Estado constitucional, a fundamentalidade de alguns direitos implica, desde logo, a consequência da vinculação jurídica dos poderes constituídos à norma constitucional. Todavia, o tipo e o grau dessa vinculação podem, e até devem, ser muito diversos.

A identificação do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais pressupõe o enfrentamento da estrutura e do conteúdo das normas definidoras de tais direitos, sem ignorar os fatores que podem condicionar a sua validade e a sua eficácia. Deve-se, pois, apurar em que medida há distinções substanciais de natureza ou de estrutura no conjunto dos direitos fundamentais (de liberdade ou sociais) que podem acarretar diferentes níveis de controle do agir ou do não agir da Administração Pública.

A fim de afastar o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais e, com isso, negar-lhes a qualidade de autoaplicabilidade, são utilizados, dentre vários, dois argumentos principais: i) o custo financeiro gerado pela sua realização; ii) a indeterminabilidade do seu conteúdo normativo.<sup>5</sup> Pretende-se aqui demonstrar que qualquer que seja a distinção que se queira fazer entre os regimes jurídicos dos direitos sociais e dos direitos de liberdade ela não deve se assentar apenas na primeira premissa.

## 2.2 O custo financeiro dos direitos fundamentais

Como direitos sociais, numa dimensão relativamente consolidada própria de Estado de Direito social, consideram-se os direitos à saúde, à moradia, à segurança social, ao trabalho e ao ensino, por exemplo. Os

<sup>4</sup> Ao contrário do que se verifica na Alemanha, nos Estados Unidos da América ou na Espanha, países nos quais ou os direitos sociais não foram acolhidos pelos respectivos textos constitucionais, ou foram acolhidos mas não com o alcance e natureza de direitos fundamentais.

<sup>5</sup> O segundo argumento foi por nós enfrentado no artigo A eficácia das normas de direitos sociais na CF/88, por isso prefere-se, aqui, não enfrentá-lo (cf. BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A eficácia das normas definidoras de direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, v. 25, p. 55-62, 2010).

direitos sociais como um todo<sup>6</sup> apresentam duas e decisivas características em comum: i) o respectivo objeto de proteção refere-se ao acesso individual a bens de natureza econômica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna e ii) a sua realização exige o acesso a bens escassos, custosos, a que os indivíduos só alcançam se dispuserem, por eles próprios ou pela ajuda do Estado, de suficientes recursos financeiros.

A confusão entre os regimes jurídicos atribuídos aos dois tipos de direitos é justificada exatamente pela desatenção em relação ao caráter multifuncional de cada um dos direitos.<sup>7</sup> Por outras palavras, tal como os direitos de liberdade, os direitos sociais impõem ao Estado deveres de respeitar (essencialmente um dever de abstenção), de proteger (essencialmente prestações normativas ou, eventualmente, fáticas) e de promover (essencialmente prestações fáticas ou, eventualmente, normativas)<sup>8</sup> o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, e a depender da dimensão, um direito de liberdade pode gerar custos financeiros tão ou mais onerosos do que certas pretensões ligadas a direitos sociais.

Também os direitos de liberdade, os direitos negativos clássicos, geram custos significativos, de modo que um condicionamento econômico e financeiro não é exclusivo dos direitos sociais.<sup>9</sup> Imagine-se a quantidade de normas, instituições e servidores públicos para se garantir, preventiva ou repressivamente, a efetividade do direito à propriedade privada, ao acesso à jurisdição através da criação, do aparelhamento e da manutenção de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público ou mesmo para se garantir eleições livres, tudo isso a consumir uma enorme quantidade de recursos financeiros. Percebe-se que, assim

<sup>6</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 41. Jorge Reis Novais afirma que a partir da mesma norma de direito fundamental é possível deduzir um complexo de posições ou pretensões jurídicas de direitos fundamentais e que é necessário integrar as distinções analítico-estruturais num enquadramento tipológico que, considerando o direito fundamental como um todo, apresente as características elementares sobre a natureza dos interesses em causa. De acordo com o mesmo autor, é preciso que se tenha em foco uma distinção que raramente é feita. Cuida-se da diferenciação, por um lado, entre direito fundamental como um todo e cada um dos direitos e pretensões individuais, bem como deveres estatais, que o integram, e, por outro, da distinção entre direito a título principal e direitos ou pretensões instrumentais dentro do direito fundamental (direito ao ensino como direito social na sua dimensão principal e a pretensão de não ser impedido de aprender ou ensinar como expressão acessória do direito de liberdade) (NOVAIS, 2003, p. 112, 129).

<sup>7</sup> NOVAIS, 2010, p. 44.

<sup>8</sup> Sobre os deveres estatais de respeito, de proteção e de promoção dos direitos fundamentais, cf. NOVAIS, 2010, p. 257-269.

<sup>9</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000. p. 94. No mesmo sentido quanto à constatação de que também os direitos de liberdade implicam custos financeiros, mas, ao contrário do que aqui se quer demonstrar, defendendo uma ampla justiciabilidade dos direitos sociais, cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 24 et seq.

como os direitos sociais, os direitos de liberdade são também custeados pelos contribuintes, e, por isso, uma distinção forte entre esses mesmos direitos não pode se apoiar apenas no argumento da reserva do financeiramente possível.<sup>10</sup> E isso ocorre simplesmente porque não há uma correspondência necessária entre direitos sociais e obrigações de fazer, de um lado, e direitos de liberdade e obrigações de não fazer, de outro.<sup>11</sup>

O que diferencia o direito social do direito de liberdade não é a dicotomia direito positivo versus direito negativo, como muitas vezes incorretamente se propala, mas sim a natureza do direito fundamental e das pretensões a ele correspondentes. O fato de uma dada Constituição qualificar ou sistematizar um determinado direito fundamental enquanto direito social ou enquanto direito de liberdade não é dogmaticamente decisivo.<sup>12</sup> O direito à vida e o direito ao ensino são dois bons exemplos.

A despeito de ser visto como expressão por excelência dos direitos de liberdade, o direito à vida pode alcançar uma miríade de faculdades, pretensões e deveres, tanto de direitos negativos como de direitos positivos (prestações fáticas e/ou jurídicas). Uma manifestação da dimensão negativa do direito à vida reside no direito a não ser privado da própria vida (dever de respeito realizado através de uma abstenção), ao passo que do mesmo direito pode decorrer a pretensão de que o Estado proteja o direito à vida através da edição de normas penais (dever de proteção realizado através de prestações normativas), ou que crie e mantenha um corpo policial capaz de proteger o indivíduo em caso de ameaça ou agressão por parte de terceiros (dever de proteção realizado através de prestações fáticas), ou, ainda, que garanta recursos financeiros suficientes para fazer frente ao direito a um mínimo necessário para uma existência condigna (dever de promoção realizado através de prestações financeiras).

O direito ao ensino, reconhecidamente um direito social, pode ser realizado através do dever de o Estado não impedir o acesso à educação daqueles que dispõem de condições financeiras próprias para custear os seus estudos (dever de respeito realizado através de uma abstenção), ou,

<sup>10</sup> Cf. 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. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593.

<sup>11</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17. A artificialidade da distinção é notada também por DAINTITH, Terence. The Constitutional Protection of Economic Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, p. 56, 57-64-90, 2004.

<sup>12</sup> NOVAIS, 2010, op. cit., p. 64.

no plano dos deveres positivos, através da construção e manutenção de escolas públicas (dever de promoção realizado através de prestações fáticas e financeiras).

Portanto, a identificação do grau adequado ou constitucionalmente permitido de controlabilidade judicial deve partir da investigação acerca da natureza da pretensão manifestada pelo titular do direito. É preciso saber se se trata de um agir ou de uma abstenção, independentemente de o direito que lhe confere cobertura jurídico-constitucional se inserir dentro de um direito como um todo<sup>13</sup> com natureza de direito de liberdade ou de direito social. Embora se queira aqui desmistificar a separação rígida entre direitos sociais e deveres positivos, de um lado, e direitos de liberdade e deveres negativos, de outro, não se ignora o fato de a dimensão principal dos direitos sociais — tendo em conta as diversas pretensões e faculdades a eles inerentes — estar relacionada com o direito a prestações, ao passo que a dimensão principal dos direitos de liberdade — ainda considerando as inúmeras pretensões a eles inerentes — encontrar-se conectada à ideia de abstenções ou obrigações de não fazer. O que se quer é tão somente fazer incidir luz sobre a circunstância de que, unida à dimensão principal dos direitos fundamentais, existe um plano acessório que não raras vezes é olvidado pelos operadores jurídicos.

Seja como for, a cisão entre o direito fundamental em si e as diversas pretensões a ele relacionadas revela que tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade podem apresentar ou não custos financeiros. Nos casos em que este custo existe, dúvida parece não haver que ele limita, ao menos no plano fático, a realização dos direitos fundamentais. Por outras palavras, tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade podem estar sujeitos ao que se convencionou chamar de reserva do financeiramente possível. A diferença exsurge apenas quando as lentes se voltam para as dimensões principais de cada direito: no caso dos direitos sociais, o âmbito de proteção e promoção (direitos a prestações ou deveres positivos), no caso dos direitos de liberdade o âmbito de respeito (direitos a abstenções ou deveres negativos).

Significaria isso, então, que a reserva do financeiramente possível condiciona, na mesma intensidade, tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade? Significaria dizer ainda que, no domínio dos

---

<sup>13</sup> NOVAIS, 2010, op. cit., p. 134.

direitos sociais, os juízes dispõem de uma competência de controle reforçada? A resposta a ambas as perguntas são negativas.<sup>14</sup>

Ao contrário do que ocorre nos direitos de liberdade (e aqui é importante que se tenha presente a dimensão principal dos direitos fundamentais), a reserva do financeiramente possível compõe o conteúdo da norma de direito fundamental social.<sup>15</sup> A estrutura das normas de direitos sociais, na sua dimensão principal, contempla a reserva do financeiramente possível como elemento integrante da sua previsão. Por isso essa reserva constitui uma das condições que devem ser realizadas para que seja ativada a consequência jurídica que corresponde à esta-tuição da mesma norma.

Disso decorre que a verificação das condições econômicas e sociais favoráveis é condição de eficácia dos direitos sociais.<sup>16</sup> Não suscita qualquer controvérsia a constatação de que o direito de propriedade seria violado se o valor pago pela desapropriação de terras para fins de utilidade pública não fosse considerado justa indenização (art. 5º, XXII e XXIV, da CF/1988), nada obstante a decisão implicar custos financeiros. A aferição do direito à moradia não parece estar submetida à mesma análise, isso porque, sendo um direito social a prestações, a reserva do financeiramente possível integra a sua previsão normativa e, por isso, condiciona a consequência jurídica que lhe é subjacente, qual seja, o direito subjetivo a uma casa.

Outro fator que justifica a diferença de tratamento entre direitos de liberdade e direitos sociais diz respeito ao impacto que cada um deles, globalmente, exerce sobre as finanças públicas. Se, como visto, os direitos de liberdade também custam dinheiro, os direitos sociais custam ainda mais dinheiro.<sup>17</sup> Para além das despesas de custeio de qualquer órgão ou entidade pública para que o Estado respeite, proteja e promova os direitos de liberdade, a promoção dos direitos sociais demanda

<sup>14</sup> Ao contrário, a avaliação do grau de intervenção judicial no campo da dimensão negativa, quer de direitos de liberdade (sua dimensão principal), quer de direitos sociais (sua dimensão acessória), pode ser diferente, pois, nesse domínio, se apresenta como legítima uma maior intervenção judicial. Nesse sentido, cf. DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 411, 2007.

<sup>15</sup> NOVAIS, 2010, op. cit., p. 102, 103. Contra, no sentido de que a reserva do possível não integra o conteúdo normativo dos direitos sociais, SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 30.

<sup>16</sup> A mesma ideia pode ser atribuída à dimensão acessória dos direitos de liberdade (direito a prestações normativas e materiais). Do contrário, seria juridicamente possível constranger judicialmente a Administração Pública a criar e manter determinadas instituições, a exemplo da Defensoria Pública, aumentar o efetivo das forças policiais, adquirir certos equipamentos para uso das polícias militares e judiciária, criar e prover varas judiciais etc.

<sup>17</sup> SILVA, 2008, op. cit., nota 10, p. 593.

recursos adicionais. Prova disso é que a Constituição determina o emprego de percentuais mínimos das receitas públicas para investimentos e manutenção dos serviços de educação (nunca menos de 18% pela União e, no mínimo, 25% pelos Municípios, Estados e Distrito Federal) e saúde (15% nos Municípios e 12% nos Estados e no Distrito Federal).<sup>18</sup> Por tudo isso é que a competência de fiscalização do Poder Judiciário encontra, no plano da dimensão principal dos direitos sociais, limitações mais sérias do que as impostas pelos direitos clássicos de liberdade.

Holmes e Sunstein, em passagem que já se tornou célebre, afirmam que levar os direitos a sério é levar também a sério a questão da escassez de recursos.<sup>19</sup> A questão que exsurge diz respeito aos métodos que devem ser adotados para se realizar os direitos sociais na maior medida possível, especialmente num ambiente em que os direitos são muitos e os recursos são reduzidos.

Um modelo constitucionalmente adequado e que seja capaz de colocar em situação de destaque jurídico-constitucional os direitos sociais tem de compor uma dogmática que insira esses direitos no rol das garantias jusfundamentais, mas sem se olvidar as especificidades das reservas que lhes são inerentes. Assim, será determinante para o nível de controle judicial sobre as políticas públicas no campo dos direitos sociais a prestação o fato de que, ao contrário dos direitos de liberdade a abstenções, a reserva do financeiramente possível representa um fator reforçado de contenção da intervenção judicial. Isso porque esta reserva integra o conteúdo normativo dos próprios direitos sociais a prestações e porque implicam gastos financeiros consideravelmente superiores aos despendidos para a realização dos direitos de liberdade.

A despeito da limitação que a reserva do financeiramente possível impõe ao controle judicial no domínio dos direitos fundamentais e, para o que interessa ao presente estudo, dos direitos sociais a prestações, certo é que, da opção constitucional em elevar certas posições jurídicas de vantagens à categoria de direitos fundamentais, deve decorrer consequências jurídicas reais. Os direitos sociais, especialmente num país como o Brasil, em que a taxa de desigualdade social é a quarta maior

<sup>18</sup> A base de cálculo para os valores a serem investidos é definida nos arts. 198, §2º e 212 da CF/1988.

<sup>19</sup> HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 94.

do mundo,<sup>20</sup> funcionam como pré-condição para a democracia.<sup>21</sup> O passivismo judicial pode, nesse contexto, ser tão prejudicial como o ativismo judicial sem racionalidade. Entretanto, a realização dos direitos sociais não está desconectada de decisões políticas ou de políticas públicas, mesmo porque implica a alocação de recursos financeiros segundo diretrizes estabelecidas pelo legislador, domínio em que a intervenção judicial deve ser medida excepcional. No Brasil, o tema é objeto de grande celeuma especialmente porque se assistiu, em 1988, a um movimento de ampla constitucionalização das políticas públicas.

### 3 A constitucionalização das políticas públicas e o constitucionalismo de cooperação

Paira sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, na expressão de Canotilho, a carga metodológica da “vagueza” e da “indeterminação”, que a teoria da ciência vem apelidando de “fuzzysmo” ou “metodologia fuzzy”.<sup>22</sup> Nesse ambiente, aparecem o que o mesmo autor chama de “camaleões normativos”, ou seja, uma realidade de instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto no qual se dá a confusão entre conteúdo de um direito, juridicamente definido e determinado (direitos subjetivos e deveres jurídicos), e sugestão de conteúdo (programas e diretrizes políticas), sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes.<sup>23</sup>

A confusão é, na linha do que afirma o professor português, consequência da dificuldade de diferenciar direitos sociais e políticos e políticas públicas de direitos sociais.

Não há equivalência entre políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais sociais, uma vez que essa tarefa é apenas

<sup>20</sup> Segundo dados apresentados no Relatório de Desenvolvimento Humano (HDR - Human Development Report) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, (Gini Index - razão entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres). As estatísticas estão disponíveis em: <[http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04\\_table\\_14.pdf](http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04_table_14.pdf)>.

<sup>21</sup> Destacando a indissociabilidade entre direitos sociais e direitos de liberdade, cf. PALMER, Ellie. Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights act. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 1, p. 158, 2009; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 252 e, no Brasil, dentre muitos, BARROSO, Luís Roberto. *Brazil's Unbalanced Democracy: Presidential Hegemony, Legislative Fragility and the Rise of Judicial Power*. Mimeografado, p. 19. Versão apresentada durante colóquio sobre democracia na Universidade de Yale, fev. 2011.

<sup>22</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 99.

<sup>23</sup> Id., *ibid.*, p. 100.

componente, explícita ou implícita, de uma ou de várias políticas públicas. Não há também equivalência entre políticas públicas e direitos sociais na medida em que estes são normas ou sempre pressupõem normas.<sup>24</sup> Por outro lado, as políticas públicas podem ou não pressupor a existência de normas jurídicas; e mais, as normas jurídicas podem ou não integrar o corpo da Constituição.

As políticas públicas são, no entender de Maria Paula Dallari Bucci, a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>25</sup> Cláudio Gonçalves Couto e Rogério Bastos Arantes inserem as políticas públicas (policies) na dimensão dinâmica da realidade política, na medida em expressam o resultado do jogo político conduzido de acordo com as regras estabelecidas e representam consensos mínimos acerca dos resultados concretos e circunstanciais.<sup>26</sup>

As policies ou as políticas públicas, justamente porque implicam custos financeiros indispensáveis para se promover o acesso amplo às prestações inerentes aos direitos sociais, dependem essencialmente das conjunturas econômicas verificadas em cada período, razão pela qual não devem ser reguladas na Constituição nos seus mínimos detalhes. E assim deve ser para que não sejam criados obstáculos à conjuntura da gestão democrática, profundamente afetada por situações sociais, econômicas ou tecnológicas imprevistas ou mesmo previstas mas de consequências incalculáveis. Fato é que a constitucionalização das políticas públicas reduz em demasia a liberdade decisória dos atores políticos.

Postos de lado aspectos atinentes à teoria da constituição, e para não se fugir do objetivo proposto, menciona-se apenas que, de acordo com Cláudio Couto e Rogério Arantes, a Constituição Federal de 1988, dos seus 1.627 dispositivos, decompostos em artigos, parágrafos, incisos e alíneas, excluídos os Atos das Disposições Transitórias, 30,5% podem ser classificados como políticas públicas. Se a análise tiver como objeto apenas o Título VII da Constituição (Da Ordem Econômica e Financeira),

<sup>24</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional de políticas públicas: regra ou exceção?. Mimeografado. Versão provisória de uma intervenção (integrada no subtema “Jurisdição, Políticas Públicas e Administração”) proferida no II Encontro de Professores de Direito Público na Universidade Católica de Lisboa, jan. 2009.

<sup>25</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 135, 136, 1996.

<sup>26</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves Couto; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 47, jun. 2006. Os autores identificam na Constituição normas sobre o que eles chamam de polity, politics e policy.

concluir-se-á que 70% dos dispositivos tratam de políticas públicas e se o exame for feito sobre dispositivos integrantes do Título VIII (Da Ordem Social), a proporção será de 60%. Os dados confirmam o que se disse acima sobre o porquê da reserva do financeiramente possível estar diretamente ligada às prestações materiais.

Chega-se a duas conclusões: i) os constituintes retiraram ou pelo menos dificultaram a adoção de futuras soluções alternativas tão ou mais razoáveis que as feitas antecipadamente pela Carta constitucional; e ii) a judicialização da política resulta desse movimento de transformar em normas constitucionais alguns meios para a realização dos direitos sociais. Dessas duas premissas decorrem duas consequências que poderiam ser chamadas de efeitos perversos ou efeitos colaterais que seriam: a) a baixa normatividade dos comandos constitucionais, o que se nota através das constantes emendas à Constituição;<sup>27</sup> e b) a desorganização orçamentária que um voluntarismo judicial irracional exercido através de decisões judiciais descoordenadamente proferidas causam nas finanças públicas e, por consequência, na implementação de políticas sociais e econômicas já anteriormente estabelecidas pelo legislador e pelo governo.<sup>28</sup>

Diante desse quadro, e apesar da crítica que se fez acima acerca da desmedida constitucionalização das políticas públicas, o melhor caminho parece ser o que leva a uma solução aristotélica intermediária,<sup>29</sup> através da qual, correndo dos extremos, onde se encontram os vícios, poder-se-ia chegar à virtude revelada no meio-termo. Isso, contudo, não quer dizer que se deva ficar a meio caminho do objetivo, que é o fornecimento aos indivíduos de um conjunto básico de direitos fundamentais que lhes identifique como cidadãos conscientemente participantes do processo político.

Ficando apenas no campo de medidas que podem ser executadas de forma mais imediata, com o que se exclui a problemática da

<sup>27</sup> Cláudio Couto e Rogério Arantes apresentam dados estatísticos aferidos durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. COUTO; ARANTES, op. cit., p. 58 et seq. Concluem os autores que a agenda política e governamental no Brasil segue sendo uma agenda constituinte.

<sup>28</sup> É por isso que José de Melo Alexandrino considera que o controle jurisdicional das políticas públicas deve ser não a regra, mas a exceção. ALEXANDRINO, 2009, op. cit., p. 10. Fernando Scaff afirma que a intervenção judicial sem autorrestrrição implica o aprisionamento do interesse social em detrimento do direito individual (SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146). Roselin Dixon fala em "encargos de inércia" reversamente criados pela intervenção judicial (reverse burden of inertia), cf. DIXON, op. cit., nota 14, p. 410.

<sup>29</sup> BARCELOS, Ana Paula. 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 (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

desconstitucionalização das políticas públicas, que permanece no espaço de investigação da teoria da constituição,<sup>30</sup> apresentam-se algumas sugestões que, reunidas, podem ser chamadas de solução da questão social pelas quatro vias. Essas ideias estão longe de representar a panaceia para as mazelas da República, mas podem contribuir para a realização dos direitos fundamentais sociais no contexto de um constitucionalismo de cooperação.<sup>31</sup>

No domínio judicial, a proposta é que o juiz realize tão somente a fiscalização da execução das políticas públicas e não queira defini-las no lugar do legislador e do administrador. Desse modo, não se exclui definitivamente o juiz constitucional do debate, mas apenas se restringe a sua competência quanto ao controle das metas estabelecidas pelo legislador no âmbito das políticas públicas. Embora a judicialização da política seja uma opção feita pelo legislador constituinte brasileiro, e, por isso, dela não se pode correr, a sua realização deve ser vista como resultado de um processo gradual e que depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e nos procedimentos judiciais, designadamente no domínio do processo civil coletivo.<sup>32</sup> Além disso, os órgãos judiciais não podem ignorar que o conteúdo dos direitos sociais na sua dimensão principal, ou seja, de direitos a prestações positivas, é integrado pela reserva do financeiramente possível, condição que, se não está presente na dimensão principal dos direitos ditos de liberdade, também os afeta na sua dimensão acessória de direitos positivos a prestações fáticas e jurídicas.

Diante da evidência de que o Judiciário não dispõe das condições operacionais para pensar em direitos sociais de forma coletiva e global, tal tarefa deve ficar sob a batuta do poder político, formado e exercido através do processo político democrático.<sup>33</sup> Boa parte das demandas

<sup>30</sup> Canotilho concebe o que ele chama de "solução pela "des-introversão". Por ela entende o processo de desconstitucionalização das políticas sociais (e não dos direitos sociais) sem a excomunhão dos direitos sociais do nível normativo-constitucional. Constitucionalizar políticas públicas, de acordo com o professor de Coimbra, diminui a discricionariedade do legislador, e dificulta a compatibilização, a longo prazo, das tendências políticas do legislador quanto ao sistema de prestações sociais com o esquema rígido cristalizado nas normas constitucionais (CANOTILHO. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos"...", nota 22, p. 112).

<sup>31</sup> DIXON, op. cit., p. 393.

<sup>32</sup> Nesse sentido, SILVA. O judiciário..., op. cit., p. 596.

<sup>33</sup> Ingo Sarlet pondera que os órgãos judiciais, não podendo se negar a conhecer de demandas judiciais sobre prestações sociais, devem exercer um prudente e responsável esforço de autolimitação funcional (SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 43). Nesse sentido, sob uma perspectiva de um "constitucionalismo de cooperação", embora com algumas diferenciações quanto ao grau de intervenção judicial, cf. DIXON, op. cit., nota 14, p. 410; TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights: and Democracy-Based Worries. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 813, 821, 835, 2003 e WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. *Sup. CT. L. Rev.*, v. 7, n. 46, p. 39-46, 2004.

individuais que chegam até o Judiciário é impulsionada, para além das limitações orçamentárias e dos compromissos prodigamente assumidos na Constituição em matéria de direitos sociais, pela má gestão pública. Muitos, senão a maioria, dos problemas de efetividade do direito à saúde decorrem mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na sua elaboração. Por desvios na execução podemos compreender: a ineficiência administrativa em colher, armazenar e compreender dados da realidade; a não aplicação dos recursos mínimos constitucionalmente estabelecidos na área da saúde e educação; bem como os escandalosos casos de corrupção que contaminam a atividade administrativa e contribuem para o descrédito e o desinteresse da sociedade sobre os problemas político-sociais do país.<sup>34</sup>

No domínio administrativo, urge o florescimento de uma nova cultura, de um novo modelo de gestão administrativa.<sup>35</sup> Um modelo que cuide de, dentre várias ações: i) estabelecer, realizar e controlar metas globais através de métodos conduzidos pela coleta e pela análise de dados, metas estas que devem ser desdobradas ao longo de toda a Administração Pública, envolvendo cada gestor no objetivo maior de atender às necessidades da população; ii) promover a meritocracia em detrimento do apadrinhamento, do clientelismo e do fisiologismo que colocam o interesse individual acima do interesse social; iii) criar uma cultura feroz de combate ao custo financeiro da atividade administrativa, especialmente as perdas decorrentes do desperdício, da inconsistência e insuficiência; e iv) desenvolver novas formas de otimizar a atividade arrecadatória do Estado através de instrumentos capazes de combater a evasão fiscal. Enfim, nesse plano, a otimização dos direitos sociais não deriva apenas da sua proclamação exaustiva nos textos constitucionais, mas da identificação e difusão de boas práticas, ou seja, da “boa governança”<sup>36</sup> dos recursos públicos e privados afetados ao sistema de saúde, de educação etc. Com isso, será possível alavancar os programas sociais

<sup>34</sup> Investigações administrativas do Ministério da Saúde e da Controladoria Geral da União, concluídas entre 2007 e 2010, apontaram desvios de R\$662,2 milhões no Fundo Nacional de Saúde. O prejuízo pode ser bem maior, pois somente 2,5% das chamadas transferências fundo a fundo são fiscalizadas, de acordo com a CGU. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/03/28/educacao-saude-tem-pior-fiscalizacao-admite-ministro-chefe-da-cgu-924113608.asp>>.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Rafael Arruda. New Public Management e contratualização: novos vetores da governação. Palestra. Proferida em evento “Contratualização na Administração Pública”, Goiânia, 07 abr. 2010. Escola Superior de Advocacia de Goiás. Mimeografado, 2010.

<sup>36</sup> CANOTILHO. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais, nota 21, p. 249.

e consolidar programas educacionais avançados e, por consequência, reformar o cidadão.

No domínio legislativo (e ainda no plano administrativo), ganham destaque as fórmulas de parcerias entre o poder público e o setor privado na realização dos serviços públicos e nos serviços de relevância pública, o que pode desonerar o Estado do desembolso imediato de recursos financeiros necessários para a implementação dos direitos sociais.<sup>37</sup> Para tanto, é preciso que sejam criados marcos regulatórios seguros e controláveis capazes de, ao mesmo tempo, criar um ambiente atrativo para investimentos privados — especialmente em infraestrutura — sem prejudicar a capacidade de o Estado fixar diretrizes, fiscalizar os serviços e, um dos aspectos mais importantes, controlar o endividamento público. Além disso, é mais do que hora de se realizar a tal propalada e esperada reforma do sistema eleitoral, único caminho capaz de, num ambiente de grave crise de representatividade, aproximar os interesses dos indivíduos (e não dos grupos de interesses) dos interesses de seus representantes.

Por fim, e representando a quarta e mais importante via, no domínio social, impende que incida sobre a definição e a execução das políticas públicas um controle qualificado por parte da sociedade civil. É de extrema importância que a sociedade, para além do plano da distribuição de encargos com vistas à efetivação de padrões mínimos de justiça social,<sup>38</sup> e sem reduzir-se o controle exercido pelas Cortes de Contas, realize um intenso controle sobre os gastos públicos e sobre a realização de políticas públicas, bem como auxilie o Estado a identificar “pontos cegos” (blind spots) ou deficiências na realização dos direitos sociais.<sup>39</sup> Para isso, sem excluir a necessária transparência que se deve exigir dos agentes públicos, deve-se contar com o fomento proporcionado por uma imprensa livre e independente, bem como incorporar no nosso cotidiano as redes sociais virtuais, como o twitter e o facebook,<sup>40</sup> instrumentos poderosíssimos na difusão de ideias e propulsores do debate público.

<sup>37</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-53, jul./set. 2005.

<sup>38</sup> Canotilho aponta o caminho da subsidiariedade com uma das soluções para o que chama de “crise do Estado social” (CANOTILHO. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos”..., nota 22, p. 112).

<sup>39</sup> DIXON, op. cit., nota 15, p. 413.

<sup>40</sup> O Senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF) protocolou, no mês de março de 2011, uma proposta de emenda constitucional para introduzir no rol do art. 6º o direito à internet. Sem tocar na conveniência ou não de se introduzir no texto constitucional disposição dessa natureza, queremos apenas ressaltar a importância que se tem dado à disseminação do acesso à internet.

Veja-se que as grandes questões do sistema político-social brasileiro são culturais e não podem ser mudadas por decreto ou por ordem judicial. A transformação que se quer para além do campo normativo deve envolver a colaboração de todos os agentes direta ou indiretamente envolvidos no processo político, cada um cumprindo a sua função no contexto de um constitucionalismo de cooperação.

#### 4 Conclusões

A estrutura das normas de direitos sociais, na sua dimensão principal, contempla a reserva do financeiramente possível como elemento integrante da sua previsão. Por isso essa reserva constitui uma das condições que devem ser realizadas para que seja ativada a consequência jurídica que corresponde à estatuição da mesma norma.

Diante de um quadro que desafia a viabilidade de um Estado que se diz social (ou pelo menos é assim que se quer ver reconhecido), as tarefas de socialidade devem ser conduzidas nas quatro dimensões acima relacionadas: i) um juiz que, sem renunciar à competência que lhe foi outorgada por um Estado constitucional, reconheça as limitações normativas, fáticas e operacionais que exigem a sua autorrestrição no controle das políticas públicas; ii) um administrador que, diante das circunstâncias sociais, econômicas e tecnológicas, oriente, com eficiência e probidade, a despesa pública para o financiamento dos serviços sociais e para os investimentos produtivos; iii) um legislador que, também sem ignorar as variáveis socioeconômicas, na perspectiva de um estado diretor e não dirigente,<sup>41</sup> estabeleça os marcos regulatórios necessários para a promoção dos direitos sociais e iv) um cidadão interessado nas questões sociais, políticas e econômicas que, num ambiente no qual se garanta o direito de informar e ser informado, integre um corpo social fiscalizador das atividades públicas, não apenas no dia da eleição, mas ao longo da definição e execução das políticas governamentais.

A reunião desses quatro elementos metodológicos pode seguramente constituir o pilar de sustentação da democracia brasileira, no ambiente que se pode chamar de constitucionalismo de cooperação, evitando não apenas convulsões sociais como as que se passam no norte da África, mas também promovendo o desenvolvimento econômico e social

<sup>41</sup> As características do que se pode entender por estado dirigente e estado diretor foram analisadas por Gomes Canotilho, CANOTILHO. "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais, nota 21, p. 257 et seq.

do país e reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Além de esbanjar nacionais na lista de bilionários da Forbes e de ocupar posição dianteira entre os países mais ricos do globo, o Brasil pode também ostentar o título de nação recordista no número das melhores e maiores universidades do mundo e apresentar os melhores índices de desenvolvimento humano.

Eis que todos devem estar atentos aos métodos utilizados para se alcançar esse objetivo, pois ao fim e ao cabo de um processo viciado, a mesma atitude, conduzida por uma hermenêutica na maioria dos casos politicamente informada, pode colocar sob suspeita a bondade dos resultados até então obtidos. Um movimento no sentido contrário pode, no outro extremo, levar a consequências, se não piores, certamente menos satisfatórias. Para se fugir dos vícios e se chegar aos resultados pretendidos pela Constituição é preciso muito mais do que vontade política.

The Reserve of the Financial Possibilities in the Normative Content of Social Rights and the Cooperative Constitutionalism

Abstract: The structure of the standards of social rights in its primary dimension includes the reserve of the financial possibilities as an integral element of his prediction. In a state that is said sociality, social tasks must be carried from what may be termed a constitutionalism of cooperation between a judge aware of the limits of its competence, an administrator guided by efficiency and probity, a legislator that can establish appropriate regulatory frameworks, and, finally, a politically mobilized society that is able to monitor the public activities.

Key words: Reserve. Social rights. Cooperative Constitutionalism.

## Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais*. Estoril: Principa, 2007.

ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

BARCELOS, Ana Paula. *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 (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Brazil's Unbalanced Democracy: Presidential Hegemony, Legislative Fragility and the Rise of Judicial Power*. Mimeografado. Versão apresentada durante colóquio sobre democracia na Universidade de Yale, fev. 2011.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. *A eficácia das normas definidoras de direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás*, v. 25, p. 55-62, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

COUTO, Cláudio Gonçalves Couto; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.

DAINTITH, Terence. The Constitutional Protection of Economic Rights. International Journal of Constitutional Law, v. 2, n. 1, p. 56-90, 2004.

DIXON, Rosalin. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited. International Journal of Constitutional Law, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

MATHIEU, Bertrand. La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998. In: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 6, 1998. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm>>.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração económica para as parcerias público-privadas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-53, jul./set. 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. New Public Management e contratualização: novos vetores da governação. Palestra. Proferida em evento "Contratualização na Administração Pública", Goiânia, 07 abr. 2010. Escola Superior de Advocacia de Goiás. Mimeografado, 2010.

PALMER, Ellie. Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights act. International Journal of Constitutional Law, v. 7, n. 1, p. 155-169, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

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. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights: and Democracy-Based Worries. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 813-835, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. *Sup. CT. L. Rev.*, v. 7, n. 46, p. 39-46, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 229-247, jul./set. 2011.

Recebido em: 29.05.11

Aprovado em: 16.09.11