XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-184-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o Pais atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento politico de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO,PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOVILMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGINIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL)

SOCIAL RIGHTS AND FINANCIAL STABILITY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (EUROPEAN UNION-BRAZIL)

Federico Losurdo [1]

Resumo

Nas últimas décadas, a tensão entre o valor dos direitos sociais e o valor da estabilidade financeira tornou-se colisão entre o "Povo do Estado" e o "Povo do Mercado": os dois poderes constituintes do mundo contemporâneo. O primeiro, para garantir lealdade aos seus representantes institucionais, reivindica amplas políticas de bem-estar social. O segundo pretende, principalmente, que o Estado pague a dívida soberana e, portanto, adote políticas de rigorosa austeridade. Este ensaio tem por objetivo analisar as relações contraditórias entre esses dois valores, em uma perspectiva comparada entre o Brasil e a União Europeia.

Palavras-chave: Direitos sociais, Estabilidade financeira, Crise econômica

Abstract/Resumen/Résumé

In recent decades the tension between social rights and financial stability has become a collision between the "People of the State" and the "People of the Market": the two constituent powers of the contemporary world. The first, to ensure loyalty to their institutional representatives, claims broad policy of social welfare. The second aims mainly that the state pays the sovereign debt and, therefore, in the event that public finances are not in order, adopt strict austerity policies. This essay aims to examine the contradictory relationship between these two values in a comparative perspective between Brazil and the European Union.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Economic crisis, Financial stability

[1] PhD. Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão. Foi pesquisador visitante na Universidade do Pais Basco (Espanha) e na Universidade Ludwig Maximilian de Mônaco da Baviera (Alemanha)

1. Introdução. As razões para uma comparação

Nas últimas décadas, a tensão entre o valor dos direitos sociais e o valor da estabilidade financeira tornou-se colisão – para retomar as palavras incisivas de Streeck (2014, p. 79) – entre o "*Povo do Estado*" e o "*Povo do Mercado*": os dois *poderes constituintes do mundo contemporâneo*. O primeiro, para garantir lealdade aos seus representantes institucionais, reivindica amplas políticas de bem-estar social. O segundo pretende, principalmente, que o Estado pague a dívida soberana e, portanto, no caso em que as finanças públicas não estejam em ordem, adote políticas de rigorosa austeridade.

Este ensaio tem por objetivo analisar as relações contraditórias entre esses dois valores, em uma perspectiva comparada entre o Brasil e a União Europeia. Como tentaremos demonstrar, as soluções normativas assumidas pelos dois ordenamentos jurídicos convergem, em grande parte, atribuindo maior peso ao valor da estabilidade financeira, com sacrifício crescente dos direitos sociais.

A comparação aqui proposta é possível porque Brasil e União Europeia são dois modelos "federais"[1] que, em diferentes graus, continuam a enfrentar desequilíbrios econômicos internos, que colocam em risco a coesão social deles. Além disso, a comparação entre o Brasil e a União Europeia torna-se possível porque são, no sentido lato, *organizações "multinível"*, que possuem uma rede articulada de autonomia territorial. Ao mesmo tempo, ambos têm uma relativa homogeneidade dos valores culturais e dos princípios constitucionais e adotaram um sistema jurídico de *civil law* (Galindo, 2006).

Essas similaridades permitem uma comparação entre as soluções políticas e institucionais com as quais o Brasil e a União Europeia enfrentam a instabilidade financeira endêmica, produzida pela crise econômica global.

2. O valor constitucional dos direitos sociais

O Constitucionalismo liberal não atribui um sentido jurídico adequado aos direitos sociais, relegados à esfera dos *direitos morais*. É sempre o mercado, impulsionado pela "mão invisível", que estabelece a melhor distribuição possível da riqueza. Os menos favorecidos, que permaneciam excluídos do "grande banquete da natureza", puderam contar apenas com a caridade pública e privada, sem ter qualquer pretensão jurídica perante o Estado.

[1] Na verdade, hoje a União Europeia está experimentando, principalmente na zona euro, formas acentuadas de federalização das políticas econômicas e fiscais.

A revolução industrial e a aplicação implacável dos dogmas econômicos e jurídicos do individualismo contribuíram decididamente para a explosão de uma inédita questão social e das grandes convulsões políticas e sociais de 1848. A fim de evitar uma "revolução de baixo", as elites liberais mais iluminadas se tornam promotoras de uma "revolução de cima". Elas construíram sistemas de segurança sociais obrigatórios, que são um pilar fundamental do Estado de bem-estar social contemporâneo (BONAVIDES, 1993; LUHMANN, 2007; RITTER, 1991).

No âmbito dos ordenamentos jurídicos construídos na Europa, desde a metade de 1800, os direitos sociais eram, quase sempre, configurados como "direitos de crédito" provenientes de um contrato. Considerando as contribuições pagadas pelo trabalhador e seu empregador, o Estado garantia um desempenho de capital à ocorrência de um evento específico relativo à vida trabalhista ou a sua cessação (tais como doença, lesão, desemprego, velhice etc.).

Apesar dos direitos sociais terem sidos reforçados em termos de força jurídica, sua aplicabilidade real foi deixada em grande parte à discricionariedade da administração e do legislador. Cabia a estes poderes incontestáveis medir a intensidade da proteção dos direitos sociais, em relação às "*reservas do possível e do razoável*". Forsthoff (1973, p. 47) observa que os direitos sociais, como "direitos de participação", não "têm um tamanho fixo", porque eles têm um significado razoável apenas dentro dos limites do que, em casos concretos, é adequado, necessário e possível. Fazia-se aqui uso de um argumento lógico sistemático, que hoje é recuperado (e adaptado), a fim de justificar a prevalência do valor da estabilidade financeira sobre os direitos sociais, não só na Europa, mas também no Brasil.

O Estado de bem-estar social tem historicamente se consolidado e legitimado, contrastando a lógica econômica do mercado com uma racionalidade política específica. Seu objetivo era a *integração da sociedade* (e em particular do mundo do trabalho) no horizonte ético do ordenamento jurídico (BUELGA, 2002; CANTARO, 2006). O constitucionalismo liberal utilizava o conceito da igualdade formal do "sujeito único de direito" para esconder a desigualdade material entre os sujeitos do mercado (trabalhadores e empregadores). Diferentemente, o constitucionalismo social-democrático, a partir de Weimar, reconhecia um nível mais elevado de proteção aos sujeitos – aos trabalhadores – reputados socialmente menos favorecidos (MORTATI, 1975).

Neste sentido, os direitos sociais individuais e coletivos garantiam a redistribuição, fora dos mecanismos de mercado, de uma parte da riqueza produzida pela comunidade, de modo a permitir a plena participação de todos os cidadãos na vida democrática da polis. Este é

o significado mais profundo do reconhecimento dos direitos sociais, tanto nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus, como naqueles da América Latina.

3. O valor da estabilidade financeira depois do colapso do sistema do Bretton Woods

O constitucionalismo social-democrático europeu tem sido, sem dúvida, um importante modelo cultural para o constitucionalismo social-democrático na América Latina. A prova disso é a fórmula do "Estado democrático de direito" contida na Constituição brasileira. Uma fórmula que indica uma síntese ideal das liberdades negativas do Estado liberal e das liberdades positivas do Estado de bem-estar (FERNANDES, 2015, p. 288). Entretanto, não é possível comparar, sic et simpliciter, o Estado social brasileiro (e dos outros países da América Latina) com o Estado social europeu, sem considerar as extraordinárias circunstâncias históricas que permitiram na Europa um grande desenvolvimento do estado de bem-estar, paralelamente à construção de um mercado comum.

Nos tratados europeus originais – Paris 1951: Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e Roma, 1957: Comunidade Econômica Europeia (CEE) – era evidente uma tendência à "*separação funcional*" entre a esfera do mercado comum, sob a autoridade da lei e do direito supranacional, e a esfera do Estado do Bem-Estar, sob a autoridade das leis nacionais (SCHARPF, 1995; GIUBBONI; 2009).

Além disso, o "Plano Marshall" prefigurava uma constituição econômica orientada para o crescimento, sob a qual a Europa podia ter a esperança de reiniciar o desenvolvimento do Velho Continente depois das terríveis tragédias das duas guerras mundiais.

A evolução relativamente "incondicionada" e autônoma dos Estados sociais europeus não teria sido possível sem a proteção garantida pela constituição econômica internacional, concebida, após a Segunda Guerra Mundial, em torno dos pilares do sistema monetário do Bretton Woods[2] e do sistema comercial do GATT.

O sistema de Bretton Woods, com base nas taxas de câmbio fixas atreladas ao dólar, manteve nas mãos dos Estados a disciplina dos movimentos de capitais, permitindo aos Estados decidir suas próprias políticas de redistribuição, em uma situação de relativa estabilidade monetária e financeira. O sistema do GATT, embora tivesse o objetivo

[2] Em julho de 1944, a Conferência de Bretton Woods adotou um sistema monetário de taxas de câmbio fixas com base no dólar, a moeda da qual foi garantida a convertibilidade em ouro, e em relação à qual os países participantes declararam a paridade de suas moedas.

fundamental de superar as restrições ao comércio internacional, decorrentes da grande crise econômica de 1929, estabeleceu regras e instituições destinadas a proteger os sistemas sociais e produtivos dos Estados integrantes do acordo, pelos efeitos mais deletérios da competição global. Eram autorizadas, por exemplo, as quotas de importação, as cláusulas antidumping, a exclusão de setores estratégicos da concorrência etc.

É no âmbito deste "*embedded liberalism"* (RUGGIE, 1982, p. 375), ou seja, um liberalismo incorporado a uma estrutura de regulação pública e, de certa forma, "capturado" pela política, que na Europa foi possível desenvolver uma maior integração econômica entre Estados-membros, sem comprometer a base social da legitimidade nacional deles.

Na era dos "Trinta gloriosos", isto é, nos trinta anos após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade europeia experimentou níveis quantitativos e qualitativos de proteção social que lhe diferiam acentuadamente da sociedade dos EUA: crescimento constante da despesa social, redução das desigualdades, intervenções políticas para a coesão social e a luta contra a pobreza (ALBERT 1993).

No início dos anos setenta, a superação do sistema de Bretton Woods abriu a "*caixa de Pandora*" da livre circulação do capital financeiro. Este evento marca o início do declínio da (quase) soberania social dos Estados nacionais europeus, cada vez mais influenciados, no desempenho das suas funções, pelo vínculo da estabilidade monetária e financeira, representada e vivida como "o bem público essencial".

Grandes massas de capitais que circulam livremente nos mercados começam a deteriorar a capacidade de "autodeterminação" do Estado-nação. Sobre as suas escolhas políticas fica pendurada, por assim dizer, a "*espada de Dâmocles*" dos mercados financeiros, que movendo de repente os capitais de um país para o outro, acabam por prejudicar a capacidade do Estado para refinanciar sua dívida soberana e, portanto, para manter constante o nível de benefícios sociais oferecidos aos seus cidadãos (CASSESE, 2012).

Começa a "luta" entre os dois poderes constituintes do mundo global. Os direitos sociais reivindicados pelo povo do Estado só podem ser satisfeitos na medida em que são previamente cumpridos os direitos contratuais do povo do mercado.

4. Princípio do equilíbrio orçamentário e direitos sociais no ordenamento europeu

Não há dúvida de que algumas das escolhas políticas subjacentes do processo de integração europeia, especialmente desde o Tratado de Maastricht, são um reflexo da

preocupação, particularmente forte na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, com a estabilidade monetária e financeira. A obsessão alemã com a dívida ("*Schuld*" expressão que não por aleatoriamente identifica o conceito de dívida com aquele da culpa no sentido moral) iria encontrar as suas raízes na convicção de que o fim trágico da República de Weimar e a ascensão fulminante do nazismo ao poder eram, em primeiro lugar, o resultado nefasto de uma inflação incontrolável; uma inflação determinada pela necessidade de enfrentar importantes reparações de guerra (impostas pelo Tratado de Versalhes), através da impressão incessante de moeda.

A União Econômica e Monetária (UEM), concebida em Maastricht, realizou o sonho (ou melhor, a ilusão) da cultura ordoliberal alemã de uma ordem econômica fundada exclusivamente sobre a autoridade do direito. A moeda única não foi, de fato, confiada a um governo político, mas foi vinculada ao sistema de regras supranacionais, predestinado para proteger o bom funcionamento do mercado único de qualquer "*desvio keynesiano*".

O "*espírito*" anti-keynesiano subjacente ao Tratado de Maastricht era óbvio. Este tratado, em primeiro lugar, colocou acima dos valores do ordenamento supranacional a estabilidade monetária, atribuindo ao Banco Central europeu o controle exclusivo (Artigo 127 TFUE). Em segundo lugar, o Tratado introduziu a restrição de estabilidade financeira (art. 119 TFUE), ou seja, uma restrição com a finalidade de orientar o processo orçamentário da área do euro através da regra pela qual a dívida pública de cada país não deverá exceder 60% do PIB, e o déficit orçamental anual do Estado não deverá ultrapassar 3% do PIB (BLANKE, 2012).

O princípio da "solidez das finanças públicas" não era, nesta primeira fase, considerado em termos absolutos, mas flexível. Por um lado, o artigo 126 do TFUE admitia que os parâmetros do déficit e da dívida poderiam ser superados, se os desvios fossem temporários ou devidos a "casos excepcionais". Por outro lado, a avaliação sobre a situação de déficit excessivo não podia ser reduzida a um exercício contábil mecânico, porque as decisões sobre as infrações pertenciam principalmente ao órgão político (o Conselho) e não ao órgão jurisdicional (Tribunal de Justiça). A realização dos critérios macroeconômicos, fixados pelo Tratado de Maastricht, era, na verdade, de competência dos governos nacionais, no pressuposto de que eles eram as únicas instituições verdadeiramente legitimadas para determinar as políticas para atender às expectativas de bem-estar de seus povos e, em especial, as políticas redistributivas.

O espaço concedido aos Estados-membros para o exercício autônomo de políticas keynesianas e redistributivas foi inevitavelmente reduzido em virtude de restrições

orçamentais supranacionais cada vez mais apertadas. A introdução do Pacto de estabilidade e crescimento consagrou a constitucionalização do princípio do equilíbrio orçamentário no ordenamento europeu, com uma radicalização das restrições orçamentais de Maastricht.

O vínculo europeu de estabilidade macroeconômica impôs uma revisão profunda do nível de proteção tradicionalmente oferecido pelo estado social nacional e, em última análise, resultou em uma reversão da relação hierárquica tradicional entre o objetivo de combater a inflação e o objetivo do pleno emprego. A abordagem tradicional das "constituições keynesianas", que atribuíam preeminência ao segundo objetivo, foi derrubada de forma radical.

O controle rigoroso da dinâmica dos salários (com a abolição dos mecanismos de ajustamento automático ao custo de vida), os procedimentos "de resfriamento e conciliação" entre as partes sociais para promover uma composição dos conflitos coletivos, o enfraquecimento e a distorção do papel do sindicato dos trabalhadores são as medidas que foram impostas na maioria dos Estados-membros, a fim de manter a inflação sob controle.

A erupção da crise da dívida soberana dos países da zona do euro em 2010, veio revelar de forma cruel, as fragilidades estruturais do quadro constitucional que regula o funcionamento da UEM (JOERGES, 2016). Esta crise ameaçou fracassar não apenas os países com dívida soberana excessiva, mas também, comprometer o próprio projeto de integração política europeia. Embora, em formas emergenciais, o reforço dos pilares da união econômica e monetária representou a tentativa extrema de conter a vocação tirânica da globalização econômica, que coloca ao seu centro a absoluta liberdade de circulação da riqueza financeira.

Por um lado, com o "pacto orçamental" (Tratado sobre estabilidade, coordenação e governança da União econômica e monetária), previa-se o acolhimento no direito nacional, "através de disposições vinculativas e de caráter permanente, de preferência a nível constitucional", do princípio do equilíbrio orçamentário (artigo. 3, 2 TECG). Por outro lado, com o "fundo de resgate" (Tratado sobre o Mecanismo Europeu de Estabilidade) estabeleceram-se procedimentos para o apoio financeiro aos Estados em risco de solvência, estritamente condicionados à adoção de planos de ajustamento estrutural rigorosos sob a supervisão da troika (um órgão, estranho ao controlo democrático e judicial, composto por

representantes do Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional)[3].

Somente em alguns casos evidentes os direitos sociais conseguiram opor certa resistência às necessidades *tirânicas* da estabilidade financeira, como resultado de uma jurisprudência dos tribunais europeus que procuraram defender, pelo menos, o núcleo duro das constituições nacionais social-democráticas.

Já vimos como, tradicionalmente, a argumentação hermenêutica da "reserva do possível" legitimou uma ampla margem de apreciação dos parlamentos e governos para medir a proteção dos direitos sociais, tendo em vista o objetivo fundamental da estabilidade financeira. No entanto, como ensinado pela melhor doutrina constitucional europeia, o balanceamento (feito pelo Poder Legislativo) entre os direitos sociais e o princípio do equilíbrio orçamentário nunca pode comprometer o "conteúdo mínimo essencial" dos primeiros.

Neste sentido, a doutrina alemã na disposição inicial da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), que consagra a inviolabilidade da dignidade humana, identificou não só o objetivo de proteger a liberdade individual (negativa) da interferência do Estado, mas também uma função promocional da liberdade positiva para as autoridades públicas (HÄBERLE, 2003). O limite ao poder discricionário do legislador é deduzido da conexão entre a dignidade humana e o principio do estado social, na medida em que deve ser garantida a cada pessoa um "padrão mínimo em consonância com a dignidade humana" ("*Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein*").

5. Principio do equilíbrio orçamentário e direitos sociais no Brasil

O Brasil, ao longo da sua história, teve que enfrentar problemas de instabilidade monetária e financeira semelhantes àqueles sofridos pela União Europeia após o colapso do sistema do Bretton Woods.

Depois do fim da ditadura militar, em 1985, o Brasil enfrentou uma dramática inflação "*de três dígitos*" semelhante àquela sofrida pela Alemanha no período entre as duas guerras mundiais. Entre 1984 e 1985, a inflação anual chegou a 230%. Em 1988, o ano da

[3] O último ato do confronto entre os dois poderes constituintes da globalização ("o povo do Estado" e "o povo de mercado") está acontecendo, neste momento, na Grécia (após o resultado contrastante do referendo constitucional de julho do ano passado). A União Europeia negociou com a Grécia um novo plano de ajuda financeira, condicionado à execução de um plano detalhado de "reformas estruturais" (CIMEIRA DO EURO, 2015).

conclusao dos trabalhos da Constituinte, a inflação tocou o índice astronômico de 933%. Mesmo após a promulgação da Constituição, a inflação continuou assolando a economia brasileira. No ano de 1993, a inflação no Brasil chegou ao patamar catastrófico de 2.700%.

É interessante observar que essa inflação endêmica foi, em grande medida, superada depois da adoção do "Plano Real". Em 1994, foi lançada no Brasil a nova moeda, o Real, e, em1993, foi criada a moeda única, o Euro, com o Tratado de Maastricht. A criação de uma nova moeda, tanto para o Velho continente quanto para o "gigante" latino-americano, teve a função de restaurar a estabilidade monetária.

A diminuição do processo inflacionário contribuiu para tornar perceptível a expansão da dívida, com o desaparecimento de uma série de mecanismos, pois as contas públicas não puderam mais ser ajustadas com atrasos nos pagamentos ou reajustes abaixo da inflação. O resultado foi a visível deterioração das finanças públicas dos entes subnacionais.

A degradação financeira dos governos locais permitiu a modificação da situação, com a elevação da participação da União na criação de mecanismos de controle e na formulação de políticas de saneamento administrativo e financeiro. Ponto extremamente importante foi a "compra", por parte da União, da dívida dos Estados e Municípios, visando consolidá-la e financiá-la diretamente, o que ocorreu através da Lei 9.496/97, que instituiu o "Programa de Ajuste Fiscal", etapa prévia à adoção da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Então, à semelhança do que aconteceu na Europa, o Brasil procurou introduzir na sua legislação orçamentária regras de finança pública mais rigorosas, para garantir a "confiança dos mercados", tão importante como a confiança dos parlamentos (na Europa) e dos cidadãos (no Brasil).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (promulgada em 15 de março de 1967), que buscou legalizar o regime militar, introduziu na Carta Magna o princípio do equilíbrio orçamentário na sua forma mais estática e *rígida* (típica do Estado liberal). Segundo a formulação do artigo 66, "o montante da despesa autorizada em cada exercício financeiro não poderá ser superior ao total das receitas estimadas para o mesmo período"[4].

Na constituição de 1988, este princípio é proposto de forma mais *dinâmica* e flexível, através do que os economistas clássicos chamam de *"regra de ouro" (Golden rule):* só pode haver endividamento público para a realização de despesas de capital e não de despesas correntes[5]. Portanto, esta disposição autoriza a despesa de investimentos públicos (por exemplo, devidos à construção de novas infraestruturas ou serviços, tais como hospitais ou

[4] Artigo eliminado pela emenda 1/69 (Constituição de 1969).
[5] Constituição da República Federal do Brasil: artigo 167, III.

escolas) e, consequentemente, para beneficiar as gerações futuras, mas proíbe as despesas correntes "improdutivas"[6].

O princípio do equilíbrio orçamentário adquiriu, no entanto, uma nova força jurídica, após a adoção da lei complementar n° 101/2000 (denominada Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabeleceu normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição (artigo 1). A Lei de Responsabilidade Fiscal foi criada com o objetivo de restabelecer o equilíbrio nas finanças dos Estados e Municípios e suas disposições destinam-se prioritariamente à execução desta finalidade. Foram criados mecanismos de controle de gastos com pessoal e com a seguridade social, inclusive dos servidores públicos. As transferências voluntárias aos Estados e Municípios e ao setor privado foram regulamentadas e vinculadas à existência de limite específico, disponibilidade orçamentária e prévia autorização legal para sua ocorrência, com a previsão da possibilidade da suspensão das transferências aos entes subnacionais na hipótese de descumprimento de metas e previsões de destinação de gastos (SCAFF; ROCHA, 2012, P. 195).

Como se sabe, a Constituição de 1988 instituiu um sistema integrado de planejamento do "orçamento-programa" muito articulado (SILVA; 1973, p. 124). Este é composto por três leis: o "*Plano plurianual*" (que estabelece as diretrizes e metas da administração pública por quatro anos), a "*Lei de Diretrizes Orçamentárias*" (que orienta a elaboração da lei orçamentária anual) e a "*Lei Orçamentária Anual*" (que fixa a despesa e estima a receita para cada exércicio financeiro). Cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização das três leis citadas acima. (artigo 165, §. 9). Essa lei complementar é, nas palavras do Silva (2005, p. 736), "lei normativa permanente" e todas as outras nela deverão fundamentar-se.

Neste contexto, a Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000, instituiu a exigência de equilíbrio orçamentário no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que estabelece que a lei de diretrizes orçamentárias "disporá o *equilíbrio entre receitas e despesas*" (artigo 4, I, *a*).

Apesar das semelhanças, o princípio do equilíbrio orçamentário assume dois significados muito diferentes nos dois ordenamentos jurídicos, objeto da nossa comparação. Em primeiro lugar, ao contrário do que aconteceu na Europa, o conceito de equilíbrio orçamentário não pode ser entendido aqui como uma "*camisa de força*" que obriga os entes

[6] Esta disposição estava presente também em várias Constituições de Estados europeus, entre os quais Alemanha (artigo 115) e Itália (artigo 119).

públicos a terem um equilíbrio, quase matemático, entre as receitas e as despesas de cada ano. No Brasil, este princípio deve ser entendido como um dos instrumentos de estabilidade financeira, de modo que o eventual desequilíbrio orçamentário anual seja uma ferramenta para o alcance de metas sociais democraticamente estabelecidas, sustentáveis a médio e longo prazo.

Em segundo lugar, deve-se salientar um outra diferença importante. Nos países europeus, depois do Tratado sobre estabilidade, coordenação e governança da União econômica e monetária, o princípio de equilíbrio orçamentário alcançou um estatuto constitucional, enquanto que, no ordenamento jurídico brasileiro, este princípio é adotado por uma "simples" lei complementar. Neste sentido, no Brasil o balanceamento entre os direitos sociais e o princípio do equilíbrio orçamentário cabe ao Congresso nacional (o órgão mais legitimado para determinar a alocação dos recursos públicos). Ao contrário, nos sistemas jurídicos dos Estados europeus, é a própria Constituição que dirige o resultado do balanceamento em favor do valor da estabilidade financeira. E este balanceamento não está mais nas "mãos" do Poder Legislativo, mas depende, em primeiro lugar, da vontade do Poder Executivo.

As categorias que já foram analisadas da "reserva do possível" e do "conteúdo mínimo essencial" são propostas também na doutrina brasileira (SARLET, 2006; TORRES, 2009; VIEIRA, 2006). Uma circunstância que corrobora a nossa comparação.

Entretanto, deve evitar-se a tentação de "transpor", *sic et simpliciter*, conceitos da tradição jurídica alemã e, em geral, europeia, ao ordenamento brasileiro. A categoria da reserva do possível ("*Vorbehalt des Möglichen")* foi desenvolvida em um contexto cultural e socio-econômico diferenciado, em que já se concretizou um excelente padrão de bem-estar aos cidadãos (KRELL, 2002).

A categoria da "reserva do possível" não pode ser aplicada indiscriminadamente num ordenamento jurídico, que, embora em progressão, ainda registra situações de milhares de pessoas sem condições mínimas de dignidade humana. Realmente, trasladar, na íntegra, ao direito brasileiro essa limitação da "reserva do possível", é negar acesso ao mínimo existencial a muitos brasileiros.

Diante do perigo de uma desvalorização dos direitos sociais, também na doutrina constitucional brasileira é muito debatida a função intervencionista do Poder Judiciário para preservar o núcleo fundamental do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, ali, onde o processo político (legislativo e executivo) se omite na implementação dos direitos

sociais, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses? (CUNHA JÚNIOR, 2008; STRECK, 2003).

Pode-se buscar uma resposta na decisão proferida pelo Ministro do STF Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.

Por um lado,

> a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Por outro lado,

> não se mostrará lícito ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

E prossegue o Exmo. Ministro:

> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Nessa mesma linha, diz Canotilho (2003, p. 448):

> O entendimento dos direitos sociais econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma 'reserva possível', para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos 'recursos econômicos' a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais não se reduz a um simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos.

Neste contexto, quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Judiciário intervir em favor da realização destes, sem, no entanto, interferir na esfera de atuação da Administração Pública. O Ministério Público e a Defensoria Pública, como defensores do interesse social, também possuem legitimidade para objetivar a efetivação judicial do direito fundamental lesado.

6. Rumo ao Estado social condicionado à estabilidade financeira?

Vamos tentar propor algumas conclusões ao trabalho aqui apresentado. A comparação proposta demonstrou as semelhanças e as diferenças nas respostas das instituições europeias e brasileiras frente à crise econômica global. Em particular, deve-se ressaltar que em ambos os sistemas jurídicos assumiu-se gradualmente maior peso e importância ao valor da estabilidade financeira. O que resultou em uma *desvalorização* profunda dos direitos sociais. O antigo princípio liberal do equilíbrio orçamentário tornou-se um tema de grande atualidade no debate político constitucional dos dois ordenamentos aqui tomados como modelo.

Porém, com uma diferença substancial. No ordenamento europeu, especialmente após a deflagração da "crise da dívida soberana", foi acolhida uma versão mais estática do princípio do equilíbrio orçamentário. O resultado foi a eliminação quase total da possibilidade dos governos de adotarem políticas redistributivas de cunho keynesiano (a atual "crise humanitária" na Grécia é absolutamente paradigmática). No ordenamento brasileiro, ao invés, é acolhida uma versão mais dinâmica deste princípio, na medida em que o equilíbrio entre as receitas e as despesas deve ser obtido em relação a um intervalo de tempo que excede o exercício financeiro anual.

Como já vimos, a defesa do núcleo duro dos direitos sociais tem sido concentrada nas mãos do Poder Judiciário. Os tribunais, de ambos os lados do Atlântico, salientaram os limites insuperáveis do Poder Legislativo. E que o argumento da "reserva do possível" não pode afetar o conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais.

Estas formas de "resistência" jurisprudencial são, porém, enfraquecidas na era do *Estado social condicionado à estabilidade financeira*. Ou seja, do Estado no qual a realização da despesa pública é estruturalmente condicionada ao prévio reembolso da dívida pública aos mercados.

Deste ponto de vista, depois da reforma de setembro de 2011, a Constituição espanhola é emblemática. A revisão constitucional, além da introdução do princípio do equilíbrio orçamentário (sobre o modelo de reforma semelhante da Constituição alemã de 2009), estabelece no seu novo artigo 135, 3 que:

> Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluido en el estado de gastos de sus presupuestos y su *pago gozará de prioridad absoluta*. Estos créditos no podrán ser

objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión[7].

Ninguém poderia duvidar que a estabilidade monétaria e financeira representasse um valor assim importante para os ordenamentos contemporâneos: a certeza do direito, a estabilidade do valor da moeda e a proteção da especulação dos mercados. Todavia, a aplicação "absolutista" desse valor, tanto na Europa quanto no Brasil, corre o risco de trair as razões ideais do estado social; daquela única forma de Estado que permitiu, com sucesso, a integração do pluralismo constitucional e, consequentemente, uma sociedade mais justa e segura para todos.

7. Referências

ALBERT Michel. **Capitalism Against Capitalism**. Londres: Whurr, 1993.

BLANKE Herman Josef. The european economic constitution. In BLANKE, Herman Josef; MANGIAMELI Stelio (org.). **The European Union after Lisbon Constitutional Basis, Economic Order and External Action**. Berlin: Springer, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BUELGA Gonzalo Maestro. **La Constitución del trabajo en el Estado social**. Granada: Comares, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTARO Antonio. El trabajo en la Constitución Europea. De Tocqueville a Bolkestein. In: **Revista de derecho constitucional europeo,** Espanha, n. 5, Enero-Junio, 2006, p. 31-64.

CASSESE Sabino. **The global polity. Global dimensions of Democracy and the Rule of Law**. Sevilla*:* Global Press, 2012.

CIMEIRA DO EURO**, Declaração da Bruxelas 12 de julho de 2015.** Disponivel em**:** www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2015/07/12-euro-summit-statement-greece/.

[7] Uma regra semelhante também está contida na Constituição Federal de 1988: "É vedada a realização de emendas parlamentares ao projeto de orçamento com o uso de recursos originariamente destinados ao pagamento do serviço da dívida" (artigo 166, §3º, II, b).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

FERNANDES Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FORSTHOFF, Ernst. **Stato di diritto in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1973.

GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição. A Transformação Paradigmática da Teoria da Constituição diante da Integração interestatal na União europeia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIUBBONI Stefano, **Social Rights and Market Freedom in the European Constitution.** Cambridge: University press, 2006.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley**. Tradução Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

JOERGES Christian, Pereat Iustitia, Fiat Mundus. What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation? In: **Maastricht Journal**, n. 1, 2016, p. 99-129.

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

LUHMANN, Nichlas. **Teoria politica en el estado de bienestar**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2007.

MORTATI, Costantino. Commento all'art. 1 della Costituzione In: **Commentario della Costituzione, Vol. I, Artt. 1-12 Principi fondamentali**. Bologna-Roma: Zanichelli, 1975, p. 9-80.

RITTER, Gerhard Albert. **El estado social, su origen y desarrolo en una comparación internacional**. Tradução de Joaquín Abellán. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RUGGIE, John Gerard, International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order. In **International Organization**, Cambridge, v. 36, n.2, p. 379-415.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Perspectivas para sua adoção no Mercosul.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva, Equilíbrio orçamentário e sustentabilidade financeira. Anatocões sobre o Brasil. **Revista dos Tribunais**, nov. 2012, p. 175-201.

SCHARPF, Fritz Whilem. Negative and positive integration in the political economy of European Welfare States. In **Jean Monnet Chair Papers RSC**, Florence, n. 95/28, 1995.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. In Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 8, n. 2, p., 2003, 258-295.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STREECK, Wolfang. **Tempo comprado. A crise adiada do capitalismo democrático**. Lisboa: Almedina, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.