



**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

JANINE ROSI FALEIRO

**FINANCIAMENTO DA SAÚDE E RETROCESSO SOCIAL:
Uma análise da
(in)constitucionalidade da Emenda Constitucional 95/2016**

Porto Alegre

2018

JANINE ROSI FALEIRO

**FINANCIAMENTO DA SAÚDE E RETROCESSO SOCIAL:
Uma análise da
(in)constitucionalidade da Emenda Constitucional 95/2016**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Maurício Martins Reis

Porto Alegre

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de
Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Faleiro, Janine Rose

Financiamento da saúde e retrocesso social: uma análise da (in)constitucionalidade da emenda constitucional 95/2016 / Janine Rose Faleiro. -- Porto Alegre 2018.

189 f.

Orientador: Maurício Martins Reis.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Crise Econômica. 2. Emenda Constitucional dos Gastos Públicos. 3. Retrocesso Social. 4. Inconstitucionalidade. I. Reis, Maurício Martins, orient. II. Título.

JANINE ROSI FALEIRO

**Financiamento da saúde e retrocesso social:
Uma análise da
(in)constitucionalidade da Emenda Constitucional 95/2016**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

COMISSÃO JULGADORA

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Maurício Martins Reis

2º Examinador(a):

3º Examinador(a):

Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

Dedico este trabalho à minha amada mãe, Gercy (*in memorian*), que me ensinou os melhores valores que possuo, especialmente a ser forte e determinada. E à minha querida filha, que é um presente de Deus!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, principalmente, a minha mãe Gercy, que me incentivou a fazer o curso de Direito, quando essa não era a minha escolha no momento e que me ensinou a lutar pelos meus sonhos, apesar das dificuldades que poderiam surgir.

Aos meus amores, Domingos, por ter aparecido em minha vida no momento em que eu mais precisava, assim como pela compreensão diante de minhas ausências, e Geórgia, pelo simples fato de você existir.

Ao professor Roger dos Santos Rosa por me aceitar como aluna ouvinte em sua disciplina Financiamento do SUS, do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Por derradeiro, e não menos importante, um agradecimento especial ao meu orientador, Maurício Martins Reis, por ter aceitado me orientar e por ser sempre incansável.

[...] é impossível traçar uma linha bem-definida entre casos de ilegalidade positivada e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com máxima nitidez: quando não há nem mesmo uma tentativa de fazer justiça, onde equidade, o âmago da justiça, é deliberadamente traído na essência do direito positivo, então a lei não é meramente uma 'lei defeituosa', ela perde completamente a real natureza de direito.¹
(Radbruch Gustav, 1962, p. 37)

¹ Na obra traduzida: “Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún apesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación com toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica.” (p. 28-29).

RESUMO

No estudo investiga-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, especialmente no que diz respeito ao financiamento da saúde. Analisa-se o legislador derivado, ao editá-la, agiu dentro dos limites de sua liberdade de conformação. Observa-se que diante da crise financeira que afetou o mundo ocidental, os Poderes Públicos estatais têm usado o discurso da crise para relativizar direitos fundamentais, notadamente os sociais. Isso ocorreu em Portugal e está ocorrendo no Brasil. Diante das semelhanças históricas e jurídico-constitucionais entre os dois países, examina-se comparativamente o que ocorreu em Portugal em vista da atual situação em que se encontra o Brasil. Como premissa necessária e indispensável ao exame da constitucionalidade da Emenda examina-se os direitos fundamentais, seu conceito, história, características e classificação. Tratando-se o direito à saúde de um clássico direito fundamental social, que depende em geral de recursos públicos para a sua concretização, faz-se um exame dos custos dos direitos e da escassez de recursos, assim como do princípio da reserva do financeiramente possível e do princípio da proibição de retrocesso social. Somente após esse exame teórico é que se adentra na análise da constitucionalidade daquela problemática norma constitucional derivada, especialmente porque há juristas e economistas que entendem que a Emenda não só é necessária e adequada do ponto de vista normativo, como de urgente implementação. A área de concentração é Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis e a linha de pesquisa é Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais. A metodologia de abordagem utilizada para a realização do trabalho será o método dialético e o procedimento adotado será o método histórico.

Palavras-Chave: Crise econômica. Emenda Constitucional dos Gastos Públicos. Retrocesso social. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The study investigates the constitutionality of the constitutional amendment of the ceiling of public spending, especially as regards health financing. It also analyzes whether the derived legislator, by editing it, acted within the limits of its freedom of conformation. It is observed that in the face of the financial crisis that affected the Western world, state public authorities have used the speech of the crisis to relativize fundamental rights, notably the social ones. This occurred in Portugal and is occurring in Brazil. Given the historical and legal-constitutional similarities between the two countries, it is examined comparatively what happened in Portugal in view of the current situation in which our country is located. As a necessary and indispensable premise for examining the constitutionality of the amendment, the fundamental rights, its concept, its history, characteristics and classification are examined. In the case of the right to health of a classic fundamental social right, which depends in general on public resources for its realization, there is an examination of the costs of rights and scarcity of resources, as well as the principle of the reserve of the financially possible and the Principle of the prohibition of social regression. Only after this theoretical examination is it enters in the analysis of the constitutionality of that problematic constitutional norm, especially since there are jurists and economists who understand that the amendment is not only necessary and adequate from the point of view Regulatory, as of urgent implementation. The concentration area is the guardianship of unavailable rights and the research line is the guardianship of transindividual rights. The approach methodology used for the realization of the work will be the dialectical method and the procedure adopted will be the historical method.

Key words: Crisis. Constitutional amendment of public spending. Social regression. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | | |
|--------|---|---|
| Art. | – | Artigo |
| § | – | Parágrafo |
| N.º. | – | Número |
| ADIN | – | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADCT | – | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias |
| BCE | – | Banco Central Europeu |
| BPN | – | Banco Português de Negócios |
| CES | – | Contribuição Extraordinária de Solidariedades |
| CGA | – | Caixa Geral de Aposentações |
| CGD | – | Caixa Geral de Depósitos |
| CIACs | – | Centros Integrados de Atendimento à Criança |
| CIRS | – | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares |
| CPMF | – | Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras |
| DRU | – | Desvinculação de Receitas da União |
| EC | – | Emenda Constitucional |
| EDP | – | Empresas Energias de Portugal |
| EUA | – | Estados Unidos da América |
| FMI | – | Fundo Monetário Internacional |
| G7 | – | Grupo dos Sete |
| GATT | – | Acordo Geral de Tarifas e Comércio |
| IBGE | – | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística |
| ICMS | – | Impostos sobre Circulação de Mercadorias |
| IMI | – | Imposto Municipal sobre Imóveis |
| IMT | – | Imposto sobre Transmissões Onerosas de Imóveis |
| IPCA | – | Índice de Preços ao Consumidor Amplo |
| IPEA | – | Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada |
| INAMPS | – | Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social |
| INE | – | Instituto Nacional de Estatística de Portugal |
| INSS | – | Instituto Nacional de Seguridade Social |
| IPTU | – | Imposto Predial e Territorial Urbano |
| IPVA | – | Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores |
| IRC | – | Imposto sobre Rendimento de Pessoas Coletivas |

| | | |
|----------|---|---|
| IRS | – | Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares |
| ISS | – | Imposto sobre Serviços |
| ITBI | – | Imposto de Transmissão Intervivos |
| ITCM | – | Imposto de Transmissão <i>Causa Mortis</i> |
| IVA | – | Imposto sobre o Valor Acrescentado |
| LDO | – | Lei de Diretrizes Orçamentárias |
| LOE | – | Lei de Orçamento do Estado |
| OMC | – | Organização Mundial do Comércio |
| OSS | – | Orçamento da Seguridade Social |
| OMS | – | Organização Mundial da Saúde |
| PEC | – | Pacto de Estabilidade e Crescimento |
| PDT | – | Partido Democrático Trabalhista |
| PIB | – | Produto Interno Bruto |
| SINPAS | – | Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social |
| PT | – | Portugal Telecom |
| PEC | – | Programa de Estabilidade e Crescimento |
| R\$ | – | Real |
| RD | – | Recebimento Diverso |
| FAEC | – | Fundo de Ações Estratégicas e Compensação |
| NRF | – | Novo Regime Fiscal |
| PIES-AST | – | Política de Incentivo Estadual à Qualificação da Atenção Terciária em Saúde |
| HDJB | – | Hospital Dom João Becker |
| RCL | – | Receita Corrente Líquida |
| REN | – | Rede Elétrica Nacional |
| MS | – | Ministério da Saúde |
| RGPS | – | Regime Geral da Previdência Social |
| SUS | – | Sistema Único de Saúde |
| SUDS | – | Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde |
| STF | – | Supremo Tribunal Federal |
| TAP | – | Companhia de Transportes Aéreos Portugueses |
| TC | – | Tribunal Constitucional |
| UEM | – | União Econômica Monetária |
| UFRGS | – | Universidade Federal do Rio Grande do Sul |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 13 |
| 2 | DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS CUSTOS DOS DIREITOS E A ESCASSEZ DE RECURSOS..... | 16 |
| 2.1 | Direitos fundamentais, conceitos. Estado liberal e estado social: uma evolução dos direitos fundamentais ao longo da história. | 16 |
| 2.2 | Características dos direitos fundamentais, vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e o núcleo essencial dos direitos fundamentais..... | 30 |
| 2.3 | A clássica divisão dos direitos fundamentais em positivos e negativos e os custos dos direitos - todos os direitos possuem custos. | 45 |
| 2.4 | A escassez de recursos e o princípio da reserva do financeiramente possível..... | 55 |
| 2.5 | O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais, da liberdade de conformação do legislador e da vedação de proteção deficiente. | 64 |
| 3 | DIREITO COMPARADO: CRISE DO CAPITALISMO E A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ESTADO PORTUGUÊS..... | 74 |
| 3.1 | A crise do capitalismo e o neoliberalismo: crise do próprio Estado de Bem-Estar Social. | 74 |
| 3.2 | A crise financeira do Estado português..... | 86 |
| 3.3 | A “jurisprudência da crise” adotada pela Corte Constitucional portuguesa. | 94 |
| 3.4 | A situação atual política, econômica e jurídica de Portugal. | 108 |
| 4 | FINANCIAMENTO DA SAÚDE E RETROCESSO SOCIAL: ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016..... | 118 |
| 4.1 | Apontamentos históricos sobre o financiamento da saúde desde a reforma sanitária até a Emenda Constitucional 86/2015..... | 120 |
| 4.2 | Considerações sobre a Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos. | 132 |
| 4.3 | Posições jurídicas e econômicas quanto à constitucionalidade da Emenda. | 138 |
| 4.4 | O legislador constituinte derivado da Emenda 95/16 extrapolou sua liberdade de conformação ao editá-la? | 146 |
| 4.5 | A constitucionalidade da Emenda 95/2016 e a crise financeira do Estado brasileiro: avanços ou retrocessos?..... | 153 |

| | |
|--------------------------|------------|
| 5 CONCLUSÃO..... | 170 |
| REFERÊNCIAS | 181 |

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade é marcada por avanços e retrocessos, por lutas e conquistas, batalhas travadas para proporcionar um mínimo de bem estar aos habitantes deste planeta. Foram diversas as conquistas, mas grandes as batalhas, alcançadas à custa de dor, sofrimento e vidas. O homem, que inicia sua trajetória evolutiva como caçador-coletor, um ser nômade, evoluiu até se fixar em cidades e viver em grupos.

Com a fixação de um maior número de pessoas em um espaço delimitado, ao mesmo tempo em que determinados grupos assumem o poder, escravizando os demais, têm lugar os conflitos. O Direito, então, aparece como alternativa para a solução desses conflitos sociais, estabelecendo regras de bem viver em sociedade, trazendo segurança e estabilidade para os habitantes das novas cidades.

Os primeiros direitos a serem reconhecidos são os de igualdade, liberdade e propriedade, marcados por ideias libertárias, profundamente ligados à essência humana. Mas esses direitos não são suficientes para conter os conflitos sociais. Diante do crescente incremento desses conflitos e da irrisignação de determinados grupos mais vulneráveis com a dominação existente tem lugar uma nova geração de direitos, sem os quais não se tem a tão almejada igualdade: são os direitos sociais, ligados a um ideal mais fraterno.

Na atualidade, esses direitos sociais estão sendo contestados por novas ideologias, que acreditam estarem no seu reconhecimento e efetivação os problemas econômico-financeiros dos modernos Estados Soberanos. Aliás, a própria ideia de soberania, hoje, está sob questionamento, pois se vive num mundo interligado, o que se convencionou chamar de globalização. Ao mesmo tempo em que a globalização tem proporcionado grandes vantagens e benefícios, aproximando fronteiras e diminuindo distâncias, ela também surge como responsável pela atual crise do sistema econômico-financeiro, interferindo na economia de diversos Estados. Um exemplo é crise econômico-financeira que, em 2008, atingiu os Estados Unidos da América e se espalhou para todo o mundo ocidental, interferindo em outras economias, como ocorreu em Portugal e está ocorrendo no Brasil.

Observa-se um discurso de urgência e necessidade de equilíbrio das contas públicas, calcado na ideia de que foram os gastos públicos com os direitos sociais os grandes causadores desse desequilíbrio fiscal. A solução para esses interlocutores é o uso da fórmula privatização de estatais, desregulação dos mercados, arrocho salarial, combate à inflação e desvalorização da promoção do emprego, dentre outras ideias. Foi assim em Portugal e assim está sendo no Brasil. Pelas semelhanças histórias, contextuais e de sistema jurídico entre esses

dois países se faz um estudo da crise que atingiu o Estado Português, para, em seguida, examinar aspecto da nova conjuntura brasileira que prega e materializa ideias de relativização de direitos sociais, notadamente no aspecto que envolve importante setor, o financiamento da saúde.

Trilhando esse caminho, com o objetivo de equilibrar as contas públicas e reduzir gastos, no Brasil, em 15 de dezembro de 2016, foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 95, conhecida como Emenda do Teto dos Gastos Públicos, que instituiu um Novo Regime Fiscal a ser adotado no país. Essa Emenda Constitucional (EC), entre outros, estabelece um novo regime para as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde.

Com um olhar específico para esse aspecto da Emenda 95, o presente estudo tem por objetivo analisar os limites da liberdade de conformação do legislador, mais especificamente do Poder Constituinte derivado quanto à supressão, redução e limitação de direitos fundamentais sociais, especialmente em matéria de saúde. Dessa forma, este estudo tem como objetivo geral examinar se o constituinte, ao aprovar a Emenda Constitucional nº. 95/2016, agiu dentro dos limites que lhe são permitidos e se, assim o fazendo, acarretou retrocesso social.

Outros questionamentos impulsionam o presente estudo, sendo eles: a Emenda Constitucional nº. 95/2016 é inconstitucional do ponto de vista material? Em que medida e extensão? Até que ponto o legislador poderá dispor antecipadamente de limites orçamentários frente aos direitos sociais e não acarretar um retrocesso social? A Emenda Constitucional nº. 95/2016 ofende o princípio da não reversibilidade dos direitos sociais?

Questionamentos levantados por Walber de Moura Agra e Andreas Krell também se mostram relevantes ao objeto deste estudo, tais como, se leis orçamentárias podem diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas? Ainda, se somente a atividade legislativa estaria afetada pela proibição de retrocesso ou se a redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais também estaria atingida por este princípio?

Para responder a esses questionamentos, se faz um exame dos direitos fundamentais, passando brevemente por sua história, conceito, características mais pertinentes, a clássica divisão dos direitos em positivos e negativos, seus custos, principalmente diante da escassez inexorável de recursos, bem como o exame dos princípios da proibição de retrocesso e reserva do financeiramente possível.

A seguir, analisa-se o contexto da crise atualmente vivenciada no mundo globalizado.

Crise do capitalismo, que atingiu milhões de pessoas de diversos países e se alastrou por boa parte do mundo ocidental, incluída a crise do próprio Estado de Bem-Estar Social, levantando-se questões referentes aos rumos do Estado Contemporâneo, numa era em que o próprio conceito de soberania está em erosão.

Assim é que, em sede de Direito Comparado, examina-se a crise econômica e financeira que abalou Portugal, as consequências dela advindas e a ajuda financeira recebida do Banco Central Europeu, da Comunidade Europeia e do Fundo Monetário Internacional, sem perder de vista o contexto em que este país Europeu encontra-se inserido. Estudam-se algumas medidas de austeridade adotadas pelo Governo Português e a jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto a sua adequação e constitucionalidade, para, ao final, examinar-se a atual situação do país e se é possível, diante de um contexto de crise, a relativização de direitos fundamentais em nome de um outro valor, como o equilíbrio das contas públicas.

O Brasil encontra-se, portanto, diante de um período de mudanças, restando saber se o caminho que se está trilhando representará avanços ou retrocessos. É nesse contexto que se aborda a Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, notadamente naquilo que atinge o direito fundamental à saúde e seu financiamento, para verificar, de maneira derradeira, se o constituinte reformador brasileiro agiu dentro dos limites constitucionalmente adequados e se essa medida representa um avanço ou um verdadeiro retrocesso social.

Sabe-se que os desafios que se apresentam são grandes e que a encruzilhada em que o país se encontra pode traçar os rumos de um novo modelo de Estado. Está-se diante do fim do Estado de Bem-Estar Social ou a crise que se descortina levará o país ao crescimento econômico e ao tão almejado fim das desigualdades sociais?

A resposta somente o tempo se incumbirá de revelar. Sendo que as presentes linhas instauram um estudo capaz de contribuir singelamente com um prognóstico isento em termos de apreciação jurídica e que leva em conta tão-somente as valências normativas do Direito positivo vigente lastreado na Constituição de 1988.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS CUSTOS DOS DIREITOS E A ESCASSEZ DE RECURSOS

2.1 Direitos fundamentais, conceitos. Estado liberal e estado social: uma evolução dos direitos fundamentais ao longo da história.

Direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos pela ordem constitucional positiva de um determinado país; são direitos ligados à própria natureza humana, representando aqueles valores mais essenciais aos seres humanos, vinculados ao âmago da pessoa humana. Definir direitos fundamentais acaba se tornando uma tautologia, na medida em que, para conceituá-los, se usa palavras redundantes. Na verdade, são os direitos mais importantes e pertencem a todos os homens, independentemente do espaço-tempo.

Falar em direitos fundamentais ou mesmo em direitos humanos é também fazer uma incursão pela história, de como estes direitos foram sendo conquistados ao longo dos tempos, como foram se incorporando à ordem jurídica e das lutas travadas pelos povos para conquistá-los ou reconhecê-los. Os direitos fundamentais foram adquiridos pelos homens paulatinamente, com o sacrifício, incontáveis vezes, de muitas vidas.

Mário de Conto (2008, p. 17) bem explicou esse fenômeno ao referir que a história da raça humana é assinalada por constantes renovações, que inclui vitórias, perdas e novas vitórias, consecutivamente, devido ao movimento ininterrupto que reproduz as experiências humanas no decorrer do tempo, demonstrando seu fluxo continuado. Rogério Gesta Leal (2000, p. 33) refere que a trajetória dos direitos humanos no Ocidente é a história da própria condição humana em suas várias etapas, momentos e ciclos sociais, culturais e políticos os quais atravessou. Norberto Bobbio (2004, p. 18), na mesma linha de raciocínio, diz que os direitos do homem são variáveis, pois esses direitos se modificaram e continuam se modificando, ao lado das próprias mudanças históricas.

Ao longo do processo de reconhecimento de cada direito conquistado, econômico, político e cultural, o homem travou muitas batalhas (LEAL, 2000, p. 33). O homem sempre procurou por estabilidade e segurança, porém essa busca é marcada por constantes lutas, ora travadas contra injustiças praticadas por seus próprios pares, ora com intuito de conquistar liberdade, dignidade e direitos. Assim é que se mostra necessário proteger aquilo que foi conquistado através de lutas sociais, de maneira que uma das pré-ocupações do Estado é justamente a conservação desses direitos alcançados (DE CONTO, 2008, p. 17-18).

Questiona-se, de outro lado, se os direitos fundamentais possuem o mesmo conceito

e conteúdo que os direitos do homem ou direitos humanos. Na doutrina, Bobbio (2004, p. 17) considera que a expressão “direitos do homem” é uma muito vaga, que a maioria das definições de direitos fundamentais é tautológicas, do tipo “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 29) entende que direitos fundamentais são humanos, pois “seu titular sempre será o ser humano”. Para o autor, a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos reside no fato de o Direito Constitucional positivo de um determinado Estado reconhecer certos direitos humanos declarados no Direito Internacional positivo ao homem, independentemente de estar vinculado a uma determinada ordem jurídico-positiva interna (SARLET, 1999, p. 98). Nessa lógica, um direito humano, declarado como tal pelo Direito Internacional, torna-se direito fundamental quando incorporado à ordem jurídica interna de um determinado Estado.

Em uma acepção bem restrita, Paulo Bonavides (2016, p. 574) refere que direitos fundamentais são aqueles “que o direito vigente qualifica como tais”. Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 393) prefere a diferenciação entre direitos do homem e direitos fundamentais, afirmando que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” Para o constitucionalista português, os direitos do homem seriam da própria natureza humana, razão pela qual são invioláveis, intemporais e universais, ao passo que direitos fundamentais são aqueles vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta.

Em uma perspectiva jusnaturalista, Vieira de Andrade (2006, p. 15) refere que os direitos fundamentais podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares, ou sob uma perspectiva estadual ou constitucional, como os direitos mais importantes das pessoas.

Nessa esteira, direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem não possuem um conceito unívoco, mas diverso. No que refere que à expressão direitos humanos, Sarlet (2010, p. 29) pondera que esses estão ligados à ordem internacional:

[...] guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

O autor e professor gaúcho distingue as expressões direitos do homem como

direitos naturais ainda não positivados; direitos humanos como direitos positivados na esfera internacional; e direitos fundamentais como direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um determinado Estado (SARLET, 2010, p. 30). De qualquer sorte, para Sarlet (1999, p. 98), tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos partilham de uma fundamentalidade material, já que ambos dizem respeito ao reconhecimento e proteção de valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos de determinado Estado. Dessa forma,

[...] os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º., parágrafo 2º., da CF/1988 (LGL\1988\3), que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais). (SARLET, 1999, p. 99).

Direitos fundamentais são “elementos constitutivos da legitimidade constitucional”, segundo Canotilho (2003, p. 378), ou seja, elementos fundamentais da ordem jurídico-constitucional positiva, incorporados à Constituição, o que implica na proteção desses direitos através do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que regulam tais direitos. Devem ser assimilados, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como fragmentos exibicionistas ao estilo das “grandes declarações de direitos”.

Estudando a teoria das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy (1986, p. 50) afirma que a norma de direito fundamental e o direito fundamental possuem uma estreita relação, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que o garanta.

Por outro lado, Sarlet (2010, p. 58, 61-62) refere que os direitos fundamentais estão íntima e indissociavelmente ligados à noção de Constituição e de Estado de Direito, sendo núcleo material das primeiras Constituições escritas, liberal-burguesas, ao lado da limitação jurídica do poder estatal e do princípio da separação dos Poderes. Para o autor, os direitos fundamentais possuem interdependência e reciprocidade com a democracia, embora não seja descartada a possibilidade de haver tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Refere que aos direitos fundamentais se atribui um caráter contramajoritário, pois estão em permanente conflito com o processo político decisório, uma vez que não estão sujeitos à plena disponibilidade dos poderes constituídos.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 135) aduz que a Constituição é o local

adequado para serem positivadas normas asseguradoras dessas pretensões de direitos fundamentais, de maneira que esses direitos, núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, devem estar preservados em “documento jurídico com força vinculativa máxima”, permanecendo intactos diante de maiorias esporádicas concebidas na “efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.” Portanto, é possível sintetizar que direitos fundamentais são direitos do ser humano, essenciais à natureza humana, reconhecidos pela ordem jurídica de um determinado país e positivados em um documento jurídico com força irradiante a todo o sistema jurídico, os quais devem ser protegidos do poder de disposição de maiorias momentâneas, porque constituem a essência do documento conhecido como Constituição.

Mas nem sempre as Constituições tiveram esse papel de reconhecimento dos direitos fundamentais. Em alguns momentos históricos as Constituições se limitaram à função de organizar os poderes e instituir a forma como as leis deveriam ser criadas. Segundo explica Cláudio Ari Mello (2004, p. 25), no final do século XIX e início do século XX, as Constituições continham funções de natureza macro-estrutural e procedimental, apenas “organizavam o poder e estabeleciam o processo de formação das leis”, ao passo que a função de criar o direito era de competência do órgão de representação popular.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 62) leciona que é o artigo I da Declaração da Virgínia, de 16 de junho de 1776, o “registro de nascimento dos direitos humanos na História”, quando reconhece, solenemente, que todos os homens são vocacionados ao seu aperfeiçoamento e à busca da felicidade, conforme previsto na Declaração de Independência dos Estados Unidos. Seguindo esse sentimento, treze anos depois da Independência Norte Americana, a Revolução Francesa de 1789 defende a mesma ideia de que todos os homens são livres e iguais.

De igual modo, Leal (2000, p. 36) afirma que coube aos promotores da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, a manifestação mais rudimentar dos direitos, os quais foram posteriormente divulgados com a designação de direitos humanos. Para Comparato (2010, p. 63), a proclamação de direitos na Declaração da Virgínia apresenta-se como uma “mudança radical nos fundamentos da legitimidade política”, nela o poder pertence ao povo e dele deriva, de modo que os magistrados, isto é, os governantes são seus servidores e responsáveis perante ele (artigo II).

Nota-se que a Independência Norte-Americana e a Revolução Francesa são o *locus* de discussão da chamada primeira geração de direitos. É naquele contexto que, após batalhas e lutas travadas, se declara os direitos de liberdade e igualdade. É naquele contexto que se

institucionaliza o Estado Liberal e é naquele contexto que tem início o constitucionalismo.

Os direitos fundamentais reconhecidos nas primeiras Constituições escritas são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, ao menos no que se refere aos direitos de primeira geração, de cunho individualista, direitos do indivíduo em face do Estado (SARLET, 2010, p. 46-47). No modelo de Estado Absoluto ocorreu a centralização do poder político, de modo que, como um passo seguinte às Monarquias Absolutistas, concebeu-se que era necessário limitar o poder dos soberanos, o que ocorreu através das Revoluções que estão atreladas ao nascimento do próprio Constitucionalismo. Assim, o pensamento racional-iluminista teve grande importância na ideia de limitar o poder e na teorização dos direitos fundamentais (DE CONTO, 2008, p. 43).

A democracia que ressurgiu, recriada quase que ao mesmo tempo tanto na América do Norte como na França, foi um modelo encontrado pela burguesia ascendente para extinguir os antigos privilégios do clero e da nobreza e transformar o governo no responsável perante a burguesia, pois que o espírito da moderna democracia não era defender os pobres contra os ricos, mas defender os proprietários ricos contra privilégios estamentais e contra um governo irresponsável (COMPARATO, 2010, p. 63-64). A Revolução Francesa difundiu os princípios liberais, rompendo com a ordem estamental medieval e criando condições para o desenvolvimento da economia e para o progresso econômico da própria classe burguesa (DE CONTO, 2008, p. 45). Então, os primeiros direitos a serem reconhecidos foram os de liberdade, igualdade e propriedade, ligados ao ideal liberal da classe em ascensão que veio assumir o poder: a burguesia.

Também no entender de Avelãs Nunes (2011, p. 13), a democracia moderna se firma em dois valores: a liberdade natural e a justiça:

Adam Smith, dominado pela visão fisiocrática de uma sociedade que funciona perfeitamente por si, como um ‘organismo natural’ – na qual não deve tocar-se para não descontrolar – alicerça a sua filosofia social em dois valores fundamentais: a confiança no sistema de liberdade natural e a aceitação da justiça realizada pela mão invisível. E não se comove com as desigualdades: aos pobres pertence a serena e tranquila felicidade de poderem aquecer-se ao sol ao longo de uma sebe, felicidade que os reis sempre perseguem... Não há que duvidar: estado (o estado capitalista) existe para acautelar outros interesses que não os dos pobres.

Na Revolução Francesa sequer houve a preocupação de materializar os direitos fundamentais, subsistindo meramente como um ideário, como direitos somente admitidos formalmente (DE CONTO, 2008, p. 45). Com a Revolução Burguesa institucionalizou-se o Estado Liberal, onde a economia funciona por si própria, de acordo com suas próprias leis,

distanciada da política e do Estado (NUNES, 2011, p. 15). É, pois, a concepção liberal encontrando eco.

Pela concepção liberal, o Estado não deve intervir na economia, havendo rigorosa separação entre o Estado, a economia e a política. O liberalismo apregoa que o Estado deve permanecer mínimo, cabendo-lhe tão-somente intervir para assegurar a defesa da ordem social, para garantir a cada um o pleno exercício da liberdade individual, criando e mantendo determinadas instituições e serviços públicos necessários à vida em sociedade (NUNES, 2011, p. 15). Não era necessário o Estado intervir sistematicamente, mas apenas de forma esporádica, devendo manter-se neutro, cabendo-lhe tão-somente defender a ordem capitalista e os interesses da burguesia. Essa era a concepção de Estado de direito burguês, pelo que Nunes (2011, p. 18) afirma que são três os princípios essenciais em que se assenta o Estado de Direito: (i) princípio democrático, que pressupõe a soberania popular; (ii) princípio liberal, na ideia de separação entre Estado e sociedade (na qual se desenvolve a economia); (iii) princípio do Direito, que implica na sujeição do Estado ao Direito, às leis aprovadas pelo parlamento.

Para o autor, disso decorre:

O estatuto constitucional dos direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade e a propriedade (talvez na ordem inversa, porque a propriedade é o fundamento da liberdade e só o proprietário é um verdadeiro cidadão), sendo que a liberdade é entendida como a liberdade de adquirir e possuir sem entraves, a liberdade do indivíduo enquanto agente econômico, enquanto sujeito (privado) da economia. Na ordem liberal, os direitos fundamentais destinam-se a garantir aos indivíduos a defesa contra a ‘agressão do estado.’ (NUNES, 2011, p. 18).

Também “daqueles princípios decorre a reserva da lei, a legalidade da administração, a separação dos poderes”. Os parlamentos, que eram dominados pela burguesia, faziam as leis que representavam a vontade geral, o que, em algum momento, teve alguma correspondência com a realidade, quando a burguesia havia desempenhado a sua função de classe revolucionária (NUNES, 2011, p. 18-19).

Compartilhando do mesmo entendimento que Nunes e Sarlet, De Conto (2008, p. 44-45) considera que no Estado Liberal surgiram os direitos fundamentais, notadamente os que hoje se convencionou chamar de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (vida, liberdade e igualdade), em face do Estado, de forma a libertar o homem de um pensamento que não o respeitava como pessoa, mas unicamente como fração de um determinado estamento.

Assim é que o papel do Direito na ordem jurídica liberal-burguesa foi o de

estabelecer normas, visando assegurar segurança, previsibilidade, calculabilidade e racionalidade no fluxo dos interesses econômicos privados. O direito positivo, então, substituiu a vontade do soberano (NUNES, 2011, p. 19). Observa-se que o Estado Liberal era o garantidor da liberdade e da igualdade. Esse era o seu mote. Esse novo pensamento se orientava pelas ideias de que cabia à razão e à ciência tornar o homem autônomo e independente e buscou-se levar para as Ciências Sociais a mesma metodologia das Ciências Exatas (DE CONTO, 2008, p. 43), surgindo, pois, o positivismo jurídico.

Com essas ideias surge a Dogmática Jurídica, meio necessário para atribuir segurança às relações por meio da aplicação do método dedutivo (DE CONTO, 2008, p. 47), o que nada mais é do que o positivismo jurídico na sua ideologia exegética, onde ao juiz não é dada a possibilidade de criar o Direito, mas tão somente de aplicá-lo:

A lei (geral e abstrata), contemplaria todas as singularidades, bastando ao intérprete (dotado de imparcialidade), através de procedimento lógico-formal (método dedutivo), subsumir a vontade da lei ao caso concreto. Neste sentido, o intérprete tinha papel meramente declaratório, ficando objetivamente vinculado àquele enunciado legal e abstrato, que tinha a pretensão de conter a verdade e a solução aos casos singulares (DE CONTO, 2008, p. 47)

Para a concepção burguesa, a lei geral tinha por objetivo a defesa dos indivíduos (proprietários) perante o Estado, sendo que a não retroatividade das leis era de extrema importância no campo tributário e penal, assim como os princípios da separação dos Poderes e da independência dos juízes, que completam a estrutura do Estado Liberal (NUNES, 2011, p. 19-20). “O objetivo era ultrapassar a indeterminação do medievo” e segurança é um dos pontos principais dessa teoria, cabendo ao Estado responsabilizar-se pela segurança da sociedade. Essa ideia é concretizada através de conceitos universais e do uso de métodos científicos regulares (DE CONTO, 2008, p. 46-47), mormente o dedutivo.

Para a filosofia liberal, o juiz não pode criar o Direito ao interpretá-lo, devendo aplicar as leis literalmente, pois unicamente os parlamentares devem criar e aprovar leis gerais e somente elas constituem o Direito, sendo os juízes meramente executores das leis, de acordo com uma decorrência do princípio da separação dos Poderes, já que o liberalismo é contrário à ideia de justiça e equidade nos moldes da atuação estatal em providência positiva aos interesses marginalizados da sociedade (NUNES, 2011, p. 20).

As ideias liberais revolucionárias eram de que a moderna ordem burguesa devia ter como base que a propriedade de uns resultava na retirada da propriedade de todos os demais. Essa, então, é a definição da propriedade burguesa, a qual era considerada perfeita, absoluta e exclusiva, acarretando na secessão dos não proprietários quanto aos meios de produção

(NUNES, 2011, p. 21). Nessa lógica, de um lado encontravam-se os proprietários, integrantes da classe dominante: a burguesia; de outro, os não-proprietários, representados por aqueles que faziam da burguesia a classe dominante: os trabalhadores.

Com a vitória do movimento revolucionário, a Assembleia Constituinte, em 26 de agosto de 1789, aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 1º glorificava que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” e o art. 17 estabelecia que o direito de propriedade era “inviolável e sagrado”. Aqui se proclamava a “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” burguesa, uma liberdade e igualdade que consagrava a inviolabilidade da propriedade, de modo que o Estado Liberal “consolida-se como estado burguês, constituindo o *Code Civil* de 1804 (Code Napoleon) o ponto final desse processo de consolidação da ditadura da burguesia.” (NUNES, 2011, p. 22, 26-27).

As Declarações francesa e norte-americana representaram o progresso do ser humano na história, bem como a independência do indivíduo frente às classes as quais ele sempre esteve subjugado: o clã, a família, o Estado e as instituições religiosas. Nessa troca, o liberalismo lhe concedeu a proteção da legalidade, garantindo a igualdade de todos perante a lei (COMPARATO, 2010, p. 65). Essas, portanto, são as ideias desveladas nas Revoluções Francesas e Norte-Americana.

Esse pressuposto liberal falhou na medida em que ocorreu o progresso técnico, o aumento da dimensão das empresas, a concentração do capital, o fortalecimento do movimento operário, o agravamento da luta de classes e o aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, razão pela qual se tornou indispensável entregar ao Estado outras e novas funções, cabendo agora ao Estado e ao Direito o encargo de efetivar a justiça social, viabilizando a todos os indivíduos uma vida digna, possibilitando o crescimento da personalidade de cada um (NUNES, 2011, p. 29-30). Daí surge uma nova dimensão ou geração de direitos.

Nessa ordem de ideias, a igualdade perante a lei tornou-se inútil à classe trabalhadora, coagida a trabalhar em empresas capitalistas. Empregadores e empregados eram considerados iguais perante a lei, contratantes perfeitamente isonômicos, com plena liberdade de estipular condições de trabalho e salário. Independente da relação de trabalho, todos eram tidos como iguais, ricos ou pobres, velhos ou novos, de maneira que deveriam prover a própria subsistência e enfrentar os obstáculos da vida. O resultado disso foi a “pauperização das massas proletárias” (COMPARATO, 2010, p. 65-66).

Disso resultou a revolta dos cidadãos instruídos e a organização da classe trabalhadora, o que generalizou e aprofundou os conflitos sociais, ocorrendo o desequilíbrio

da organização econômica liberal, principalmente diante do aparecimento das “experiências socialistas”, o que direcionou a uma nova função do Estado e do Direito, por vezes puramente por cedência tática e oportuna (NUNES, 2011, p. 30).

Assim é que as lutas da classe operária constituíram uma forma de objeção do Direito clássico burguês. A burguesia acabou cedendo espaço, e tinha de ceder, até como forma de adormecer a classe trabalhadora, agregando à ordem jurídica capitalista princípios antagônicos às ideias liberais, as quais não eram, obviamente, opostas ao âmago do capitalismo. Assim, o qualificativo social atribuiu um sentido protetor e tranquilizador (NUNES, 2011, p. 30). O Estado Liberal, então, dá lugar ao Estado Social, surgindo, a partir daí, uma nova geração de direitos: os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, como uma conquista da luta da classe operária e dominada.

É dessa maneira que o Estado Liberal, com suas deficiências, criou as condições para o surgimento de uma nova concepção de Estado, agora atarefado em concretizar os direitos que outrora foram formalmente concedidos aos seres humanos (DE CONTO, 2008, p. 51). Conforme Comparato (2010, p. 66), o reconhecimento dos direitos sociais e econômicos foi a grande contribuição do socialismo à humanidade, representando um pacto indispensável para a garantia da paz social, compelindo a uma nova configuração da ordem jurídica capitalista contemporânea.

O Estado e o Direito, destarte, assumiram um papel de grande importância para o equilíbrio do sistema social ao tolerarem que o sistema econômico não se orienta por si próprio e não pode libertar a sociedade das apreensões e instabilidade que surgem na economia (NUNES, 2011, p.31). O Estado de Bem-Estar Social, em verdade, representa uma cedência do capitalismo burguês para se manter incólume, os direitos daí decorrentes tinham como objetivo possibilitar que essa ordem capitalista não fosse jamais derrocada.

Portanto, o titular dos direitos sociais não é um ente abstrato, que o capitalismo aceitou, mas classes sociais soterradas pela pobreza extrema, moléstias, escassez, desnutrição e desprezo, sendo percebido pelos socialistas que esses infortúnios sociais não decorrem da natureza, mas do sistema capitalista de produção, o qual confere ao patrimônio valor superior ao dos seres humanos (COMPARATO, 2010, p. 66).

Na esteira dos ensinamentos de Nunes (2011, p. 31), as originárias manifestações do Estado Social surgiram após a 1ª. Guerra Mundial, assinaladas por uma complexa crise econômica, por intensas disputas de classes e pela desordem do Estado de Direito liberal e dos princípios da democracia. Aqui tem suas origens o Estado Democrático e Social, o qual surge como um compromisso possível, sendo este até hoje o seu papel, mantendo esse caráter de

“solução de compromissos”, de modo a tornar menos ásperas as incoerências do sistema, de acalmar os descontentes e evitar rupturas revolucionárias.

O capitalismo cedeu a esses ideais sociais somente porque se viu ameaçado diante das novas concepções socialistas, pois, conforme observa Comparato (2010, p. 67), os direitos sociais, econômicos e culturais são “anticapitalistas” e só prosperaram no momento em que os “donos do capital” foram instados a se harmonizar com os empregados. No entender de Nunes (2011, p. 32), o Estado Social tem por objetivo “assegurar a coesão social” e sentiu a necessidade de intervir sistematicamente na economia para garantir seu bom funcionamento, trazendo determinado estágio de contentamento acerca de certas necessidades sociais e justiça social. Daí é que a definição de democracia começou a constituir no reconhecimento e na preservação dos direitos econômicos, culturais e sociais, visando à realização dos direitos, garantias e liberdades, o que se reflete no princípio da indissociabilidade dos direitos fundamentais.

Então, para que os direitos e garantias de primeira geração possam permanecer incólumes, indispensável que os direitos sociais também sejam garantidos.

Se no liberalismo o Estado tinha uma função “absenteísta”, atribuindo liberdades aos cidadãos, agora, na concepção do Estado de Bem Estar Social, o ente Estado adquire forte característica intervencionista, com o objetivo de materializar os direitos fundamentais (DE CONTO, 2008, p. 52). O Estado Social, então, se transformou num Estado empresário, num Estado prestador de serviços, redistribuidor do rendimento, Estado-providência, Estado de bem-estar, exigindo mudanças em sua estrutura organizatória, marcada notadamente pela “prevalência do Executivo sobre o Legislativo e da Administração perante a lei” (NUNES, 2011, p. 33).

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorre a crise do positivismo jurídico, havendo, a partir de então, um retorno aos valores, sendo reconhecidos diversos direitos humanos, dando-se grande ênfase à dignidade da pessoa humana. Comparato (2010, p. 68) refere que depois de anos de carnificina, massacres e crueldades de toda espécie, os seres humanos compreenderam a grande importância da dignidade humana. Conforme observa De Conto (2008, p. 52), em decorrência do reconhecimento dos direitos fundamentais, por interferência do Estado na economia e na efetivação de políticas públicas, não fazia mais sentido a dicotomia (metafísica) entre Estado e Sociedade. O Estado é o “*locus* adequado de modificação do *status quo* através da realização dos Direitos Fundamentais”.

Essa fase histórica marcou a “internacionalização dos direitos humanos” e a incorporação de direitos sociais e econômicos em documentos internacionais, afirmando-se

novas espécies de direitos humanos, como direitos dos povos e da humanidade (COMPARATO, 2010, p. 69). Com o Estado Social foram proporcionadas, por meio de medidas interventivas, “políticas de alcance social”, materializando-se direitos fundamentais e criando-se “condições mínimas aos hipossuficientes”. Assim, é em meio a essa carga valorativa que se chega à ideia de Estado Democrático de Direito, protegendo-se direitos fundamentais individuais e sociais, mantendo-se um compromisso com a substanciação de tais direitos (DE CONTO, 2008, p. 53-54).

Para Ricardo Lobo Torres (2009, p. 162), o Estado Social se desenvolve no século XX, a partir da Constituição de Weimar de 1919, até a queda do muro de Berlim, em 1989.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 66-68), o Século XX foi pontuado por duas grandes guerras mundiais, assim como pelos horrores praticados pelos nazistas, que tinham uma política racista voltada para destruição e morte, a qual ultrapassou limites intransitados, provocando, em reação, a necessidade de concretizar e efetivar os direitos humanos. Refere que o Estado Liberal de Direito mostrou-se insuficiente na proteção da coletividade, de modo que o positivismo jurídico acabou sendo abandonado, dando lugar a escolhas mais seguras e estáveis, de maneira que os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não puderam mais ser ignorados. É o retorno a valores onde os princípios apoderam-se da posição das normas jurídicas arbitrárias ou injustas, alterando-as para que espelhem o valor que representa, atualmente, o fundamento da maior parte dos ordenamentos jurídicos, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Nessa quadra da história, a dignidade da pessoa humana representa um princípio de fundamental importância para os ordenamentos jurídicos, de onde decorrem todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade ou fraternidade.

Luiz Roberto Barroso (2010, p. 278) também assevera que o retorno dos valores é o símbolo do pensamento jurídico que se desenvolveu a partir da segunda metade do Século XX, como consequência da crise do positivismo jurídico que decorreu especialmente “do holocausto e barbárie do fascismo e do nazismo”. Assim, em 1948, no plano internacional, foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos, ao passo que distintos países, no âmbito interno, admitiram como núcleo dos seus ordenamentos jurídicos a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Sarlet (2006, p. 34, 38) ensina que é no pensamento de Immanuel Kant que a doutrina jurídica majoritária identifica as bases dos fundamentos e conceitos da dignidade da pessoa humana, que o indivíduo, devido a sua condição humana, é possuidor de direitos que devem ser obrigatoriamente respeitados e reconhecidos por seus semelhantes e pelo Estado.

Kant (2007, p. 69) acreditava que a pessoa humana é um fim em si mesmo e não um meio, razão pela qual se repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. Para o autor, pessoas têm dignidade e coisas, preço.

Na mesma linha, Moraes (2003, p. 82) afirma que

[...] se a humanidade das pessoas reside no fato de serem racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade de interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, de discurso e de ação –, será desumano tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objetos. Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana “tornou-se comando jurídico no Brasil”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, seguindo essa linha de pensamento, reconheceu a dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídico-constitucional brasileira².

Para Moraes (2003, p. 83-85), no Brasil, tendo sido reconhecida pelo constituinte como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana passa a constituir princípio fundamental e valor supremo do ordenamento pátrio e “alcança todos os setores da ordem jurídica”. A autora pondera que decorrem dessa formulação os princípios jurídicos da igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade, de modo que havendo divergência entre situações jurídicas subjetivas, fundadas em um desses princípios, deverá prevalecer a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, são reconhecidas diversas gerações ou dimensões de direitos fundamentais. As três primeiras gerações ou dimensões estão intimamente ligadas aos valores vindicados na Revolução Francesa, portanto, ligados aos valores liberdade, igualdade e fraternidade. Na verdade, conforme já se expôs, trata-se de uma evolução de direitos que foram sendo reconhecidos, ao logo dos tempos, pelas ordens jurídicas internacional e interna de cada país, à custa de muitas lutas e de muitas vidas.

Bonavides (2016, p. 577-578) refere que os direitos fundamentais passaram a se manifestar em três gerações consecutivas, as quais demonstram um processo cumulativo e qualitativo. Os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, os de segunda geração os ligados à igualdade e os de terceira geração os direitos ligados à fraternidade. Segundo o autor, enquanto os direitos da primeira geração, ou seja, direitos civis e políticos equivalem, por um enfoque histórico, àquela fase inicial do constitucionalismo do Ocidente, os direitos de segunda geração, ou dimensão, correspondem aos direitos sociais, culturais e

² CF/88, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

econômicos, os quais ingressaram no constitucionalismo das diversas formas de Estado Social após brotarem por convicções e pensamentos antiliberais do século XX, direitos esses ligados essencialmente ao valor da igualdade. Por sua vez, os direitos de terceira geração seriam aqueles ligados ao valor fraternidade, como os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao consumidor, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Vale ressaltar que alguns autores ainda sustentam a existência de uma quarta e até quinta geração de direitos, os quais não serão objeto deste estudo.

A Constituição de 1988 introduziu no sistema jurídico brasileiro diversos direitos fundamentais, que se fazem presentes principalmente nos artigos 5º e 6º. Ressalta-se que ao lado desses direitos a Constituição reconhece garantias, de modo a protegê-los enquanto ferramentas jurídicas de tutela, as quais também se encontram especialmente previstas nos artigos 5º e 6º, assim como ao longo de todo o texto constitucional. Conforme observa Sarlet (1999, p. 98), tais direitos estão protegidos tanto da ação do legislador ordinário como do “poder constituinte reformador”, em um rol conhecido como “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, IV), assunto que se abordará no tópico seguinte.

O direito à saúde é um direito social previsto no “caput” do art. 6º da Constituição Federal.

Este estudo tem por objeto essencialmente o direito fundamental social à saúde e sua eventual violação diante da aprovação da Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, pelo que se mostra relevante examinar o conceito de saúde.

Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), a definição de saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”. Mas a definição de saúde nem sempre foi esta. Já se teve a ideia de que o conceito de saúde correspondia apenas à “perfeição morfológica, acompanhada da harmonia funcional, da integridade dos órgãos e aparelhos, do bom desempenho das funções vitais”, mais ligado ao “vigor físico e ao equilíbrio mental, apenas considerados em termos do indivíduo e ao nível da pessoa humana.” (MEDICINA TROPICAL, 2016).

Assim é que não somente diante da ausência de doença e outros agravos é que se pode considerar que o indivíduo goza de boa saúde, pois englobam-se no conceito a saúde mental e social, de forma que o lado psíquico da saúde cresceu muito em importância, de maneira que hoje também a saúde mental é objeto dos serviços e ações em saúde.

Portanto, gozar de saúde é estar em completo bem-estar social.

A “saúde social” (bem-estar social) é aquela resposta ou ajustamento as exigências do meio, e depende fundamentalmente das condições socio-econômicas do

agrupamento humano onde se vive, da distribuição da riqueza circulante, da oportunidade que se oferece ao indivíduo para que tome parte no esforço organizado da comunidade. A “saúde social” é mais coletiva que individual. Onde há miséria, fome e ignorância; onde é grande a competição da luta pela vida; onde há compreensão entre os homens; onde o desenvolvimento e a economia não oferecem oportunidades a todos; onde o clima político sufoca os direitos essenciais da pessoa humana e a liberdade do homem foi suprimida para que o domínio de alguns se exerça sobre a comunidade; enfim, onde não há bem-estar social, a saúde física e a saúde mental descompensam e são afetadas com repercussões a longo tempo (MEDICINA TROPICAL, 2016).

O conceito de saúde deixou de ser *estático e formal* para representar um conceito *dinâmico-social e sócio-econômico*, mais “como resposta do indivíduo às condições do meio onde vive, resposta essa que deve ser analisada sob três planos ou dimensões: saúde física, saúde mental e saúde social.” (MEDICINA TROPICAL, 2016).

Um homem saudável é aquele que goza de bem-estar físico, mental e espiritual, vivendo com alegria e felicidade, em perfeito equilíbrio no meio em que vive.

Também importa esclarecer que o Direito não pode garantir uma vida saudável aos indivíduos de uma determinada sociedade, pois isso é um dado natural, mas pode garantir os meios para que se goze dela, através da garantia de acesso aos instrumentos ou serviços disponíveis para a proteção, promoção, prevenção e recuperação da saúde. Assim é que o direito fundamental à saúde, conforme lembram Ana Paula de Barcellos e outros (2017, p. 458), só pode ser definido como um direito a prestações sanitárias estatais, de maneira que não tem o indivíduo direito à saúde, mas à proteção, à promoção, à prevenção e à recuperação.

A visão ampla de saúde se mostra relevante, porque a promoção da saúde não se esgota nas prestações sanitárias, mas incorpora um leque extenso de outras políticas públicas voltadas à promoção da paz, da moradia, da educação, da alimentação, da renda, dos ecossistemas saudáveis, da justiça social, entre outras. Entretanto, esse conceito amplo de saúde em consonância com os critérios da Organização Mundial de Saúde “extrapola a noção comumente associada ao direito à saúde, de normalidade orgânica e funcional, para identificar-se com o conceito de bem-estar”, pelo que a identificação do que seja direito à saúde não se mostra tarefa simples ou singela, mas complexa (BARCELLOS et al., 2017, p. 458-59).

Conforme Barcellos e outros (2017, p. 459), existem dimensões individuais e coletivas nas prestações de saúde com natureza bem diversa, como a prevenção, a cura, o monitoramento, a informação, sendo que o fornecimento dessas prestações enfrenta problemas com custos e escassez de recursos, havendo a necessidade de se definirem

prioridades. Esse é também um problema a ser enfrentado quando ao se examinar a conformidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016 com a Constituição Federal. De um lado, encontra-se o interesse público do Estado em equilibrar as contas públicas, de outro está o direito fundamental à saúde, que deve ser respeitado e concretizado pelo Poder Público, lembrando que uma das características dos direitos fundamentais é justamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ao direito fundamental.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-la mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos, sendo também direito de todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). (BRASIL, 1988).

Depois de abordar a origem e formação dos direitos fundamentais na ordem internacional e no sistema jurídico brasileiro, no próximo item irá examinar as características dos direitos fundamentais, em especial a vinculação dos Poderes Públicos, sua inclusão na Constituição Federal de 1988 como cláusulas pétreas e o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2.2 Características dos direitos fundamentais, vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo que conceituar direitos fundamentais, reconhecer suas características também é tarefa complexa, começando pelo fato de os diversos autores que abordam o tema reconhecerem diferentes características dos direitos fundamentais.

Como características dos direitos fundamentais, Branco (2013, p. 142-155) cita o fato de serem eles universais e absolutos, terem caráter de historicidade, inalienabilidade e indisponibilidade, a sua constitucionalização, a vinculação dos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário,) além de sua aplicabilidade imediata. Outros autores, porém, referem outras características dos direitos fundamentais³.

Conforme visto em tópico anterior, Norberto Bobbio (2004, p. 18-19) ensina que os direitos do homem não são absolutos, mas variáveis, alterando-se com as mudanças históricas, interesses das classes que se encontram no poder, transformações técnicas, dentre

³ José Afonso da Silva refere que são características dos direitos fundamentais a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade (SILVA, 2017, p. 182-184).

outros. Refere que direitos outrora considerados absolutos, como a propriedade, foram modernamente submetidos a limitações, ao passo que direitos que nem sequer eram mencionados, como os direitos sociais, agora são “proclamados com ostentação”. Dito isso, acredita estar provado que os direitos humanos não “são direitos fundamentais por natureza”, pelo que os reconhece como relativos, não se podendo atribuir a eles o caráter absoluto.

Com efeito, direitos e princípios não são absolutos, ainda que fundamentais e, segundo Selma Rodrigues Petterle (2007, p. 136), “a teoria dos limites vem em socorro de uma sociedade pluralista e solidária” como forma de solucionar a colisão entre direitos fundamentais. Como referem Gina Pompeu e Camila Pimenta (2017, p. 222), essas restrições a direitos fundamentais ou decorrem do texto expresso da norma constitucional, ou de previsão de restrição por lei infraconstitucional na Constituição, ou, ainda, quando ocorre um conflito entre direitos constitucionais.

Outra característica dos direitos fundamentais, segundo a concepção de Branco (2013, p. 144), é a sua historicidade. Essa historicidade significa que “os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”, ou seja, os direitos fundamentais podem ser reconhecidos em um determinado tempo e em outros desaparecerem, ou se modificarem, já que não são absolutos. Conforme referiu Bobbio (2004, p. 6), em mais de uma oportunidade, os direitos não surgem de uma vez, mas despontam quando devem ou podem aparecer.

Como já se examinou, os direitos fundamentais foram evoluindo paulatinamente, sendo reconhecidos aos poucos e incorporados ao patrimônio jurídico do homem. O que antes era considerado absoluto, hoje já admite relativização, como ocorreu com o direito de propriedade, sendo que hoje a propriedade deve cumprir a sua função social. Assim, não se pode esquecer que os direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto, mas meramente relativo.

Os direitos fundamentais também são caracterizados por “estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica”, estando “relacionados com a posição básica das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”, de forma que vigem em uma “ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo”. No Brasil, os direitos fundamentais estão positivados na Constituição e “as normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição”, pois sua constitucionalização impede “que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos”. Isto significa que os atos dos poderes constituídos devem estar em conformidade com os direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 145-147), o que

já se referiu na esteira do ensinamento de Calil de Freitas (2007, p. 41-45).

Considerando que os direitos “não nascem de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 2004, p. 6), para este estudo propõe-se examinar com maior profundidade a característica dos direitos fundamentais quanto à força vinculativa que possuem, especialmente em relação aos Poderes Públicos.

Quanto à vinculatividade dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p. 45) afirma que se trata do dever de proteção, de maneira que a previsão constitucional dos direitos fundamentais traduz critérios para “a organização e limitação da atuação dos poderes constituídos”. Sendo assim, devido a vinculatividade dos direitos fundamentais, o Poder Público tem o dever respeitá-los, concretizá-los e efetivá-los e uma vez constituídos, concretizados e efetivados, o Poder Público não pode eliminá-los, nem suprimi-los ou reduzi-los.

Nesse ponto, importa ressaltar a vinculatividade do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, já que é tema objeto dessa dissertação.

Mendes e Branco (2013, p. 148) asseveram que essa vinculação pode assumir caráter positivo, no sentido de ser necessária a edição de normas que concretizem os direitos fundamentais, caso que, havendo a omissão do legislador, poderá dar ensejo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mesmo ao mandado de injunção. De outro lado, ainda quando a Carta Magna confere ao legislador a empreitada de restringir direitos fundamentais, essa restrição sempre deverá respeitar o núcleo essencial desse direito, ideia que também é compartilhada por Calil de Freitas (2007, p. 46). A vinculação negativa, de caráter eminentemente protetivo, ensejou o surgimento da teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, segundo a qual opera como controle à atividade do legislador na efetivação do princípio da reserva legal em tema de direitos fundamentais, tendo por escopo justamente evitar a impraticabilidade do Direito, de modo que não possa mais ser protegido ou de maneira que seu exercício seja obstaculizado além do plausível. Aqui se configura o princípio do não-retrocesso social no que se refere aos direitos fundamentais sociais, que se traduz como fortalecimento à vinculação do legislador acerca dos direitos fundamentais prestacionais *stricto sensu* (FREITAS, 2007, p. 47).

Então, como será abordado mais adiante em tópico próprio, a liberdade de conformação do legislador encontra limites no núcleo essencial do direito fundamental já por ele concretizado, o que significa dizer que a vinculação positiva do legislador se converte em vinculação negativa, pois a eliminação daquilo que fora primeiramente conferido ao Direito importará em retrocesso social. Além disso, esse dever de proteção estabelece a necessária

observância ao “princípio da proibição de insuficiência.” (FREITAS, 2007, p. 48).

Conforme observa De Conto (2008, p. 97), o princípio da proibição de retrocesso vincula todos os Poderes do Estado, de maneira que a aplicação desse princípio ao Poder Legislativo implica inquestionavelmente na minoração na liberdade de conformação legislativa, principalmente quando em jogo o núcleo essencial dos direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 393) aponta que um dos aspectos pelos quais a força jurídica dos direitos fundamentais sociais se manifesta é justamente através de sua força irradiante, de modo que esses direitos apresentam uma “certa capacidade de resistência” a modificações normativas que reduzam seu grau de realização. E assim o é porque a vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais limita alguns de seus poderes, além de obrigá-los a agir em conformidade com os direitos fundamentais.

De outro lado, a Constituição Federal estabelece no art. 5º, § 2º⁴ um sistema aberto de direitos fundamentais, no sentido de que os direitos nela reconhecidos não são taxativos, de maneira que podem ser reconhecidos outros tantos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou mesmo decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Assim, é possível cogitar a existência de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição e direitos materialmente fundamentais fora do catálogo explicitamente por ela listado (MENDES; BRANCO, 2013, p. 171)

A doutrina brasileira vem se dedicando ao assunto, inclusive reconhecendo direitos fundamentais implícitos e/ou decorrentes. Está incluso na Carta Magna o que não foi expressamente conjecturado e, estando subentendido de maneira indireta, pode ser concluído. O Direito Constitucional brasileiro incorporou determinado esquema de valores e princípios, os quais não se encontram na dependência do Constituinte, mas obtém amparo no conceito predominante de Constituição e no senso jurídico coletivo (SARLET, 2010, p. 79-80).

Há, pois, direitos materialmente fundamentais, aqueles que são essencialmente constitucionais, e direitos formalmente fundamentais, aqueles que apenas acidentalmente são constitucionais, por sua previsão no texto da Carta Magna. Canotilho (2003, p. 403-404) refere que direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles reconhecidos pela Constituição, mas a Carta aceita diferentes direitos fundamentais, desde que estejam previstos em leis e regras de Direito Internacional, direitos que são chamados de materialmente constitucionais. O constitucionalista português refere que o problema é distinguir esses

⁴ CF/88, Art. 5º, “§ 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988).

direitos, sendo que “direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais” são aqueles semelhantes pelo seu propósito e relevância aos diferentes gêneros de direitos formalmente fundamentais. Sarlet (2010, p. 81-82) também demonstra preocupação com o tema ao aduzir que “a abertura material do catálogo” abrange tanto os direitos e garantias individuais como os direitos sociais. Argumenta que a norma do § 2º, do artigo 5º menciona genericamente a sua aplicação aos “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, independentemente de sua posição no texto. Também porque os direitos sociais foram acolhidos expressamente como direitos fundamentais, além de gozarem do “manto da fundamentalidade”.

Ao lado dos direitos fundamentais, o legislador constituinte reconheceu garantias para a sua efetivação e concretização, as quais também se encontram esparsas pelo texto constitucional e é uma forma de proteção dos direitos fundamentais. Vieira de Andrade (2006, p. 143, 145) aduz que essas garantias, que chama de garantias institucionais, referem-se a um conjunto complexo jurídico normativo que regula certo âmbito da realidade econômica, administrativa ou social, com enfoque notadamente em um direito fundamental, aspirando sua efetivação, tendo por objetivo proporcionar especial segurança ao seu núcleo e seus traços característicos. De forma que esse complexo jurídico normativo, e não a uma prática social em si, vinculará o legislador, embora admitindo um espaço de liberdade de conformação, em maior ou menor medida, porém sempre vedando a destruição, descaracterização ou desfiguração da instituição.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2017, p. 188), invocando a lição de Maurice Hauriou, refere que não basta que um direito seja reconhecido e declarado, devendo ser também garantido. Citando Ruy Barbosa, aduz que uma coisa são os direitos, outra são as garantias, enquanto aqueles são disposições meramente declaratórias, estas são disposições assecuratórias.

Afonso da Silva (2017, p. 188-191) diz não haver nitidez quanto às linhas divisórias entre os direitos e as garantias, já que, por vezes, as garantias são declaradas e outras vezes os direitos são declarados por meio de formas assecuratórias. Traz uma divisão entre garantias gerais e constitucionais dos direitos fundamentais, referindo que as garantias gerais asseguram a existência e a efetividade daqueles direitos, enquanto as garantias constitucionais, consistentes em instituições, determinações e procedimentos, através dos quais a Constituição tutela e reintegra os direitos fundamentais. O autor subdivide as garantias constitucionais em gerais, as quais se subsumem no aparato de freios e contrapesos dos Poderes, impedindo arbítrios e constituindo métodos de garantia e respeito dos direitos fundamentais; e constitucionais especiais, as quais são dispositivos constitucionais que estabelecem métodos e

técnicas para a proteção da eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais, limitando, assim, a atuação dos órgãos estatais. Ainda refere que essas garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio para tutelar um direito principal, estando elas a serviço dos direitos fundamentais.

Outro aspecto de grande relevância em matéria de direitos fundamentais é a sua proteção contra eventuais reformas erosivas, sendo protegidos como cláusulas pétreas, as quais têm previsão no artigo 60, § 4º, Inciso IV, da Constituição Federal de 1988, constituindo, na verdade, limite material à reforma da Constituição.

Mendes e Branco (2013, p. 121-122) afirmam que a ideia de que haja limites ao poder de rever a Constituição é controvertida e lança o seguinte questionamento: se o Poder Constituinte originário e o de reforma são exercidos por representantes do povo, porque um deles deve estar subordinado ao outro? Para ele, essa limitação se justifica pelo fato de as cláusulas chamadas pétreas serem uma das essências do plano do Poder Constituinte originário, que buscou protegê-las de quaisquer alterações, tendo essa legitimidade por ser juridicamente superior ao poder de reforma. O autor sustenta que se a geração seguinte entender que não deve seguir às decisões da geração anterior, ela pode se fazer “ouvir por meio de manifestações do poder constituinte originário” e romper com as limitações impostas constituindo um novo diploma magno. Porém, enquanto isto não ocorrer, a geração seguinte deve permanecer seguindo ditas limitações.

Canotilho (2003, p. 1064), por sua vez, refere que as Constituições apontam determinados temas que consideram como a essência material da ordem constitucional e retiram esses temas da possibilidade de alteração pelo poder de revisão. Segundo Sarlet (2010, p. 405, 412), essa segurança jurídica vigorosa mais reforçada, característica apenas dos direitos fundamentais e de outros escassos princípios estabelecidos pelo Constituinte, é uma das consequências jurídicas ocasionadas pelos direitos fundamentais e, logo, uma dimensão de sua eficácia. Refere que o objetivo da existência de limites materiais à reforma constitucional é a preservação de determinados conteúdos da Carta Magna elencados como essenciais, justificando-se na necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e irrestrita destrua a ordem constitucional vigente.

Na verdade, essas limitações materiais querem dizer que o teor da Constituição não está à plena disposição do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, mas essa questão “passa pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição”, o que representa uma forte e relevante tensão com o princípio

democrático (SARLET, 2010, p. 412-413).

Na mesma linha é a lição de Branco (2013, p. 123-125), que afirma que a principal função das cláusulas pétreas é evitar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição, de maneira que a mera alteração da redação de uma norma não importa na sua inconstitucionalidade, desde que mantida a essência do princípio e o sentido da norma. O autor também refere que há quem sustente que as cláusulas pétreas “não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado”, desde que reste preservado o núcleo essencial do bem protegido. Em síntese, o autor sustenta que as cláusulas pétreas imunizam o sentido dessas espécies constitucionais especialmente protegidas contra modificações que venham atingir a sua essência ou enfraquecer a proteção que lhes é fornecida

Com efeito, esse parece ser inexoravelmente o sentido da previsão das cláusulas pétreas, sobretudo garantir que conteúdos essenciais da Constituição sejam preservados, mormente os direitos fundamentais, resguardando-os da ação erosiva de uma maioria eventual. Com bem disseram Mendes e Branco (2013, p. 124), havendo eco na vontade do povo, a ordem jurídica estabelecida poderá ser rompida e estabelecida uma nova ordem Constitucional, mas, enquanto isso não acontece, a Constituição deve ser cumprida e respeitada naquilo que é da sua essência.

Consigna-se que a doutrina diverge a respeito da inclusão dos direitos fundamentais econômicos culturais e sociais como protegidos pelas cláusulas pétreas. Atualmente, todavia, essa questão parece estar superada, havendo consenso de que os direitos sociais efetivamente integram o núcleo intangível da Constituição Federal.

Alguns sustentam que os direitos sociais não estariam abrangidos nessa proteção, pois que o art. 60, § 4º, inciso IV⁵ fala em “direitos e garantias individuais”, sendo, portanto, uma opção do legislador a sua inclusão, considerando que os direitos à prestação “estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 128-129), de modo que alguns juristas entendem que a norma deve ser interpretada de maneira estrita. No entanto, há outros juristas que sustentam que os direitos sociais integram as cláusulas pétreas, uma vez que sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil, ela deve ser compreendida “no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de

⁵ CF/88, Art. 60, “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

desigualdades sociais” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 129), o que indica que os direitos sociais são da essência da concepção de Estado adotada pela Lei Maior.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 179-180) defende que os direitos sociais estão sob o abrigo deste inciso, sendo, pois, considerados direitos fundamentais. Explica que sua posição vem lastreada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui a identidade política, ética e jurídica da Carta Constitucional, de modo que não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-la. Afirma que é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que derivam todos os demais direitos materialmente fundamentais, os quais merecem proteção máxima, independente da geração de direitos a que pertençam. Refere que a moderna doutrina constitucional justifica a exigência de certas prestações e a intangibilidade de certos direitos pelo poder reformador na sua essencialidade, visando possibilitar uma vida digna, de maneira que não apenas os direitos individuais, mas outros direitos constitucionais dotados de fundamentalidade material integram as cláusulas pétreas.

Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. Ora bem: esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de supressão pelo poder reformador. [...] Em suma: não apenas os direitos individuais, mas também os direitos fundamentais materiais como um todo estão protegido em face do constituinte reformador (BARROSO, 2010, p. 180-181).

No entanto, Barroso (2010, p. 181-182) afirma que outros doutrinadores, sem justificar a fundamentalidade de determinados direitos sociais no princípio da dignidade da pessoa humana, os reconhecem como integrantes das cláusulas pétreas (inciso IV) porque associam a ideia de mínimo existencial à de condições para o exercício da liberdade. Então, os direitos sociais não seriam em si fundamentais, a não ser que indispensáveis para o desfrute do direito à liberdade, este sim direito individual intangível ao poder reformador. Nesse sentido, Lobo Torres (2009, p. 245) defende que nem todos os direitos sociais gozam de jusfundamentalidade. Para ele, o direito à saúde possui duas faces: “é fundamental (= mínimo existencial) e social – arts. 6º e 196”. Segundo o autor,

A CF distinguiu, sem a menor dúvida, entre as prestações de saúde que constituem proteção do mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que deveriam ser gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que poderiam ser custeadas por contribuições (medicina curativa). De feito, as atividades curativas geram o direito ao atendimento integral e gratuito: as campanhas de vacinação, a

erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias são obrigações básicas do Estado, deles se beneficiando ricos e pobres independentemente de qualquer pagamento. A medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, entretanto, deveriam ser remunerados pelo pagamento das contribuições ao sistema de seguridade, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que tem direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira, posto que se trata de direito tocado pelos interesses fundamentais. A lei 6.080, de 19.9.90 (art. 43), entretanto, que instituiu o sistema único de saúde, criou a utopia da gratuidade das prestações públicas nessa área, desarticulando inteiramente a ação estatal e piorando consideravelmente o atendimento ao povo. O sistema único de saúde encontrou o seu supedâneo financeiro nas exóticas contribuições sociais incidentes sobre as empresas e terceiros (contribuições sobre o lucro, sobre o faturamento, sobre as movimentações financeiras), criadas de acordo com a autorização constitucional (art. 195 da CF; EC 42/03), caracterizando-se como impostos com destinação especial. Ao mesmo tempo a CF declarou, no art. 199, que “a assistência a saúde é livre à iniciativa privada.”, ressaltando que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio” (parágrafo 1º). O grande problema do “direito à saúde”, por conseguinte, seria definir os limites nos quais se consideraria direito fundamental, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero direito social, fora do campo do mínimo existencial e dependente de dramáticas escolhas orçamentárias e de pagamento de contribuições; entretanto, diante da regulamentação infraconstitucional, a realidade se encarregou de reservar o sistema único gratuito de baixa qualidade à população pobre e de empurrar grande parte da classe média e os ricos para a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada, seja através de médicos liberais, seja por intermédio de planos de saúde, de melhor qualidade. Criou-se, portanto, uma não-incidência de taxas e contribuições sobre as prestações estatais, que rigorosamente não pode ser chamada de imunidade, por não proteger apenas o mínimo existencial e os direitos fundamentais. Mas nunca ficou muito claro ao desenho do direito. Jamais ficou esclarecido na copiosa jurisprudência firmada nos últimos anos pelos Tribunais Estaduais, se o direito a medicamentos e prestações de medicina curativa se restringe aos carentes ou se pode beneficiar toda a população. É bem de ver que a questão começa a se modificar, pois as legislações de alguns Estados-membros da própria União previram o ressarcimento de despesas pelas seguradoras, o que abre a possibilidade de se distinguir com mais clareza o campo do mínimo existencial (TORRES, 2009, p. 245-246).

Emerson Garcia (2005, p. 167-168) defende que os direitos sociais estão abarcados nessa cláusula, sendo meras particularizações dos direitos e garantias individuais. Analisando a questão sob uma perspectiva explícita ou sob o ângulo dos limites imanentes, afirma que os direitos sociais se constituem como efetivos limites materiais ao poder de reforma, de maneira que esses direitos, ainda que não sejam integrantes do mínimo existencial, “são alçados à condição de limites do poder reformador”. Por sua vez, Canotilho (2003, p. 518) aborda o tema afirmando que os direitos sociais, de igual maneira, necessitam da preservação de um núcleo essencial “como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard mínimo*)”. Para ele “todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*)”.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2013, p. 129), referindo a controvérsia quanto à intangibilidade dos direitos sociais, na mesma linha de Barroso, sustentam que os direitos sociais são considerados cláusulas pétreas, e fundamentam sua posição também no

princípio da dignidade da pessoa humana. No entendimento desses doutrinadores, a circunstância dos direitos sociais estarem submetidos a possibilidades financeiras do Estado não impede que as cláusulas pétreas alcancem a eficácia mínima desses direitos.

Sarlet (2010, p. 422-423) afirma estarem os direitos sociais protegidos pelas cláusulas pétreas, posto que, se se adotasse essa exegese de cunho puramente literal, outros tantos direitos fundamentais deveriam ser considerados não abrangidos pela perenização, como os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e até mesmo os direitos coletivos constantes do rol do artigo 5º, de modo que o autor entende não poder prevalecer esta interpretação, não havendo qualquer razão para se sustentar uma distinção de regime entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Portanto, grande parte da doutrina, senão a maior parte, considera os direitos sociais como fundamentais, especialmente o direito à saúde que, na linha do que já foi reconhecido pelo STF⁶, “representa consequência constitucional do direito à vida”. Isso, em verdade, como já se consignou, está devidamente superado neste momento histórico.

Com efeito, direitos sociais e direitos de liberdade não possuem um sistema de proteção diferente, todos são direitos fundamentais e todos merecem a proteção estatal contra um retrocesso. No modelo do Estado Democrático de Direito, a estabilidade das relações e a confiança no que já se encontra concretizado deve ser um norte ao Estado, na sua diária tarefa de concretizar a dignidade da pessoa humana. Inexoravelmente, os direitos sociais gozam desta proteção, pois que são da essência da Constituição Brasileira.

No entender de Jorge Reis Novais (2006, p. 196), não há diferença entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, conforme já se consignou.

⁶ “Ementa: Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público (CF, art. 5º. *Caput* e 196). Precedentes (STF). Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional do direito à vida.” (STF, RE 271.286-RS, AC de 12.09.2000, 2ª. T, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000); Ementa: “O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUENCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público a quem incumbe formular – e implementar- políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras de vírus HIV/AIDS, dá efetividade à preceito fundamental da Constituição da República (art. 5º., *caput* e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário n. 273-8340-4/RS**. 2ª. Turma. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 2000. DJU 02.02.2001).

Para ele, há apenas direitos fundamentais, sendo que o regime constitucional de ambos é único, ou seja, um “regime de proteção dos direitos fundamentais próprios do Estado de Direito”, que inclui os limites aos limites. Nas palavras do autor, o que há é:

[...] a necessária observância dos princípios constitucionais estruturantes (dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso, proteção da confiança), a observância da reserva de lei concebida à luz da teoria da essencialidade e a garantia do conteúdo essencial [...] (NOVAIS, 2006, p. 196).

Aliás, conforme Sarlet (2010, p. 423), a ideia de que os direitos fundamentais sociais não são integrantes das cláusulas pétreas choca-se com os seguintes argumentos: a) a Constituição não diferencia direitos de liberdade e direitos sociais; b) aqueles que adotam uma interpretação restritiva partem da ideia de que todos os direitos sociais são direitos prestacionais estatais, quando grande parte dos direitos sociais são equiparáveis aos direitos de defesa (esse assunto será mais bem abordado adiante); c) uma interpretação restritiva acaba excluindo os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que também não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inciso IV. O autor ainda defende que somente por uma interpretação sistemática da Constituição se achará uma conclusão aceitável no que diz respeito à problemática da abrangência da extensão do artigo 60, § 4º, inciso IV, não podendo prevalecer uma interpretação meramente literal.

O autor tem razão quando afirma que a inclusão dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas se justifica porque no preâmbulo da Constituição já se encontra referência de que os direitos individuais e sociais constituem objetivo do Estado. Além disso, a Constituição consagra a ideia de que o Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito, o que resta transparente em diversos princípios fundamentais, mormente nos artigos 1º, inc. I a III, e art. 3º, I, III e IV, havendo uma íntima conexão dos direitos sociais com a concepção de Estado na Constituição. Por fim, não haveria porque reconhecer serem eles direitos fundamentais se não se garantisse a eles esta proteção mais forte e eficaz (SARLET, 2010, p. 424).

Efetivamente, se o objetivo das cláusulas pétreas é impossibilitar a eliminação dos elementos essenciais da Carta Magna, encontrando-se, nesse viés, a serviço da identidade constitucional, a supressão, ainda que tendencial, implicaria em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 426). Contudo, Sarlet (2010, p. 428) adverte que a proteção dos direitos fundamentais não significa sua absoluta intangibilidade. O que é vedado constitucionalmente é a abolição efetiva ou tendencial do direito fundamental, devendo ser preservado seu núcleo essencial, o que somente poderá ser avaliado no caso concreto, uma vez que:

[...] não se pode confundir com a noção de que cada direitos (sic) fundamental expressa ou implicitamente positivado tem um núcleo essencial que, embora não se confunda necessariamente com um conteúdo em dignidade da pessoa humana [...] se encontra necessariamente protegido contra uma afetação pelos poderes constituídos. [...] cada direito fundamental [...] acaba, portanto, sendo parte integrante da identidade do sistema constitucional, o que, reitera-se, não impede ajustes e restrições, mas impede a supressão de direitos fundamentais como tais consagrados pelo Constituinte (SARLET, 2010, p. 426-427).

Como se vê, há, então, quem sustente que as cláusulas pétreas não protegem os direitos fundamentais em toda a sua extensão, mas somente no limite de seu núcleo essencial⁷. Porém, não é tarefa fácil descobrir o que seja o núcleo essencial do direito fundamental, principalmente quando está em jogo um direito fundamental social. Mas pode-se entender o núcleo do direito fundamental como aquela parcela do conteúdo do direito sem a qual ele perde sua essência, a sua eficácia⁸.

Sarlet (2010, p. 431-432) exemplifica com o direito à assistência social. Para ele, o núcleo essencial desse direito deverá ser extraído da norma constitucional que o consagrou. Assim, em termos de direito à assistência social, pela vinculação que possui com a garantia de condições materiais mínimas de existência, esse critério pode ser utilizado como “fronteira demarcatória” do teor essencial (mínimo) deste direito fundamental. Adverte o autor que relegar ao legislador a tarefa de densificar, através da lei e não da Constituição, quais seriam os elementos que caracterizariam o cerne do direito fundamental, não é a maneira mais apropriada, pois tal percepção estaria conferindo à lei, no mínimo, um posicionamento semelhante à Constituição.

Não se pode, portanto, confundir o núcleo essencial do direito com o conteúdo em dignidade da pessoa humana, sendo possível afirmar que todos os direitos fundamentais têm um núcleo essencial, mas nem todos podem ser considerados como exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Sarlet (2010, p. 429-430), ao empregar expressões do tipo “abolir ou tendente a abolir”, o constituinte pátrio planejou defender a essência de cada direito fundamental, independentemente de seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.

Frente ao assunto, Patrícia Abbud Martins (2004, p. 416) apresenta um exemplo bastante prático de conteúdo essencial do direito fundamental:

Sob um enfoque mais prático, quando a Constituição Brasileira de 1988 estabelece no seu art. 6º. O direito à educação e atribui ao Estado, através do seu art. 208, inciso I, a incumbência de satisfação desse dever mediante a garantia do ensino

⁷ Neste sentido, ver inicial da ADIN 5658, p. 48.

⁸ Quanto ao conteúdo essencial do direito fundamental ver Sarlet, op. cit., p. 430, bem como Sarlet, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 356.

fundamental, inculcando-lhe caráter obrigatório e gratuito, evidencia, desde logo, que este está compreendido no núcleo essencial ao direito fundamental social à educação. A intenção do constituinte mostra-se ainda mais nítida pelo teor do parágrafo 1º. Do mesmo dispositivo, que confere ao ensino fundamental o status de direito público subjetivo, revelando sua natureza diretamente demandante [...]. No caso da Finlândia, podemos afirmar que o núcleo essencial do direito à educação inclui não só o ensino básico, como também o denominado ensino voluntário, o qual se assemelha ao ensino médio brasileiro. [...] A inegável pobreza da grande camada populacional é um fator condicionante *in casu*, o que mostra que o núcleo essencial do direito fundamental social é estabelecido diante do contexto de cada Estado. Entretanto, consignemos que este jamais poderá ocupar um patamar inferior ao que se entende por um mínimo existencial.

Para a autora, o núcleo essencial de um direito fundamental social corresponde ao suprimento das necessidades básicas. E necessidades básicas são necessidades natas ou naturais, considerando que protegem a vida em sua acepção mais honrosa, fundamental, insurgindo-se contra a morte, sendo, pois, a fonte originária de todos os outros direitos (MARTINS, 2004, p. 417).

Por sua vez, Juliana Matsuda, Helida Pereira e Luciana de Souza (2011, p. 2-3) referem que com o objetivo de harmonizar, de um lado, a teoria da reserva do possível e, de outro, a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais sociais, criou-se, na doutrina, a garantia do núcleo essencial como forma de relativizar a teoria da reserva do possível. De acordo com essa teoria, haveria a garantia de um conteúdo mínimo dos direitos sociais, os quais não poderiam sofrer restrições por parte do Estado, mesmo diante da alegada indisponibilidade financeira. Segundo as autoras, embora a legislação brasileira não defina o que seja esse conteúdo essencial do direito fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana oferece parâmetros para se eleger quais direitos integram o conceito. Assim é que, o núcleo ou conteúdo essencial seria a parcela do direito fundamental que não aceita abolição ou limitação, sob pena de impossibilitar que seu titular goze de uma existência com dignidade.

Ainda sobre o assunto, releva trazer a lição de Sarlet (2015, p. 356), quando ensina que a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais assinala para uma fração do direito fundamental, sem a qual este deixa de ter a mínima eficácia, de modo a não ser identificado como um direito fundamental. Nesse entendimento, existem conteúdos dos direitos fundamentais que são invioláveis, indisponíveis às intervenções dos Poderes estatais, de modo que mesmo que o legislador possa editar normas restritivas há um núcleo essencial que deve ficar resguardado. Quanto às teorias sobre o tema, o autor assim as resume:

Não cabe aqui avaliar se o núcleo essencial seria, ou não, determinado com base num processo de ponderação, dando origem a duas teorias sobre o núcleo essencial:

a absoluta e a relativa. Na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar um papel de um ‘filtro’ (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade, na segunda, estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido por esse exame. Cumpre, no entanto, ressaltar o objetivo comum que ambas as teorias, mesmo que por caminhos diversos, se esforçam em alcançar: a garantia de uma maior proteção dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 356-7).

Embora o autor reconheça ser muito difícil determinar qual o núcleo essencial de um direito, sendo bastante complicado estabelecê-lo em abstrato e previamente, essa garantia do núcleo essencial tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma (CF/88, artigo 60, § 4º.) (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 359).

Consigna-se a enorme dificuldade que se tem em desvelar o que seja o conteúdo ou núcleo essencial do direito fundamental social à saúde, objeto da investigação a ser depurada nos próximos capítulos, especialmente diante das várias teorias existentes a respeito do assunto, as quais não são objeto do presente estudo⁹. Contudo, pode-se tomar como lição o ensinamento de Afonso da Silva (2006, p. 47-49), quando diz que para explicar uma restrição a direitos fundamentais é necessária uma fundamentação constitucional. Segundo essa teoria, todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos são regulamentáveis, de modo que a regulamentação a um direito fundamental não deixa de operar uma correspondente restrição.

Para Bonavides (2016, p. 676), a caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais exige a devida proteção contra leis que visem atingi-los em seu núcleo essencial:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. [...] Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição.

Salienta-se que o núcleo essencial do direito não se confunde com o mínimo existencial, sendo que ambos possuem semelhanças quanto à dificuldade em se desvelar qual seria o seu conteúdo.

⁹ Sobre as teorias quanto ao núcleo essencial dos direitos fundamentais ver Virgílio Afonso da Silva, em O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006. Também, Juliana Tiemi Maruyama Matsuda, Helida Maria Pereira e Luciana Camila de Souza, em O Mínimo existencial como limite da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 205) “o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”. Ao passo que o conteúdo essencial do direito fundamental, segundo Selma Rodrigues Petterle (2007, p. 139-40), é uma verdadeira barreira ao legislador ordinário, de maneira a fortalecer a garantia dos direitos fundamentais para que reste preservado um “conteúdo mínimo”, obstáculo que, caso ultrapassado, importa em violação dos direitos fundamentais, podendo, então, significar violação à proteção da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito ao direito à saúde essa tarefa é de particular complexidade. Rafael de Lazari (2016, p. 127) afirma que é justamente no direito fundamental à saúde que se encontram as principais discussões em relação a sua incorporação ao subgrupo de direitos sociais que formam o “mínimo”, notadamente porque o direito à saúde, de todos os direitos sociais, é o que mais se aproxima do direito fundamental individual à vida. Porém, considerando que o direito à saúde é amplíssimo, o autor defende que somente a saúde preventiva, restauradora e a saúde pós-estabelecimento são integrantes do mínimo existencial, afastadas deste conceito a saúde experimental e outras questões atinentes à saúde (LAZARI, 2016, p. 134), com o que se concorda.

E, conforme já se referiu, Lobo Torres (2009, p. 245-7) entende que apenas as ações curativas compõem o mínimo existencial, ou seja, somente “as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias são obrigações básicas do Estado”. Já, a medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, estariam fora deste conceito. Assim, como se observa, revelar o que estaria englobado no conceito de mínimo existencial é tarefa bastante difícil, semelhante com o que ocorre em relação ao núcleo essencial do direito fundamental, havendo discordância da doutrina quanto a esse conteúdo.

Então, em síntese, o objetivo primordial da previsão de cláusulas pétreas no texto constitucional é a proteção daquilo que é tido como a essência da Constituição, o cerne constitucional, intangível, perpétuo, o núcleo duro do documento conhecido como Constituição. Observa-se que o texto constitucional é explícito e rechaça toda e qualquer emenda que venha suprimir, alterar ou fragilizar, na sua substância, os direitos fundamentais ou os princípios fundamentais, ou seja, o texto constitucional repele não apenas a abolição ou supressão, mas também medidas de enfraquecimento ou diminuição quantitativa ou qualitativa desses conteúdos essenciais da Constituição (SARLET, 2010, p. 430).

É importante que deste tópico se extraia a seguinte lição trazida por Sarlet (2010, p.

432): havendo um direito fundamental que foi concretizado pelo legislador ordinário, entende-se que esse direito é reconhecido e assegurado diretamente pela Constituição, de tal maneira que o legislador, ao densificá-lo, somente exerceu tarefa que lhe foi outorgada pela Constituição. Mesmo que se reconheça ao legislador infraconstitucional ordinário uma relativa liberdade de conformação (e essa liberdade deverá ser analisada à luz de cada direito fundamental) não poderá ele “suprimir completamente o direito fundamental legalmente concretizado”, ainda que em sede de fragilização. Segundo o autor, não se trata da concretização legislativa de uma cláusula geral, mas de direitos fundamentais determinados, “mais ou menos definidos ao nível da Constituição”, que vinculam todos os poderes constituídos.

Portanto, conforme Sarlet (2010, p. 432), quando se estiver perante um direito fundamental prestacional já concretizado infraconstitucionalmente, “o limite do conteúdo essencial deverá ser interpretado no sentido dos elementos essenciais do nível prestacional legislativamente definido”, o que inexoravelmente conduz ao problema da proibição de retrocesso social, tema que também será detalhado mais adiante.

No próximo tópico examina-se a clássica divisão dos direitos fundamentais em positivos, ou prestacionais (ou sociais) e negativos, ou de liberdade (ou individuais).

2.3 A clássica divisão dos direitos fundamentais em positivos e negativos e os custos dos direitos - todos os direitos possuem custos.

Os direitos fundamentais, como já se abordou, foram evoluindo, sobretudo diante do momento histórico vivido em que foram reconhecidos. Inicialmente foram reconhecidos os direitos de primeira dimensão ou geração, isto é, aqueles ligados ao valor liberdade, consagrados no Estado Liberal. Após, em decorrência da luta das classes economicamente mais vulneráveis, foram reconhecidos os direitos ligados ao valor da igualdade, inaugurando o Estado do Bem-Estar Social, com os respectivos direitos de segunda geração ou dimensão. Porém, mesmo se reconhecendo certos direitos sociais a um grupo mais vulnerável de pessoas, não se abandonou o modelo econômico capitalista, apenas foram feitas concessões. Assim é que a doutrina convencionou classificar os direitos fundamentais em direitos de defesa ou negativos ou, ainda, direitos de liberdade e direitos a prestações (ou positivos, ou sociais), culturais e econômicos.

Diversos problemas surgem em consequência dessa classificação, notadamente relacionados à concretização dos direitos que dependem de prestações, principalmente porque

dependem de recursos públicos, os quais são bastante escassos. Isso fez com que a doutrina se debruçasse sobre o assunto e motivou interpretações diversas.

Canotilho (2003, p. 399, 403) refere que “direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade cujo destinatário é o Estado, e que tem como objetivo a obrigação de abstenção do mesmo”, o que se convencionou chamar de direitos de defesa ou negativos (diretos de primeira geração ou dimensão); por outro lado, seriam os direitos econômicos, sociais e culturais, positivos ou prestacionais. Para o autor não se trata de uma classificação oposta à das liberdades, direitos e garantias, sendo esses somente direitos diversos daqueles, submetidos, igualmente, ao regime dos direitos fundamentais.

Ainda vale ressaltar que os direitos econômicos, sociais ou culturais, de regra, exigem uma prestação ou ação estatal, mas também não só, pois há aqueles direitos sociais de natureza negativo-defensiva (CANOTILHO, 2003, p. 403), semelhantes aos direitos individuais.

Calil de Freitas (2007, p. 62-63) aduz que os direitos fundamentais de defesa remontam à concepção de que o homem é possuidor de direitos intrínsecos à sua condição de ser humano. São direitos que constituem em favor do titular uma proteção tanto contra a atuação do Estado como contra a atuação de terceiros. Esses direitos de defesa, na esteira do que ensinam Mendes e Branco (2013, p. 157-8), impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, não intromissão no espaço do indivíduo, típicos direitos de liberdade estabelecidos pelo Estado Liberal. O autor exemplifica como direitos de defesa a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença e de culto, a liberdade de expressão, o direito do indivíduo a não ser submetido à tortura, dentre outros, rol que se encontra basicamente no artigo 5º. da Constituição Federal.

Por sua vez, os direitos à prestação, segundo Canotilho (2003, p. 408), em sentido estrito, são aqueles direitos que os particulares possuem de obter algo através do Estado, como saúde, educação, segurança social. Cristina Queiróz (2006, p. 15), examinando essa discussão, afirma que uma das dificuldades que se enfrenta no constitucionalismo atual se refere à divisão entre os direitos, liberdades e garantias, de outro lado, e direitos sociais, culturais e econômicos, de outro.

Para o presente estudo, essa classificação dos direitos fundamentais em positivos ou negativos, em direitos de defesa ou direitos à prestação, importa para examinar as hipóteses protegidas¹⁰ a despeito da discussão em torno dos custos dos direitos sociais.

¹⁰ Neste sentido: Freitas, 2007, p. 64.

Calil de Freitas (2007, p. 64-65), usando a classificação de Alexy e examinando o âmbito de proteção dos direitos fundamentais positivos e negativos, afirma que quando se está diante de uma “norma permissiva, que estabelece liberdades protegidas, a hipótese fática coincide plenamente com o âmbito de proteção”. Para ele, nessa hipótese há “uma conexão entre a hipótese fática e o âmbito de proteção”, havendo uma “congruência” que “se dá com a máxima intensidade”. Na hipótese de direitos fundamentais, tanto o Estado como o particular não podem impossibilitar o possuidor do direito de exercer atividade para a qual tem liberdade jusfundamental, porém há casos em que a liberdade do possuidor do direito se une à obrigação de não “criar embaraços, obstáculos, estorvos” aos demais, de modo que esse tipo de proteção é negativa, configurando-se a “legitimação para a postulação judicial da necessária tutela contra eventuais violações”. Mas essas normas e sua proteção não deixam de incluir, ainda que indiretamente, determinada prestação estatal quando se fizer indispensável a tutela jurisdicional, mesmo sendo o Estado o violador, pois constituem as “denominadas liberdades protegidas”.

Alexy (1986, p. 194-6), por sua vez, classifica os direitos fundamentais em direitos a algo, afirmando que o objeto do direito a algo “é sempre uma ação do destinatário”, como, por exemplo, o direito à vida, de modo que o titular do direito tem, em relação ao Estado, um direito a que este não o mate, assim como um direito a que este proteja sua vida contra terceiros. Nesse exemplo, o autor observa que num dos direitos o destinatário da norma tem de realizar uma ação negativa (abstenção), enquanto no outro tem de realizar uma ação positiva (um fazer), e essa “distinção entre ações positivas e negativas é o principal critério para a divisão dos direitos a algo.” No que concerne aos direitos em face do Estado, para Alexy (1986, p. 196), os direitos a ações negativas correspondem a direitos de defesa.

No que diz respeito aos direitos do cidadão contra ações negativas do Estado ou direitos de defesa, Alexy (1986, p. 193-201) subdivide-os em três grupos: a) direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize ações do possuidor do direito, como exemplo o direito de locomoção do titular, de manifestar sua crença, expressar sua opinião; b) direitos a que o Estado não atinja alguns posicionamentos do indivíduo que possuir o direito, como exemplo a inviolabilidade do domicílio; c) direitos a que o Estado não extinga certas posições jurídicas do possuidor do direito, como o direito à propriedade.

Diferentemente dos direitos a prestações negativas, Calil de Freitas (2007, p. 71) aduz que os direitos a prestações positivas proporcionam ao titular do direito “a condição de obter do destinatário da norma uma posição positiva”, incumbindo ao Estado “disponibilizar os meios materiais e o implemento das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das

liberdades” de modo a assegurar aos indivíduos a participação política, econômica, social e cultural. Para o autor, a característica mais acentuada dos direitos a prestações positivas é conceberem um composto de normas por intermédio das quais o Estado se desincumbe de sua obrigação de reequilibrar as desigualdades sociais, além de se constituírem em faculdades concedidas a certas classes de seres humanos para envolverem-se nas vantagens da vida em sociedade, equivalendo direitos a prestações diretas e indiretas do poder público.

Alexy (1986, p. 201) refere que os direitos a ações positivas que o cidadão tem contra o Estado dividem-se em dois grupos: num deles o objeto é uma ação fática e no outro o objeto é uma ação normativa. Gustavo Amaral (2010, p. 29-30), também examinando o assunto, aduz que com o desenvolvimento histórico, os direitos foram evoluindo, sendo que os originários direitos a serem assegurados reverteram-se contra a opressão e dominação do monarca. Após, reconhecidas essas liberdades básicas, a opressão que surge é do homem contra o próprio homem, pelo que surgiram “os direitos voltados a atuações estatais específicas”. Refere que os direitos de liberdade foram classificados como negativos e os direitos sociais, que exigem uma ação do Estado, foram caracterizados como positivos.

Observa-se, portanto, que os direitos de defesa ou negativos, ou direitos de liberdade, são aqueles em que o titular do direito fundamental tem direito, tanto em face do Estado como do particular, a uma abstenção, de modo que esse direito seja protegido contra eventuais embaraços, obstáculos ou mesmo estorvos, ao passo que, no caso dos direitos positivos ou prestacionais ou, ainda, sociais, econômicos e culturais, o titular do direito tem, mormente em face do Estado, o direito a uma ação, material ou normativa, de maneira a lhe assegurar o exercício de suas liberdades e protegida sua igualdade.

A importância dessa distinção, sobretudo, diz respeito à necessidade de se dispor de meios materiais e financeiros para concretizar esses direitos a prestações positivas materiais devidas pelo Estado, o que se aguça especialmente em uma época de crise econômica e financeira, sobre a qual mais adiante se abordará.

Nesse sentido, importa novamente trazer à colação o ensinamento de Galdino (2005, p. 153) para quem essa classificação em direitos fundamentais positivos/negativos tem relevância e utilidade a fim de se estabelecer um traçado histórico acerca do progresso estatal e, ainda, distinguir entre os direitos fundamentais que são imediatamente exigíveis do Estado e os que não o são, orientando-se, dessa forma, as escolhas da sociedade.

Amaral (2010, p. 29, 31) refere que os direitos de liberdade seriam continuamente eficazes, pois não necessitariam de normatização e seu gozo decorreria diretamente da Constituição, não necessitando da atividade do legislador ordinário. Porém, em relação aos

direitos sociais, como esses dependem “de meios materiais e, assim, a mediação legislativa e orçamentária”, há uma polêmica quanto ao fato desses direitos decorrerem diretamente da Constituição. Apenas a título de referência, Canotilho defendia a tese da Constituição dirigente, que mais adiante se abordará, no sentido de que as normas constitucionais possuíam uma força normativa própria e autônoma.

Assim, Amaral (2010, p. 32, 35) aduz que existem três correntes sobre o assunto: a primeira corrente nega eficácia aos direitos fundamentais sociais, uma vez que “a carga positiva depende de mediação legislativa e de meios materiais”; a segunda corrente pensa que “os direitos sociais possuem o mesmo nível que os direitos individuais, muitas vezes decorrendo uns dos outros”; e a terceira corrente é perfilhada por aqueles que “veem os direitos sociais vigendo sob a reserva do possível, eis que a realização demanda o emprego de meios financeiros”, mas, nesse caso, “há um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível”.

Nunes (2011, p. 31-32) afirma que essa questão tem profundo “conteúdo ideológico”, mas a afirmação dos direitos sociais não é contrária às ideias liberais, mormente porque os direitos sociais foram reconhecidos pela concepção liberal, até como meio de acalmar os opositores e distanciar os perigos de rupturas revolucionárias. Nesse ponto se traz para o debate a posição de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 41), adepto de uma corrente mais restritiva da fundamentalidade dos direitos sociais, o qual sustenta que essa jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, ou seja,

[...] na proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas. E de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva a separação da tese do primado dos direitos sociais prestacionais [...] sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na dimensão mínima (TORRES, 2009, p. 41).

O autor afirma que os direitos sociais estão sujeitos “à reserva do possível e à concessão do legislador”, e que esses direitos se “transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade.” Então, para ele “a ideia de mínimo existencial [...] coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial.” (TORRES, 2009, p. 42-43).

Conforme Torres (2009, p. 163), nem todos os direitos sociais são fundamentais e foi

justamente essa primazia dos direitos sociais em face dos individuais um dos principais responsáveis pelo declínio do Estado Social. Este declínio, que se iniciou no final da década de 70, tem como principais causas o endividamento excessivo dos países, a impossibilidade de atender as necessidades sociais, o demasiado paternalismo e a idealização inocente da “inesgotabilidade dos recursos públicos”.

Observa-se que essa não é a corrente a que este trabalho se filia, pois se entende que os direitos sociais são fundamentais, o que já foi amplamente superado nesta quadra histórica em que se vive.

Paulo Bonavides (2016, p. 578-9), por outro lado, aduz que os direitos de segunda geração, sociais, ou prestacionais, ou, ainda, positivos, passaram por um período de baixa normatividade e eficácia duvidosa, em virtude especialmente dessa característica de “exigirem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.” Tiveram sua juridicidade questionada e “foram remetidos à esfera programática” e, em seguida, tiveram “uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto”. Segundo o autor, até bem pouco tempo, se entendia que somente os direitos de liberdade tinham aplicação instantânea, ao contrário dos direitos sociais que tinham aplicação por intermédio da atuação do legislador, sendo assim mediata a sua aplicabilidade, por via do legislador ordinário. Mas, para ele esses direitos “tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os de primeira geração”.

Todavia, segundo Amaral (2010, p 35), essa distinção entre os direitos de liberdade (individuais), ou negativos, e os direitos prestacionais (sociais), ou positivos, é insuficiente, já que existem direitos “cuja efetividade social pode ser apenas ‘jurídica’, pois correspondem a pretensões de abstenção, ao passo que outros, para serem cumpridos [...], necessitam intrinsecamente de um aparato público, vale dizer, demandam recursos materiais”. O autor argumenta que essa distinção é artificial e, portanto, insuficiente e inadequada, com o que se concorda. Refere que a crítica mais contundente à distinção está na obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, sobre a qual Flavio Galdino faz um relevante estudo, sendo também objeto de estudo de Claudio Ari Mello.

Stephen Holmes e Cass R. Sustein criticam essa distinção entre os direitos sociais e de liberdade, no sentido de que aqueles demandariam custos e estes meramente abstenções, de maneira que os autores buscam “desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos” tornando “tarefa inglória qualquer tentativa séria de defender a dicotomia” (AMARAL, 2010, p. 38). Para Holmes e Sustein (1999, p. 44, 48) todos os direitos possuem custos, sendo custeados pelos contribuintes, necessitando de estruturas de monitoramento e

implementação. Para eles todos os direitos são positivos, de modo que essa não seria uma distinção entre direitos sociais e de liberdade:

Amaral (2010, p. 38) aduz que existem dimensões positivas de direitos negativos, principalmente devido aos direitos de liberdade serem “postos em cheque” pela sociedade e não pelo Estado. Refere também que o próprio direito de ir e vir das pessoas é ameaçado nas grandes cidades, não por ação, mas por omissão do Estado, devido à incontestável violência urbana, enquanto os direitos à privacidade e à honra são constantemente ameaçados pela mídia e por bancos de dados privados.

Daí o acerto da teoria de Holmes e Sustain, já que todos os direitos têm custos, pois necessitam de uma estrutura fiscalizatória para sua implementação (AMARAL, 2010, p. 39). É que os direitos fundamentais são constituídos, em última análise, “por um conjunto complexo e heterogêneo de poderes, pretensões, faculdades e interesses que transcende o critério operacional próprio do tipo jusfundamental e utiliza os critérios das outras espécies de direitos”, de maneira que os clássicos direitos de defesa ou de liberdade, que exigem sobretudo um dever de abstenção, por vezes demandam prestações positivas ou ações do Estado (MELLO, 2004, p. 165).

Do mesmo modo, os direitos sociais ou prestacionais, também, em certas situações, exigem uma ação de defesa (MELLO, 2004, p. 165), ou seja, uma abstenção.

Bem por isso que Sarlet (2003, p. 11-12) refere que uma determinada norma jurídica, um determinado dispositivo constitucional será capaz de conter mais de uma norma, as quais poderão proteger posições jurídicas de diferentes conteúdos, pelo que esses direitos sociais, exemplificando com o direito à moradia, englobam um conjunto de posições jurídicas, inclusive assumindo dimensão negativa ou defensiva. Dessa forma, os direitos sociais exercem concomitantemente posição defensiva e prestacional, abrangendo prestações materiais e de cunho normativo. Para o autor, trata-se de “um complexo não homogêneo de posições jurídicas-subjetivas fundamentais.” (SARLET, 2003, p. 13).

Portanto, parece certo que essa dicotomia entre direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos não seja realmente suficiente, nem adequada, não havendo diferenças em relação aos custos dos direitos, entre direitos sociais e de liberdade. Todos os direitos possuem custos. Todos necessitam, de certa forma, de recursos materiais. Note-se que os direitos negativos ou de liberdade exigem do Estado todo um aparato para serem protegidos, para que não haja embaraços ao seu exercício pelos titulares do direito.

Amaral (2010, p. 41), estudando a teoria de Sustain e Holmes, refere que em uma passagem os autores contestam “os que propagam uma filosofia libertária de um Estado

mínimo [...] mostrando que os gastos dos direitos dos EUA com proteção policial e punições penais montou a 73 bilhões de dólares no ano de 1992”. Ele refere que os autores aduzem que grande parte desse valor foi “destinada a proteger a propriedade privada através do combate a punição dos crimes contra o patrimônio”¹¹. Observa-se, assim, que há gastos públicos para a defesa desses direitos, como o direito de propriedade, clássico direito negativo.

Citando outra parte do livro dos autores americanos (Sustein e Holmes)¹², Amaral destaca o trecho em que sustentam que os direitos não são absolutos, mas relativos, e assim não poderiam deixar de ser, pois nada que pressuponha o gasto de valores arrecadados dos contribuintes pode ser gasto sem se considerar as consequências no orçamento (tradução nossa)¹³. Afirmam os autores americanos que atentar para os custos é um caminho para

¹¹ No original: “In 1992, for instance, direct expenditures in the United States for Police protection and criminal corrections ran to some \$billion – an amount that exceeds the entire GDP of more than half of the countries in the world. Much of this public expenditure, naturally, was devoted to protecting private property.” (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 64).

¹² Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. Como proteção contra a violência privada não é barata e necessariamente drena recursos escassos, o direito a tal proteção, supondo que ele exista, não pode ser incondicional ou completo. Direitos são relativos e não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos, para a melhor compreensão da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais. É um suplemento útil a outras abordagens mais utilizadas, não apenas porque a teoria convencional, cega aos custos, reforçou a má-compreensão generalizada de suas funções social ou propósito. A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a efetividade dos direitos, como realizada nos Estados Unidos (e em outros lugares), é feita através de *trade-offs*, inclusive *trade-offs* monetários. Isto não significa que as decisões devam ser por contadores, apenas que funcionários públicos e cidadãos democratas tem que levar em conta os custos orçamentários. As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar do que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes. A teoria dos direitos, se espera capturar o modo pelo qual as estruturas do regime de direito e o governo atuam, deve levar essa realidade em conta. Tribunais que decidem sobre a efetividade e eficácia de pretensões em casos específicos também fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência de efetividades dos direitos. A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e também entre direitos básicos e outros valores sociais (AMARAL, 2010, p. 42-43).

¹³ Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that cost money can be an absolute. No rights whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. Since protection against private violence is not cheap and necessarily draws on scarce resources, the right to such protection, presuming it exists, cannot possibly be uncompromisable or complete. The very same is true of more familiar individual rights to protection against government abuse. For instance, my right to compensation for the taking of my property under the eminent domain power is worthless if the Treasury is empty and unable to pay. If rights have costs, then the enforcement of rights will always be sensitive to the taxpayer’s interest in saving money. Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand. Rights are relative, not absolute claims. Attention to cost is simply another pathway, parallel to more heavily traveled routes, to a better understanding of the qualified nature of all rights, including constitutional rights (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 97-98).

entender a natureza qualitativa dos direitos, mesmo os constitucionais, e revela a extensão em que a efetividade dos direitos é feita através de perdas e ganhos, de modo que as decisões devam levar em conta os custos orçamentários (SUSTEIN; HOLMES, 2010, p. 97-98).

Considerando também relevante a obra de Sustain e Holmes, Galdino (2005, p. 204) a examina, dizendo que os autores, em certa parte da obra, aduzem que:

[...] na medida em que o Estado é indispensável à efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômicos-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se a conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.

Galdino (2005, p. 204) afirma que os autores sustentam que todos os direitos são positivos, mas reconhecem que para se chegar a esta conclusão é indispensável que se ultrapasse a barreira criada pelo senso comum de que os direitos de liberdade seriam puramente negativos. Sustain e Holmes (1999, p. 24 *apud* GALDINO, 2005, p. 204-05) referem que há duas razões principais para que essa noção seja ignorada pelo pensamento jurídico-político norte americano. A primeira razão deixa ocultos os debates sobre as escolhas políticas implícitas efetivadas pelos Poderes Públicos, pois a crença de que alguns direitos não possuem custos possibilita o emprego de uma tendência tradicionalista de tutela máxima a tais direitos em prejuízo dos direitos sociais, o que demonstra ser, a partir do entendimento de que todos geram gastos, um total engano.

E a segunda razão para se ignorar essa conclusão, segundo Sustain e Holmes (1999, p. 28 *apud* GALDINO, 2005, p. 205), é o fato dos liberais preferirem deixar de lado essa questão, diante do “receio velado de que a consciência e as discussões acerca dos custos dos direitos diminuam o comprometimento com a respectiva proteção”¹⁴.

Galdino (2005, p. 205), todavia, nega a existência desse perigo. Segundo ele, não se deve falar em minoração de direitos ou de suas garantias, mas sim de um novo

¹⁴ Liberals may be skeptical initially about the very subject of this book. but why should cost consciousness diminish our commitment to the protection of basic rights? to ask what rights cost, first of all, is not to ask what they are worth. If we could establish to the last penny what it would cost to enforce, say, the right of equal access to justice in a given budgetary year, we would still not know how much we, as a nation, should spend on it. That is a question for political and moral evaluation, and it cannot be settled by accounting alone. Such considerations are unlikely to assuage liberal apprehensions, however, given the current and apparently bipartisan crusade to cut public expenditures. Fearing that short-sighted voters may respond all too eagerly to "we cannot afford it" arguments put forward by conservatives, liberals may worry, reasonably enough, that cost-benefit analysis will be misused by powerful private interests. They may fear that inevitable disclosures of waste, inefficiencies, na cost overruns - while good in principle - will eventually lead to further slashing of budgetary allocations for the protection of even our most precious rights. This fear is not wholly unjustifiable. But its appropriateness depends a good deal on what cost-benefit analysis actually entails (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 28).

dimensionamento da extensão da proteção dedicada aos direitos, utilizando como critério as condições econômicas de determinada sociedade. Aferir os custos dos direitos possibilita avocar maiores qualidades às “trágicas escolhas” públicas no que concerne aos direitos. Assim, autoriza-se a escolher melhor onde utilizar os escassos recursos públicos.

Efetivamente, acreditando-se na falaciosa crença de que os direitos de liberdade são meramente negativos, no sentido de que não geram custos ao Estado, estar-se-á protegendo, ainda que indiretamente, esses direitos em detrimento dos direitos a prestações, que não são, de modo algum, secundários ou menos importantes que os direitos de liberdade. Reconhecer que todos os direitos possuem custos acaba por permitir uma melhor avaliação sobre as escolhas a serem tomadas pelo Poder Público, bem como leva a tomar decisões mais acertadas, escolhendo aquilo que realmente é relevante para a sociedade como um todo.

Ao bem apreender essa lição, Galdino (2005, p. 211) afirma que as “escolhas trágicas” que são exigidas pela falta de recursos financeiros para a proteção dos direitos ressaltam o enaltecimento que a população outorga a uns ou outros direitos. Justamente essas escolhas sobre a alocação de recursos para a proteção de certos direitos, enquanto outros ficam vulneráveis, transparecem os valores da sociedade em questão.

Para Galdino (2005, p. 211), que adota as ideias de Sustain e Holmes, o momento histórico e o local, bem como a situação financeira e econômica, estabelecem as prioridades dos indivíduos e da sociedade, determinando o que seja direito. Assim é que, conforme Sustain e Holmes, em vez de se considerar direito uma situação apenas ideal, melhor é “invocar os seletivos investimentos dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade” (SUSTAIN; HOLMES, 1999 *apud* GALDINO, 2005, p. 211).

Ao reconhecer que “o tempo e o lugar, as prioridades e os recursos” influem sobre a configuração dos direitos e sobre sua exigibilidade, Galdino (2005, p. 212) considera que Sustain e Holmes estão corretos ao afirmarem que “os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos”. De modo que, com base nas ideias dos autores americanos, ele chama a atenção para o reconhecimento dos custos dos direitos como forma de conscientizar os indivíduos da responsabilidade no exercício dos direitos.

Dessa forma, reconhecendo-se que os direitos possuem custos e quase sempre elevados, e de que os recursos públicos são insuficientes para a tutela de todos os ideais sociais, cabe o reconhecimento de que os direitos devem ser exercitados com responsabilidade. Então, a consciência que os direitos demandam recursos financeiros, resulta em reconhecer que os direitos dos indivíduos se dão na medida em que o Estado recolhe recursos junto aos cidadãos para custeá-los (GALDINO, 2005, p. 214). Com isso, o autor

clama por maior responsabilidade dos detentores dos direitos, na medida em que os recursos públicos pertencem a todos e beneficiam a todos, isso em um mundo ideal.

Pelo que se observa do exposto e das referências citadas, a clássica divisão dos direitos fundamentais em positivos e negativos não só é falaciosa, como é inadequada e insuficiente para solucionar os problemas envolvendo os direitos fundamentais e sua eficácia.

O próximo tópico irá analisar os custos dos direitos e a reserva do financiamento possível.

2.4 A escassez de recursos e o princípio da reserva do financiamento possível.

Como já se referiu alhures, a discussão em torno dos custos dos direitos, em última análise, tem relevância diante da necessidade de se dispor de meios materiais e financeiros para concretizar direitos, mormente os direitos que exijam uma prestação estatal. De outro lado, observa-se que os recursos financeiros são bastante limitados e, diante da escassez de recursos, escolhas alocativas deverão pautar as decisões dos Poderes Públicos, ao que se convencionou chamar de “escolhas trágicas”, expressão criada por Guido Calabresi e Philip Bobbit¹⁵.

Com efeito, com base na ideia de que os direitos negativos não possuem custos, não há maiores problemas na efetivação e concretização dos direitos de liberdade, ainda que inegavelmente esses também possuam custos e exijam prestações estatais, de acordo com o que se abordou no tópico anterior, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, os quais, por vezes, são combatidos justamente por possuírem custos. Todavia, quando se trata de tornar efetivo um direito social, é necessário não apenas o seu reconhecimento normativo, como também a existência prévia de recursos disponíveis, esses bastante escassos.

Diante dessa necessidade de recursos materiais e financeiros, os direitos sociais ou prestacionais acabam se tornando, por vezes, inefetivos, gerando inúmeras discussões em torno de sua concretização, efetividade, ou mesmo de sua justiciabilidade. Quanto a esse ponto, Sarlet (2003, p. 12) entende que a classificação entre direitos positivos e negativos ainda é relevante, observando que:

[...] ninguém irá questionar seriamente (tomando apenas este aspecto para ilustrar o ponto) a impossibilidade de qualquer Juiz – uma vez presentes os pressupostos para tanto – deixar de conceder uma ordem de habeas corpus ou recusar-se a assegurar o direitos à vida, propriedade e privacidade contra uma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de

¹⁵ Tragic choices. New York, 1978.

recursos suficientes para garantir estes direitos. Não são poucos os que, todavia, se voltam contra o reconhecimento, pelo Poder Judiciário e na ausência de lei, de direitos subjetivos a prestações materiais contra o Estado. Assim, sem que aqui se vá adentrar o mérito desta discussão, verifica-se, desde logo, que a distinção traçada entre direitos de defesa e direitos a prestações (em suma, entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais) segue tendo relevância prática.

A título de maior clareza, dentre outras questões que a concepção de Holmes e Sunstein coloca em relevo, não há como desconsiderar a circunstância de que a realização de todos os direitos fundamentais (isto é, a sua efetividade ou eficácia social), não se encontra na dependência apenas de uma decisão judicial, do reconhecimento de sua eficácia jurídica ou mesmo de sua condição defensiva ou prestacional. Para além disso, tal entendimento demonstra inequivocamente a íntima e indissociável vinculação entre os diversos direitos fundamentais e que os direitos sociais, designadamente os de cunho prestacional, foram objeto de gradativo reconhecimento pela ordem jurídica justamente para viabilizar a implementação da igualdade e liberdade material (em suma, para assegurar a efetiva fruição das liberdades fundamentais e de uma vida com dignidade para todos), assumindo a feição – tal qual consignou Jorge Miranda – de direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

Daniel Wei Liang Wang (2008, p. 549), por sua vez, aduz que a efetivação dos direitos sociais depende de políticas públicas a serem concretizadas pelo Estado, com o que concorda Amaral (2010, p. 73), ao referir que existem pretensões baseadas em direitos fundamentais cuja satisfação exige a disponibilidade de meios materiais. Sendo tais meios limitados, aparece o tema da escassez.

Aqui vale ressaltar que escassez significa que algo é insuficiente e, Conforme Jon Elster (1992, p. 21), falar-se em escassez significa que não há o suficiente para atender a todos¹⁶.

Novais (2010, p. 89) explica que o que define os direitos sociais é o fato de estes exigirem do Estado uma prestação fática “que consiste numa subvenção financeira [...] ou tem custos financeiros directos”. Diante da necessidade de recursos financeiros para a concretização e efetivação dos direitos sociais, o autor aduz que:

Numa escassez moderada de recursos (Rawls) de que o Estado pode dispor, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os Poderes Públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico facticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial deste direito fica intrinsecamente condicionada a que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades econômicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur* (NOVAIS, 2010, p. 89-90).

Com base em noções econômicas fundamentais, Galdino (2005, p. 155-57) sustenta que os escassos recursos e bens existentes são insuficientes para desempenhar seu papel acerca das irrestritas carências humanas. Refere que não há bens econômicos livres, ou seja, ilimitados. Todos os bens econômicos sofrem os efeitos da escassez e é preciso alocá-los, isto

¹⁶ Tradução livre de: “That a good is scarce means that there is not enough of it to satiate all individuals”.

é, distribuir os existentes, de modo que o ponto central das teorias da justiça é o estudo da distribuição de bens e recursos entre os homens. Mas, mesmo utilizando critérios ótimos de distribuição, certo é que os recursos continuam escassos e é necessário lidar com a complexa tarefa de distribuí-los, o que “não raro, leva um homem a subjugar o outro e torná-lo instrumento de satisfação de suas próprias necessidades e interesses”.

É bem verdade que para satisfazer os direitos é indispensável a existência de recursos públicos, pois para satisfazer necessidades sociais, e aqui se fala não apenas em direitos sociais, mas também em direitos de liberdade, o Estado necessita de recursos, os quais, como já se disse, são bastante escassos. Assim é que, em uma situação de escassez, escolhas alocativas devem ser feitas, pois não há o suficiente para o atendimento de todos e de tudo o quanto é previsto na Constituição. Para Amaral (2010, p. 81), “as decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender”.

Contudo, o maior problema a se enfrentar, especialmente quando se fala em escassez de recursos, é a efetividade dos direitos fundamentais sociais que demandam uma prestação estatal, pois, como bem lembra Norberto Bobbio (2004, p. 25), o problema do tempo atual a respeito dos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los.

Calil de Freitas (2007, p. 173) afirma que a medida de implementação dos direitos à prestação, “em menor ou maior intensidade varia na razão direta da existência de recursos disponíveis para tais utilizações”. No caso específico do direito à saúde, esse debate é bastante profícuo, eis que, segundo grande parte da doutrina, o principal argumento contra os direitos sociais, e direito à saúde é um direito social, são justamente os custos que estes direitos demandam, os quais estariam condicionados à reserva do financeiramente possível.

Nesse sentido, Sarlet (2003, p. 3) afirma que uma das principais alegações contra o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais se fundamenta na submissão desses direitos à existência sócio-econômica e na constante limitação da capacidade prestacional do Estado.

Nesse ponto, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 240-42) questiona o porquê da efetividade dos direitos sociais ser menor do que a efetividade dos direitos de liberdade, já que não existe grandes divergências entre as normas que garantem ambas as espécies de direitos. Segundo ele, esse problema ocorre porque “boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção (quase) plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas”. Além do fato de que “a criação das condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara”. Afirma que para criar condições para o exercício dos

direitos sociais, além de ser necessário tudo aquilo que se exige para os direitos de liberdade, há a necessidade de um algo a mais e esse algo a mais, além de presumir recursos financeiros indisponíveis, necessita ser próprio para cada um dos direitos sociais, o que amplia os seus custos. Ademais, cada direito social reivindica uma prestação estatal exclusiva que somente é aproveitada na sua efetivação, ao passo que, no que diz respeito às liberdades públicas, os custos são aproveitados globalmente por todas elas.

No entender de Freitas (2007, p. 173), a reserva do possível é, portanto, um limite fático, que opera impreterivelmente sobre os direitos às prestações materiais, devido a “sua conotação financeira”. Definir os recursos e sua afetação é tarefa do legislador e do administrador, cabendo, porém, ao julgador a tarefa de examinar a “adequação de tais decisões a previsões constitucionais”. Por sua vez, Wang (2008, p. 540) afirma que as políticas públicas para efetivar os direitos sociais demandam gastos de recursos públicos, o que passa a ser ponto central do debate quanto à justiciabilidade desses direitos. Assim, uma decisão judicial que tutela determinado direito social pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos, que, muitas vezes, acaba por prejudicar a tutela de outro direito, já que os recursos públicos são menores dos que o necessário para atender, ao mesmo tempo, a todos os direitos constitucionalmente consagrados.

Exemplo disso é a judicialização da saúde. Não raro, o cidadão busca no Poder Judiciário o tratamento médico de que necessita, sendo que essas ações judiciais acabam por afetar parte do orçamento público da saúde para atendimento de um único cidadão. Por isso, chega-se a dizer que escassez “pode ser resultado de dificuldades alocativas” (AMARAL, 2010, p. 178), mormente diante do elevado custo dessas demandas, além do exacerbado número de ações judiciais que acabam por privilegiar aquele que acessa a via judicial para fornecimento de fármaco e/ou tratamento, em detrimento de tantos outros que esperam atendimento na via administrativa. De tal modo, tal escassez se dá justamente em razão do alto custo demandado pelas ações judiciais que implicam, além da majoração do valor efetivamente pago pelos tratamentos, custas judiciais e honorários advocatícios, gastos que restam por sobrecarregar os cofres públicos. Em outras palavras, esse alto custo com demandas judiciais impede que mais atendimentos sejam realizados administrativamente, prejudicando um número infinitamente maior de cidadãos que também precisam de tratamento para a sua saúde. Diante desse cenário, a observância das regras do Sistema Único de Saúde (SUS), constitucionalmente instituídas (art. 198 da CF/88), tem por escopo justamente resguardar o princípio da universalidade, garantindo que todos os cidadãos brasileiros, de maneira indiscriminada, tenham acesso às ações e aos serviços de saúde (RIO

GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado, Centro de Apoio aos Direitos Humanos, 2016).

É que “a escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos”. Diante dessas escolhas, surge o debate quanto à exigibilidade judicial dos direitos sociais por aqueles que foram preteridos e se o Poder Judiciário possui “legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa” (WANG, 2008, p. 540). Segundo Wang (2008, p. 540), existe uma fronteira fática à exigibilidade judicial acerca dos direitos sociais, pois se sujeita à possibilidade financeira do Estado ou à reserva financeira e orçamentária, a qual não deve ser esquecida pelas decisões judiciais. Esse limite fático é a chamada reserva do possível.

Então os direitos sociais, que possuem custos, estão condicionados ao que se convencionou chamar de reserva do possível. A reserva do possível, segundo Josué Mastrodi e Mariane Dantas Rosmaninho (2013, p. 128) limita o poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestação e, segundo Calil de Freitas (2007, p 172), “afeta desvantajosamente” os direitos fundamentais, notadamente os direitos a prestações positivas. Segundo a teoria da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais estaria, então, condicionada à prévia existência de recursos materiais por parte do ente estatal, bem como estaria na dependência do orçamento público (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 129).

Novais (2010, p. 91, 103) sustenta que sendo os direitos sociais bens escassos e custosos, a reserva do financeiramente possível afetaria intrinsecamente esses direitos, sendo ela uma “limitação imanente” dos direitos sociais. Corroborando esse entendimento, Galdino (2005, p. 155, 158-159) aduz que os escassos recursos e bens são insuficientes para realizar as inúmeras carências humanas. Decorrente disso, existindo escassez de bens, aparece o conflito interpretativo, e essa disputa quanto à alocação de recursos, segundo o prisma do jurista, deve ser resolvida por meio da ponderação, pois que há colisão de direitos. Já pelo prisma do político, esse problema é uma questão de opção, uma verdadeira escolha trágica. Para o autor, a insuficiência de recursos financeiros e econômicos públicos impossibilita a promoção de todos os objetivos sociais, de modo que a realização de alguns desses objetivos acaba por sacrificar outros.

Em situações normais típicas do Estado Social a escassez é moderada e não absoluta, uma vez que a reserva do possível requer a definição de prioridades, de escolhas e opções políticas. Nesse caso existem condições financeiras para efetivar a prestação controversa, contudo, há inúmeras alternativas relativamente à destinação dos recursos disponíveis (NOVAIS, 2010, p. 91). Assim, o Estado, necessitando fazer escolhas trágicas, tem usado o

argumento da reserva do possível para não efetivar ou concretizar direitos sociais, fazendo-o, muitas vezes, em demasia, em situações que sequer seria cabível o argumento.

Conforme muito bem explica Rafael de Lazari (2016, p. 19), o Estado, em regra, tem se valido da reserva do possível para abster-se de suas obrigações:

[...] o que em tese deveria ser um reconhecimento honroso estatal, atestando sua incapacidade em poder atender à totalidade dos anseios populares, tornou-se arenga constante a toda e qualquer ação que lhe é pleiteada solicitando um suprimento fundamental. Esta desfiguração conceitual e funcional da Reserva do Possível, bem como a superação do Estado Social, levou-nos a indagação acerca de estar havendo na contemporaneidade do Estado democrático de direito, um parcial retorno ao Estado ‘gendarme’, isto é, o Estado Liberal, adepto da política do ‘*laissez faire, laissez passer*’ (*deixar fazer, deixar passar*), o qual previa um minimalismo intervencionista estatal sobre os direitos sociais. Deste modo, insta frisar, logo de início, que, da forma como subverteu-se a definição de tal instituto, há se entendê-la como não sendo a mais eficaz, vista haja que a diferença entre a agonia estrutural e financeira do Estado em atender os anseios populares e a ‘mesquinhez’ em não fornecer o que é essencial a seu povo é muito grande.

No mesmo sentido, sobre discussão acerca de restrições aos direitos fundamentais sociais, Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 97) refere que a cláusula da reserva do possível tem sido invocada pelo Estado, muitas vezes, de forma totalmente descabida. Segundo o autor, essa cláusula ou princípio¹⁷ foi referida pela primeira vez na Alemanha, no julgamento do caso *Numerus Clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal (LEIVAS, 2006, p. 98) e chegou ao Brasil desvirtuada, segundo grande parte da doutrina¹⁸.

Quando colocada ao lado do direito fundamental *prima facie*, a reserva do possível significa que os direitos sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais. Nesse contexto, é importante observar que os princípios constitucionais democráticos e a separação dos Poderes colidem regularmente com os direitos sociais, ou seja, por vezes ocorre colisão entre a competência do Poder Legislativo e do Administrador no que diz respeito a proposta e aprovação da lei orçamentária e a concretização dos direitos fundamentais de terceiros. (LEIVAS, 2006, p. 98-99). Leivas (2006, p. 99) explica que:

[...] *aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade* significa, então, que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental. Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade de ponderação entre princípios.

¹⁷ No entendimento de que a reserva do possível é um princípio ver Rafael de Lazzari, 2016, p. 71 e seguintes.

¹⁸ Nesse sentido, Andreas J, Krell. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado. p. 51.

Com efeito, os direitos sociais que necessitam de prestação estatal dependem de recursos financeiros e estes recursos devem estar previstos em uma lei orçamentária. Como bem exemplifica Calil de Freitas (2007, p. 173-174), ao ser estabelecida a participação dos recursos na norma orçamentária, a utilização desses recursos estará atrelada ao universo de recursos disponíveis, caracterizando-se a reserva do possível.

Para Leivas (2006, p. 99-100), na apreciação de direitos definitivos à prestações fáticas positivas deve ser levada em consideração a competência do legislador para estabelecer leis orçamentárias. Contudo, o autor entende que esse princípio impede o reconhecimento de direitos fundamentais sociais definitivos, uma vez que restringe os direitos fundamentais sociais *prima facie*. Desse modo, por vezes, os direitos sociais podem ter um maior peso que o princípio da competência orçamentária, o qual não pode ser considerado absoluto, conforme, inclusive, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de se questionar as leis orçamentárias, as quais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade¹⁹.

Na realização dos direitos fundamentais sociais, quando em confronto a reserva do possível e o princípio da competência orçamentária, no caso concreto, a decisão deve ser pautada no preceito da proporcionalidade, preferindo-se o princípio com maior peso no caso concreto (LEIVAS, 2006, p. 101). No mesmo sentido, Gustavo Amaral (2010, p. 178-79) sustenta que seria de extrema relevância a participação popular nas escolhas financeiras e orçamentárias do Estado, bem como se deveriam resgatar as escolhas públicas de modo a vincular não apenas o legislador, mas o próprio Poder Executivo ao orçamento.

Não havendo escassez, não haverá um caso difícil, de maneira que se soluciona a questão por meio de subsunção. Todavia, havendo escassez, deve-se analisar a sua causa, podendo haver um caso difícil se sua origem for relevante sua origem. Assim, quando houver um direito que componha o mínimo do mínimo, este trará consigo a essencialidade existencial e sua não satisfação só se justifica se a escassez também for extrema. (AMARAL, 2010, p. 178).

Caso fosse admitida alguma ponderação no que diz respeito à essencialidade da saúde, essa poderia ser pautada no princípio do uso racional dos recursos públicos, segundo o qual importa o valor individual, mas sim o efeito total, ou seja, o efeito agregado. Dessa maneira, o efeito que tal medida terá na população envolvida deve ter por base o orçamento

¹⁹ O Supremo Tribunal Federal não admitia o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade em relação às leis orçamentárias (ver ADI 2484 –MC, relator Min. Carlos Velloso, em julgamento realizado em 19/12/2001). Todavia, a partir do julgamento da ADI 1915-DF, iniciou-se a revisão jurisprudencial, passando o STF a admitir ADI em face de lei orçamentária. (ABRAHAM, 2017).

disponível. (AMARAL, 2010, p. 178).

Do mesmo modo, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 127) afirma que as políticas públicas universalistas como aquelas voltadas à promoção da saúde, pela exigência de programas orçamentários complexos, representam limites fáticos bastantes resistentes à judicialização. Para o autor, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido políticas públicas e adjudicado individualmente bens públicos, cometendo injustiça com uma multidão de excluídos. Nesse entender, a carga tributária já imposta à sociedade constitui limite fático intransponível para implementação do orçamento, sendo que:

O problema mais intrincado aparece quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece com as prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex. EC 29/2000). Neste caso a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar a implantação da *policy* pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo). (TORRES, 2009, p. 127-28).

Assim, Torres (2009, p. 129) entende que a adjudicação de bens individuais públicos pelo Judiciário, ao invés de determinar a implantação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites. Sustenta que a Ministra Ellen Gracie afirmou que o direito à saúde diz respeito à efetivação de políticas públicas que visam garantir a igualdade de acesso à população em geral e não a situações individualizadas. Entrementes, ainda que o orçamento deva ser pautado na decisão alocativa, mesmo em situações de escassez, o Estado tem o dever de tornar efetivos os direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, adotando medidas de cunho político e prestacional para, progressivamente, concretizá-lo.

Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 131) consideram que colocar o orçamento público como limitador para o cumprimento das demandas sociais faz da reserva do possível uma grande falácia, uma vez que o verdadeiro limite resta determinado pelas condições materiais da sociedade, ou seja, pela capacidade de produção e riqueza, de maneira que o orçamento público está ligado às decisões políticas alocativas, com o que deve ser feito com aquilo que foi arrecadado. Por sua vez Leal (2000, p. 206) sustenta que, com a nova ordem constitucional estabelecida, o Poder Judiciário tem o poder de contribuir positiva ou negativamente diante das dificuldades enfrentadas pelos demais Poderes quanto às exigências do Estado Democrático de Direito, tornando-se “responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social”.

Então, o Judiciário, se provocado a atuar em situações de violação dos direitos fundamentais sociais, teria por dever constitucional determinar a realocação de recursos de

rubricas orçamentária sem relevância constitucional, como, por exemplo, publicidade de governo (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 131), para integrar o recurso necessário à promoção de políticas voltadas à área da saúde. Do mesmo modo, em uma situação de escassez, principalmente em momento de crise, o Estado, que deve fazer escolhas alocativas, poderia deixar de lado políticas públicas para promoção da cultura, por exemplo, e investir mais em saúde, que é valor essencial à pessoa humana, diretamente ligado à sua dignidade.

Ora, conforme observam Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 132):

[...] se a reserva do possível tem natureza econômica, pois vinculada à escassez de condições materiais para realização de um direito social, a falta de concretização de um direito fundamental social somente poderia ser escusada em caso de ausência de condições materiais, e não porque se decidiu, politicamente, à revelia da ordem constitucional, que uma ou outra política de promoção de direitos não receberia recursos em quantidade adequada.

Ainda, Andreas Krell (2002, p. 102) advoga que nem a inércia do legislador, nem a insuficiência de fundos estatais podem justificar que direitos fundamentais deixem de ser realizados.

Considerando que a escassez de recursos impõe escolhas, por vezes “trágicas”, essas escolhas não podem ser contrárias ao que já fora decidido pelo constituinte. Sendo o direito à saúde um direito fundamental reconhecido pela Carta Maior, o legislador e o administrador devem cumprir o comando constitucional, de maneira que a ação ou omissão legislativa e administrativa devem ser questionadas judicialmente, para o fim de efetivar o direito fundamental violado, inclusive, determinando o Poder Judiciário a “prestação estatal necessária à concretização do direito” (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 132).

Afinal, não há grandes diferenças em relação aos direitos sociais e de liberdade quando se refere a custos. Nesse sentido, é a orientação de Jorge Reis Novais (2010, p. 96), que afirma:

Ora, fazendo um balanço crítico de argumentos e contra-argumentos acerca da relevância da reserva do possível, parece, de fato, irrecusável que a realização dos direitos fundamentais globalmente considerados implica custos, na medida em que o próprio Estado de Direito e o regime democrático, em si mesmos, tem custos. No fundo, quando se persegue uma realização otimizada dos direitos fundamentais, é óbvio que há custos envolvidos e que há, conseqüentemente, necessidade de definir prioridades, de fazer opções de distribuição de fundos e, nesse plano, se revelarmos sobretudo as conseqüências quantitativas orçamentais da realização de um e outro tipo de direitos, como tendem a fazer os defensores da uniformização dogmática de todos os direitos fundamentais, não haverá razões para distinguir, de forma talhante ou forte entre direitos sociais e direitos de liberdade.

Portanto, ainda que o direito à saúde importe em alocação de recursos específicos e

na tomada de “escolhas trágicas” pelo legislador ou pelo administrador, deve ele ser promovido e implementado, pois que inegavelmente diz respeito a um bem essencial, vital ao ser humano, condizente e intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana.

No caso de haver escassez de recursos, como, por exemplo, de um lado uma situação de crise, e de outro, a necessidade de se atender o direito fundamental à saúde, ao se ponderar, a saúde da “massa populacional envolvida”, usando a expressão de Amaral, deve ter um peso maior do que o princípio da reserva do possível ou mesmo que o princípio da competência orçamentária, de maneira que se deve escolher efetivar o direito fundamental à saúde.

2.5 O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais, da liberdade de conformação do legislador e da vedação de proteção deficiente.

Direitos fundamentais foram conquistados, por vezes, à custa de muitas vidas. Essas conquistas devem ser mantidas, de modo que é tarefa de nosso tempo protegê-las e conservá-las. Assim é que o constituinte originário reconheceu o caráter pétreo dos direitos fundamentais, de modo a assegurar que maiorias temporárias não possam aniquilá-los de acordo com a ideologia do momento.

Nos tempos atuais, observa-se uma tentativa de diminuir, suprimir e até mesmo aniquilar direitos, mormente sociais, em virtude da ideia de que esses direitos custam, como se o direitos de liberdade fossem gratuitos. Todavia, os direitos sociais, no Brasil, sequer foram concretizados em sua plenitude, de modo que, desde o seu nascimento, têm sido ineficazes.

Dito isso, o estudo da evolução dos direitos fundamentais em comparativo com a época histórica em que foram reconhecidos é indispensável para se entender esse processo lento de reconhecimento e de atual supressão de direitos. Tamanha a importância desse comparativo que Canotilho (2001, p. 131) chegou a afirmar que “um dos temas centrais da teoria da constituição é a sua localização temporal, a sua entrada no tempo, a sua abertura ao tempo, a sua historicidade”. Além disso, importa estudar a evolução dos direitos com o intuito principal de proteger o que já foi alcançado e, sobretudo, evitar retrocessos. Por isso, releva estudar, neste trabalho, o princípio da proibição de retrocesso social ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais.

Como já se examinou, os direitos fundamentais impõem ao constituinte derivado limitações ao poder de reforma, limites estes que estão previstos nas chamadas cláusulas pétreas. Também os direitos fundamentais vinculam os Poderes Públicos, de modo a torná-los

efetivos. Em que pese esse assunto já ter sido objeto de exame, importa aqui dar nova ênfase aos limites materiais contra o poder de reforma, pois que esse assunto está intimamente ligado ao princípio da vedação de retrocesso.

Emerson Garcia (2005, p. 165) aduz que além de um determinado direito possuir características intrínsecas que indiquem sua fundamentalidade, o fato dele estar inserido em uma Constituição rígida que impõe limitações materiais a sua reforma ou supressão é indubitavelmente um fator que indica essa condição ou status. Nesse sentido, a Constituição de 1988, então, erigiu os direitos fundamentais à condição de cláusulas pétreas, pelo que não podem ser objeto de qualquer modificação que reduza, qualitativa ou quantitativamente, o seu conteúdo. Assim, segundo o autor, além das limitações comuns que pesam sobre o legislador infraconstitucional, o poder de reformar o texto constitucional igualmente estará submetido aos limites que foram estabelecidos pelas cláusulas pétreas.

Portanto, o constituinte reformador e o legislador infraconstitucional estão impedidos de dar interpretação constitucional a situação que se mostre em desacordo com as cláusulas que formam o núcleo de cláusulas pétreas imutáveis da Constituição, e isso é realmente essencial para se preservarem as decisões político-fundamentais declaradas na Constituição (GARCIA, 2005, p. 165).

Assim é que, tanto o legislador ordinário como o poder constituinte reformador possuem limitações em seu poder de conformação ao que é da essência da Constituição. A sua liberdade de criar o direito é relativamente ampla, ao passo que essa liberdade se torna limitada quando pretende limitar, suprimir ou reduzir direitos fundamentais. Sarlet (2015, p. 72) sustenta que esse resguardo constitucional contra a ação do Poder Constituinte derivado, especialmente diante da previsão de limites materiais à reforma, é uma importante maneira de se manterem determinados conteúdos da Constituição

O Poder Reformador, ou Poder Constituinte derivado, segundo Barroso (2010, p. 149), trata-se de um poder de direito, porém não é soberano, de modo que somente poderá reformar a Constituição originária observando os critérios lá estabelecidos. Também afirma que uma Constituição deve ser conservada, especialmente naquilo que diz com sua identidade original, que representa o núcleo das decisões políticas e dos valores fundamentais que deram ensejo a sua criação, ao que chama de espírito da Constituição, ou seja, limites materiais ao poder de reforma. “São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias fora do alcance do constituinte derivado.” (BARROSO, 2010, p. 160). O autor lembra que os limites materiais de uma Constituição têm por objetivo subtrair das maiorias parlamentares momentâneas o poder de dispor daqueles elementos considerados

como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado Democrático, considerando as cláusulas pétreas da seguinte maneira:

[...] a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional (BARROSO, 2010, p. 163).

Então, de acordo com o que sustenta grande parte da doutrina, o legislador constituinte derivado, assim como o legislador ordinário, está igualmente limitado em seu poder de emenda constitucional, principalmente quando está em jogo a edição de medidas retrocessivas em matéria de direitos fundamentais sociais. Dessa forma, deve respeitar as cláusulas pétreas, ou, como diz Barroso (2010, p. 162), o espírito da Constituição, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Não poderá, portanto, reduzir, suprimir ou limitar direitos fundamentais, mormente em seu núcleo essencial.

Nesse ponto, importa examinar o princípio da proibição de retrocesso, o qual está intimamente ligado às chamadas cláusulas pétreas e à liberdade de conformação do legislador.

Em relação ao princípio da proibição de retrocesso, Canotilho (2003, p.339-40) defendia que:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Na busca por elementos para atribuir um sentido ao princípio da proibição de retrocesso, De Conto (2008, p. 86) enfatiza que a dogmática jurídica busca “normatizar a estabilidade” por meio de institutos jurídicos, criando uma proteção jurídica “contra lesões, ameaças ou mesmo normas retroativas, que venham a prejudicar determinadas relações estabelecidas”. Para ele, o instituto do direito adquirido, que seria um desses institutos jurídicos para proteção de situações estabilizadas, significa um “entrave metafísico à garantia

dos Direitos Fundamentais e um álibi perspicaz para possibilitar o retrocesso social sob a aparência de legalidade formal”. Conclui que a segurança jurídica que o Estado Democrático de Direito busca conceder às relações jurídicas não se exaure no instituto do direito adquirido e que a par da concepção liberal não se mostrar mais adequada à contemporaneidade, uma atribuição de sentido ao princípio da proibição de retrocesso torna-se possível diante de uma ponderação do princípio da segurança jurídica, do princípio da confiança e do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, com vistas a alcançar a dignidade da pessoa humana.

O princípio da proibição de retrocesso, do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação da Constituição é também conhecido como entrenchment, ou *entrenchment*, ou ainda *efeito cliquet*²⁰ que, em termos de direitos fundamentais, significa que não pode haver retrocessos, mas tão somente avanços na proteção do indivíduo. Segundo Walber de Moura Agra (2007, p. 24) entrenchment, ou *entrenchment*

[...] é a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à sua coletividade. Dessa forma, as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em uma determinada intensidade e essa intensidade é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais, acarretando uma proteção à precisão dos valores constitucionais, o que impede sua modificação para atender a particularidades e, ao mesmo tempo, serve para aumentar a segurança jurídica do conteúdo das normas constitucionais e efetivar a jurisdição constitucional.

Em síntese, “o *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais funciona como uma garantia à efetivação desses direitos, impedindo um retrocesso na sua concretização”. Na verdade, esse entrenchment nada mais é do que a proteção que se cria ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando esse conteúdo sólido e estável. Seu objetivo é assegurar ao ordenamento jurídico eficácia, munindo-o de segurança jurídica, de maneira que as normas deixem de ter um papel meramente retórico e possam ser concretizadas na prática, assegurando “proteção ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, mantendo um nível mínimo de determinada concretude normativa.” (AGRA, 2007, p. 25-26).

Para Agra (2007, p. 26), esse princípio não atinge todas as normas constitucionais, apenas aquelas de direitos fundamentais, porque, se assim não fosse, estar-se-ia afetando fortemente a discricionariedade do legislador ordinário, atingindo aquilo que representa um

²⁰ *Efeito cliquet* - expressão de origem francesa, usada por alpinistas e significa que “a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, devendo prosseguir sempre para cima, designando um movimento em que só é permitida a subida no percurso.” (CUNHA JUNIOR, 2015).

dogma do regime democrático.

Por sua vez, Novais (2006, p. 198) acredita ser insustentável o princípio da proibição do retrocesso, tanto em relação aos direitos sociais, como em relação aos direitos de liberdade.

Para o autor:

[...] a identificação substancial de direitos de liberdade e direitos sociais enquanto direitos fundamentais coloca-se numa perspectiva radicalmente diversa das estratégias de tutela dos direitos sociais limitada à proteção de um núcleo essencial, de um mínimo social radicado na consciência jurídica geral ou em conceitos afins. Tal como acontece no controlo das restrições aos direitos de liberdade, essas estratégias redundam em impossibilidade prática de identificação desses âmbitos nucleares pretensamente protegidos, mas, em contrapartida abrem o que resta do direito, que é afinal tudo, à intervenção restritiva do legislador e a ausência prática do controle jurisdicional (NOVAIS, 2006, p. 198).

Por sua vez, Sarlet (2015, p. 72) entende ser aplicável a noção de proibição de retrocesso, tomada em sentido amplo de proteção dos direitos contra medidas de cunho restritivo, extensíveis a todo e qualquer direito fundamental:

Se tomarmos a ideia de proibição de retrocesso em sentido amplo, que significa toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais ou não), constata-se que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, de há muito consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas possíveis dimensões.

No caso de restrições de direitos fundamentais sociais, ainda que se entenda que a noção de limite dos limites dos direitos fundamentais substitua completamente e com vantagens a de proibição de retrocesso, esse último princípio (a proibição de retrocesso), especialmente em se tratando de direitos sociais, assume importância especial, pois reforça a necessidade de tutela dos direitos sociais contra toda e qualquer medida que implique supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social (SARLET, 2015, p.74). Dessa forma, Sarlet (2015, p. 72) considera que a proibição de retrocesso social situa-se na esfera da eficácia negativa das normas constitucionais, e conclui que Jorge Reis Novais pode ter razão quando sustenta que “a problemática da proibição de retrocesso social constitui apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais”. Ambos os juristas reconhecem que a natureza e o regime jurídico dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais são idênticos, ou seja, que ambos são considerados direitos fundamentais e como tais são intangíveis.

Ao defender a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, Sarlet (2015, p. 76) refere que este princípio opera como um marco para impugnar medidas que acarretem

extinção ou diminuição de direitos sociais e que possam ser assimiladas como ofensa a tais direitos. Porém alerta que para aferir se houve ou não violação, se deve utilizar também critérios adicionais, como a proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais, da proporcionalidade. Por fim, assinala que é necessário reconhecer a proibição de retrocesso, pois muitas medidas retrocessivas ocorrem sem que haja alteração do texto constitucional, sem que se verifique violação aos direitos adquiridos, ou mesmo que possam ser resolvidas com base na proteção da confiança.

O autor resume dizendo que a questão que se coloca é de “saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no que diz com a concretização dos direitos fundamentais sociais” (SARLET, 2015, p.78), o que também se aplica ao legislador constitucional derivado. Enfim, para Sarlet (2015, p.80), o princípio da proibição de retrocesso é um instrumento significativo a impedir uma evolução retroativa em tema de direitos sociais, mas entende que o retrocesso só ocorre em comparação a um estado anterior, que caiba de orientação para análise.

Por sua vez, Queiroz (2006, p. 67, 70) afirma que o princípio da proibição do retrocesso social, de acordo com o que tem interpretado o Tribunal Constitucional Português, estabelece que uma vez legalmente reconhecidas prestações sociais (como, por exemplo, de assistência social), o legislador não poderá excluí-las sem oferecer “alternativas ou compensações”. Vale dizer que emanada pelo Estado uma legislação concretizadora do direito fundamental social, a ação do Estado, que atuava num dever de legislar, transforma-se em um dever de não eliminar ou revogar esta lei; de forma que esse direito concretizado, para o titular do direito, se converte em um “direito de defesa em sentido formal”. A autora prossegue dizendo que:

[...] a constitucionalidade da medida legislativa violará “direitos adquiridos” se colidir com o “núcleo essencial” de “existência mínima” inerente ao respeito pela “dignidade da pessoa humana”, ou se desprestigiar o “princípio geral de igualdade” ou o “princípio da protecção da confiança”. Mas haverá aí fundamentalmente que distinguir entre uma “reversibilidade factica”, relativas a recessões e crises económicas da “proibição do retrocesso social” propriamente dito, isto é, a reversibilidade dos “direitos adquiridos” como ocorre, v q., quando se reduzem os créditos da segurança social, o subsídio de desemprego ou as prestações de saúde (QUEIROZ, 2006, p. 74).

Nesse entendimento, a escassez de meios quanto às prestações “constitui um limite fático de todos os direitos fundamentais sociais.” (QUEIROZ, 2006, p. 74).

José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 406-07) questiona se não se deve retirar das

prescrições constitucionais referentes aos direitos sociais o princípio da proibição de retrocesso social notadamente o seu conseqüente enraizamento na esfera jurídica dos particulares, do nível de realização do direito fundamental já concretizado. Para o autor, esse princípio implicaria para o legislador uma elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais ao patamar de direito constitucional. Mas essa constitucionalização não seria automática, havendo a necessidade de concordância e enraizamento no entendimento jurídico sobre o nível de concretização legislativa atingida equivalente a uma “complementação ou desenvolvimento do direito constitucional”. Isso seria possível se se admitisse um procedimento de osmose constituição-lei, em que esta serviria como mediação constitucionalmente específica do plano normativo material da Carta Magna. Então, nesse entendimento, as normas constitucionais referentes aos direitos sociais devem implicar uma garantia de estabilidade das situações ou posições já realizadas referentes ao direito fundamental, por exigência da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Gina Pompeu e Camila Pimenta (2017, p. 232-33), examinando o princípio da vedação de retrocesso diante da crise econômica mundial do século XXI, sustentam que esse princípio deve ser relativizado e que em Portugal ele perdeu sua aplicabilidade, servindo apenas como fundamento das decisões judiciais, mas sem força motivadora de decisões judiciais. Afirmam que ele vem associado a outros princípios. Já no Brasil, aduzem que para grande parte da população os direitos sociais não são efetivados e a aplicação desse princípio ainda é recente, sendo de aplicação divergente no Supremo Tribunal Federal.

As autoras aduzem que o princípio da proibição de retrocesso está ligado a ideia de segurança jurídica e proteção da confiança e afirmam que esse princípio deve ser relativizado diante de uma situação financeira incapacitante do Estado, pois que “a concretização dos direitos sociais não pode significar a erosão dos recursos públicos.” (POMPEU; PIMENTA, 2017, p. 224-25).

Ainda que não invocando o princípio da proibição de retrocesso, Novais (2006, p. 200) sustenta que o legislador, em matéria de direitos fundamentais sociais, não poderá violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Se assim agir, estará violando a própria norma constitucional, incorrendo em inconstitucionalidade. O autor refere que:

Ora, a partir do momento em que reconhece aqui igualmente a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade – e sabendo-se como este princípio, ou mais rigorosamente, o princípio da proibição do excesso, em aplicação combinada com a metodologia da ponderação de bens, é a chave de decifração do complexo tema dos limites aos direitos fundamentais –, então está feito o essencial do trajeto de

unificação no tratamento das restrições a direitos sociais e a direitos de liberdade (NOVAIS, 2006, p. 200).

Tratando-se, pois, de direito fundamental, se retira do legislador ordinário a disponibilidade no que tange aos direitos sociais, de modo que o Poder Público, ao pretender restringir os direitos sociais, deve fundamentar essas restrições na necessidade de proteger outros bens jurídicos prevalentes (NOVAIS, 2006, p. 197).

Dessa forma, o Poder Público, ao invocar o princípio da reserva do financeiramente possível, o deve fazer de forma objetiva e fundamentada, cabendo ao Tribunal Constitucional examinar a legitimidade dessa invocação. Assim, sempre que o legislador afetar o grau já obtido de realização dos direitos sociais, essa afetação deve ser dogmaticamente identificada como restrição de direitos fundamentais, sujeita, portanto, ao controle do Tribunal Constitucional. Sob esse prisma, a restrição a direitos sociais somente é constitucionalmente legítima se o legislador puder invocar a proteção de um outro bem que deva prevalecer, sendo que devem ser observados os limites aos limites aplicáveis aos direitos de liberdade, como os princípios da igualdade, proibição de excesso, proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2006, p. 197). Portanto, há necessidade de ponderar bens ou interesses.

De Conto (2008, p. 78, 82-83) aduz que em face do paradigma do Estado Democrático de Direito, que se apresenta como uma síntese dos modelos de Estado Liberal e Estado Social, e diante de seu caráter transformador, os direitos fundamentais demandariam uma atitude positiva do Estado, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade, que nada mais é do que os meios utilizados para se implementar os objetivos do Estado. Fala-se, segundo o autor, em dupla face do princípio da proporcionalidade: de um lado encontra-se o “garantismo negativo” diante dos excessos do Estado e de outro o “garantismo positivo”, de modo que o Estado não poderia deixar de proteger um direito fundamental. Assim é que, conforme o autor, ultrapassado o modelo liberal, o Estado passa a ver os direitos fundamentais não apenas como limites a sua atuação, mas como princípios norteadores. Essa é, pois, a dupla face do princípio da proporcionalidade.

Proteger os direitos fundamentais engloba tanto a proibição de excesso como a proibição de proteção deficiente, “implica um fazer e um não fazer por parte do Estado”. Um fazer no sentido de “realizar os Direitos Sociais, buscando a sua máxima efetividade”, e um não-fazer baseado em uma acepção de não atentar contra os direitos fundamentais já concretizados, através de atos administrativos ou mesmo através de legislação que atinja o núcleo fundamental desses direitos (DE CONTO, 2008, p. 83). Conforme De Conto (2008, p. 85), é

[...] dessa abstenção imposta ao Estado, em virtude do Princípio da Proteção Deficiente é que retira a importante conclusão de que haveria um núcleo, relacionado aos Direitos Fundamentais, insuscetível de violação por parte do Estado um núcleo eminentemente relacionado com a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

Então, ao lado da proibição de retrocesso, o princípio da proteção deficiente tem por objetivo proteger e preservar os direitos fundamentais, notadamente naquilo que já está concretizado legislativamente. De acordo com o que ensina Canotilho (2003, p. 273), existe uma proteção deficiente ou um defeito de proteção quando os órgãos que têm o dever de proteção adotam medidas insuficientes para assegurar uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. Vale dizer que os órgãos estatais devem adotar medidas suficientes, de cunho normativo ou material, capazes de proteger adequada e eficazmente os direitos fundamentais.

Por sua vez, Leivas (2006, p. 76) considera que o princípio da proibição da não suficiência, no sentido do princípio da proporcionalidade, exige que tanto o legislador como o administrador adotem ações que alcancem limites mínimos, sendo que essa medida ou ação será adequada quando ela alcançar ou promover o objetivo pretendido pela norma que exige do Estado um agir.

Observa-se que os autores citados estão de acordo quanto à inconstitucionalidade de medidas retrocessivas que suprimam, restrinjam ou limitem direitos sociais já concretizados, de modo que o legislador ou o Poder Público teriam limitadas as suas liberdades de conformação. Andreas Krell (2002, p. 39), por outro lado, questiona se somente a atividade legislativa estaria afetada pela proibição de retrocesso ou se a redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais, como o corte do orçamento da entidade pública, também estaria atingida pelo referido princípio

O autor afirma que não é igualmente claro se “as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas”. Segundo ele, os defensores da proibição de retrocesso não aprofundaram a questão, nem mesmo há decisão judicial que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei ou ato que diminua uma prestação social (KRELL, 2002, p. 40).

Efetivamente, o princípio da proibição de retrocesso configura-se como verdadeiro limite à autonomia do Poder Legislativo. Segundo Agra (2007, p. 30), esse princípio encontra respaldo doutrinário porque o Poder Constituinte é o único poder verdadeiramente ilimitado. Para o autor, os fundamentos para esta restrição são teleológicos e substanciais. Substanciais porque os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas e teleológicos porque o objetivo

deste princípio é permitir que, aos cidadãos, seja assegurado o exercício desses direitos, os quais são considerados essenciais ao convívio em sociedade.

Porém, o autor considera que o princípio da proibição de retrocesso não se resume em impedir a revogação de uma lei que assegure certas vantagens à sociedade ou mesmo o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Esse princípio tem como objetivo evitar o regresso das prestações materiais disponibilizadas pelo Estado, como serviços básicos referentes à educação e à saúde. Busca-se, com ele, impossibilitar que a qualidade das prestações oferecidas pelo ente estatal regresse, abrandando o Estado de Bem-Estar Social em nome de exigências do mercado que favoreçam apenas a uma minoria (AGRA, 2007, p. 30).

Conforme Agra (2007, p. 32) o entrincheiramento não configura uma limitação peremptória ao Poder Legislativo, sendo sua função concretizar determinado conteúdo mínimo previsto na Constituição, de modo que após a sua realização nada impediria a evolução desse conteúdo e até mesmo a sua supressão, caso verificada sua desnecessidade. Buscando ilustrar o quadro, o autor traz como exemplo o direito fundamental à educação:

Uma dada sociedade resolve que deve ser investido certo percentual do orçamento anual em ensino fundamental. Depois de vários anos do sucesso da implementação da medida, por questões de natalidade, reduz-se o número de crianças necessitando do mencionado nível de ensino e o aporte de recursos se mostra demasiado. Então, em virtude de uma adequação funcional, ou seja, prestar um razoável aporte financeiro no ensino fundamental, poder-se-ia reduzir os recursos, pois o número de crianças também foi reduzido. Portanto, uma vez realizado o escopo que objetivou a criação do entrincheiramento pode haver sua supressão, se as causas não mais persistirem, ou se for necessário sua evolução para atendimento de outras demandas correlatas (AGRA, 2007, p. 32).

De acordo com Agra (2007, p. 32), nada impediria que concretizado determinado conteúdo mínimo de um direito prestacional previsto constitucionalmente esse conteúdo fosse suprimido, desde que verificada a desnecessidade de se preservar esse conteúdo, após ter se alcançado sucesso na empreitada.

Considerando-se que as indagações levantadas por Krell e Agra se mostram de crucial relevância para o presente estudo, estas serão enfrentadas mais adiante, no quarto capítulo desta dissertação.

Examinada, portanto, a disciplina dos direitos fundamentais, no próximo capítulo analisar-se-á se em uma situação de crise econômico-financeira seria legítima a relativização destes direitos em nome do interesse público, fazendo-se um estudo comparado com o que ocorreu em Portugal nos anos de 2011 e seguintes.

3 DIREITO COMPARADO: CRISE DO CAPITALISMO E A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ESTADO PORTUGUÊS.

3.1 A crise do capitalismo e o neoliberalismo: crise do próprio Estado de Bem-Estar Social.

Sob o argumento de crise, diversos governos têm adotado medidas e proposto atos normativos tendentes a relativizar direitos sociais e direitos adquiridos, adotando políticas de extrema austeridade, usando o discurso da inevitabilidade, da extrema necessidade e urgência dessas medidas. Foi assim em Portugal e assim está sendo no Brasil. Essas medidas impactam sobremaneira o Direito, afetando a efetividade dos direitos fundamentais, mormente em um ambiente de escassez de recursos.

Este capítulo abordará a crise econômico-financeira que atingiu Portugal e o Brasil como consequência daquela iniciada nos Estados Unidos da América em 2008, assim como a crise do próprio Estado do Bem-Estar Social. Examinará a crise enfrentada em Portugal a partir de 2008, algumas das medidas de austeridade adotadas pelo Governo Português, especialmente diante das condicionantes impostas pelo Banco Central Europeu, pelo Fundo Monetário Internacional em pela Comissão Europeia (a chamada *Troika*) para a concessão de empréstimo financeiro ao país. Também analisará a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português quanto à constitucionalidade das medidas aplicadas, especialmente por que foi chamado a decidir, e, por fim, verificará se essas medidas anticrise, tipicamente medidas de austeridade, foram satisfatórias e eficientes para superar o momento de extrema instabilidade que atingiu àquele país europeu, principalmente porque o Brasil está enfrentando situação bastante semelhante nos dias atuais.

Diante da similitude histórica e jurídica-constitucional entre Brasil e Portugal, faz-se um estudo comparativo da crise que atingiu o Estado Português, para, no último capítulo, examinar esse aspecto da nova conjuntura brasileira que prega e materializa ideias de austeridade e de relativização de direitos sociais, notadamente no aspecto que envolve importante setor, o financiamento da saúde.

Com efeito, a partir de março de 1975, Portugal adotou diversas medidas de caráter socializante, tendo passado por um período de democratização e por uma Assembleia Constituinte que, em 25 de abril de 1976, deu origem à atual Constituição portuguesa, a qual possui um nítido viés dirigente.

No Brasil, à semelhança com o que aconteceu em Portugal, logo após o final da

ditadura militar, houve um período de igual redemocratização, momento em que foi realizada uma Assembleia Constituinte e promulgado o texto constitucional de 1988. A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, destacou-se por declarar diversos direitos fundamentais e reconhecer outros tantos direitos sociais, possuindo também uma natureza dirigente.

Após quase 30 anos de Constituição dirigente, no Brasil, os direitos sociais passaram a ser alvo de combate, o que também acabou ocorrendo em Portugal, sob o argumento de que foram os direitos sociais os causadores da crise. Mas que crise é essa que leva um governo a modificar as bases do Estado Social vigente desde o fim das duas Grandes Guerras Mundiais? E em que medida essa crise justifica a restrição e limitação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a ponto de se violar a Constituição naquilo que se refere ao seu núcleo duro e imutável, intangível como já se explicitou?

Segundo Norberto Bobbio, Nicolo Matteucci e Gianfranco Pasquino (1998, p. 305), crise é “um momento de ruptura no funcionamento de um sistema [...] uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame”. Referem os autores que as crises têm como característica três elementos: *i*) subitaneidade e imprevisibilidade; *ii*) duração normalmente limitada; e *iii*) sua incidência ocorre no funcionamento do sistema.

Armindo Ribeiro Mendes (2001, p. 3) fala que existe um processo da crise no qual é possível se observar uma fase antecedente, em que se busca as suas origens e causas, uma fase mais aguda e uma fase subsequente, momento a partir do qual ocorre “o retorno a uma certa normalidade, mais ou menos diferente do *status quo ante*”.

Ao analisar a crise, Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2001, p. 128) asseveram que o Estado Moderno, a partir do século XVI, passou por várias crises que se interconectam e que pressupõem três versões, uma delas diz respeito as suas características conceituais básicas, notadamente a ideia de soberania, outra atingiria a ideia de Estado do Bem-Estar Social e a terceira diz respeito à racionalização do Poder, o Estado Constitucional, sem esquecer aquela que atinge a separação dos Poderes. Quanto à crise do Estado do Bem-Estar social, que interessa a este estudo, Streck e Moraes (2001, p. 129) afirmam que os obstáculos para a permanência da ideia de *Welfare State* são de três ordens: fiscal-financeira, ideológica e filosófica, sobressaindo-se como uma ideia contrária ao neoliberalismo, que procura na insuficiência do Estado Providência um retorno ao estado mínimo.

Para os autores, com base em um discurso econômico, busca-se alcançar a inviabilidade da permanência de uma ordem legislativa de bem estar. Trata-se de uma reação política contra os avanços da luta classista, onde a ideia de privatização, carro chefe do

modelo neoliberal, tem por objetivo a redução do déficit fiscal, seguindo a cartilha do Consenso de Washington, incidindo cortes sobre gastos sociais, venda de patrimônio público a preços desvalorizados (STRECK; MORAIS, 2001, p. 145).

Antônio Manoel Hespanha (2013, p. 24), professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, examinando o assunto, afirma que “no contexto de crise, emergiu uma outra ideia com impacto no direito: a ideia de crise, como perturbação extrema”. Segundo ele, crise seria um momento de extrema desordem global pondo em risco a sobrevivência do todo, sendo justificável a adoção de medidas supremas e urgentes para resguardar esse todo.

Assim é que, no entender de Hespanha (2013, p. 25):

[...] o conceito de crise remete para a ideia de perturbação suprema dos equilíbrios. Isto promove as ideias de que a crise representa uma situação única nunca experimentada e irrepitível no futuro (ou porque se supera, ou porque destrói tudo). E, com isto cria um ambiente argumentativo favorável àquilo que Chaïm Perelman chama o “lugar da qualidade”, ou seja, uma constelação de argumentos que se tiram a partir da natureza diferente, nova, da situação. Os argumentos tirados da qualidade apontam para o caráter revolucionário da situação de crise e das medidas que lhe visam responder. Estas destacar-se-iam da normalidade, do estabelecido, do habitualmente consensual, realçando que, perante a excecionalidade da situação, a resposta tem que abandonar os formatos estabelecidos pelo maior número, repousando na autoridade dos (poucos) melhores. Em contrapartida, o lugar da quantidade destaca a preferência pelo normal, pelo que acontece o mais das vezes, pelo estabelecido e permanente, o consensual, o previsível, aquilo em que se confia.

Após as duas grandes Guerras Mundiais, o sistema capitalista, por um período de aproximadamente 30 anos (entre 1945 e 1975), vivenciou certa estabilidade, o que fez com que se acreditasse que o capitalismo era eterno, levando, com isso, ao retorno do dogma liberal como era em seu início, ou seja, àquele modelo do século XVIII, com algumas inovações. Nessa ocasião, ocorre a reinvenção do estado mínimo, sendo que esse novo modelo, conhecido como neoliberal, apostou principalmente na privatização das empresas públicas, na eliminação do estado providência, na criação de condições para a hegemonia do capital financeiro, na liberdade de circulação de capitais, assim como na liberdade das indústrias de produtos financeiros, na redução dos direitos dos trabalhadores, entre outras ideias (NUNES, 2011, p. 3-4).

Nesse período, conforme Grasiela Baruco (2005, p. 1), até metade da década de 1970, os governos se empenharam em promover o crescimento e o desenvolvimento econômico para que não se repetisse “a grande depressão mundial de 1930 e o avanço do socialismo”. Assim, através de políticas econômicas, com a intervenção estatal se garantiam interesses tanto dos capitalistas como da classe trabalhadora, regulando a atividade econômica e mantendo elevados níveis de crescimento e desenvolvimento.

Desse modo, através do ‘intervencionismo estatal’, manteve-se “o compromisso político dos governos com o pleno emprego e com a ampliação dos direitos sociais, compromisso esse tido como a “pedra de toque” dos chamados Estados de Bem-Estar Social (*Welfare States*)” (BARUCO, 2005, p. 1). Essa foi a conhecida era de ouro do capitalismo, que se apresentava perfeitamente equilibrado.

Também analisando o assunto, Antônio Avelãs Nunes (2011, p. 3) relata que, entre os anos de 1945 a 1975, foi proporcionado, principalmente aos países da Europa e aos EUA, um crescimento econômico elevado e índices de desemprego aceitáveis, bem como a ausência de preocupações com os níveis de inflação, o que convenceu alguns de que se havia chegado a uma fase do capitalismo sem crise. Contudo, isso significou o retorno de ideias ultrapassadas, acerca da economia e do papel do Estado. Ideias que se acreditava estarem absolutamente extintas, porém, com a ruína da União Soviética e do pensamento socialista em geral, os neoliberais convenceram-se, novamente, de que o capitalismo estava eternamente garantido, “podendo regressar ao modelo puro e duro do século XVIII.” (NUNES, 2011, p. 4).

Esta nova fase do capitalismo liberal ficou conhecida como neoliberalismo.

Ao afirmar que o Estado Liberal inaugurou a modernidade, Rafael Arruda Oliveira (2011, p. 5) refere que as Revoluções Americana, Francesa, industrial e individualista foram a causa e o efeito do desenvolvimento do “processo de individualismo do homem”, sendo que a força do mercado converteu o individualismo “num dos elementos fulcrais da civilização industrial”. Mas, segundo Hespanha (2013, p. 4-5), a qualificação do liberalismo (como hiper ou neo) se faz necessária para distinguir suas novidades, comparando ao liberalismo clássico. Refere que antes da ideia de Estado Social existia um liberalismo “bastante regulado”, já que o mercado carecia de um modelo regulativo externo, garantidor de valores estratégicos como “a propriedade, a verdade e transparência, a confiança e a igualdade”. Para Hespanha (2013, p. 5), o Estado garantia tais valores exigindo publicidade aos atos negociais e registro comercial, proibindo publicidade enganosa, fraude e contrafação, regulando a falência, dificultando o falseamento do mercado por práticas monopolistas. Porém, com o novo liberalismo ocorreu uma “desregulamentação muito mais radical, atingindo tanto a regulação estadual como outros níveis de autoregulação”.

O neoliberalismo entende que o mercado deve livrar-se de todos os constrangimentos, tanto os exigidos pelo interesse público quanto pelos agentes de mercado, assim como os “interesses não imediatos de cada um dos agentes”, ou seja, os mercados não teriam de responder perante ninguém, tendo como objetivo vantagens em curto prazo e a exoneração de suas responsabilidades, sendo comparável a um “jogo de azar” (HESPANHA,

2013, p. 5). Assim é que “o Estado era dominado pelos ideais do *laissez-faire*” (OLIVEIRA, 2010, p. 5).

Na mesma linha, Baruco (2005, p. 2-3) aduz que o neoliberalismo tem características diversas do liberalismo clássico, havendo diferenças fundamentais entre eles, pois que o neoliberalismo deixa de lado as ideologias e embasa a ‘sociedade de mercado’ como projeto político de sociedade, havendo também diferenças relativamente à estrutura e às funções do Estado. Refere que é através do Consenso de Washington que a ideologia neoliberal se consolidou, adotando inúmeras medidas a serem “implementadas na periferia do capitalismo”, as quais podem ser resumidas em: estabilização da macroeconomia, com prioridade de um superávit fiscal primário que envolva a revisão das relações fiscais intergovernamentais e a reestruturação dos sistemas de previdência pública; a adoção de ‘reformas estruturais’, como a liberalização financeira e comercial, a desregulação dos mercados e a privatização das empresas estatais; a retomada dos investimentos e o crescimento econômico.

Aqui se vê um cenário que se assemelha ao que hoje está ocorrendo no Brasil.

Na verdade, conforme refere Nunes (2011, p. 4), trata-se uma verdadeira reinvenção do Estado mínimo, de modo que o Estado capitalista teria se municiado de outras armas, tendo apostado:

[...] na privatização do setor público empresarial; na destruição do estado-providência, na criação das condições para a hegemonia do capital financeiro, na plena liberdade de circulação de capitais, na liberdade da ‘indústria’ dos ‘produtos’ financeiros, criados em profusão, sem qualquer relação coma economia real, apenas para alimentar os jogos de azar jogados nas bolsas-casinos, na dependência dos bancos centrais, senhores absolutos da política monetária, posta ao serviço exclusivo da estabilidade dos preços, na desregulamentação dos mercados, na redução dos direitos dos trabalhadores, em nome de uma pretensa competitividade, na flexibilização e desumanização do Direito do Trabalho (transformado em direito das empresas ou direito dos empresários e negado na sua característica histórica de direito dos trabalhadores, inspirado no princípio do favor laboratoris.

Segundo o professor Nunes (2011, p. 7), defender o mercado nada mais é do que defender a “concepção liberal do estado (considerado este como pura instância política, separada da economia e da sociedade civil)”, deduzindo-se uma tese de não-intervenção estatal na economia.

A globalização neoliberal caracteriza-se pela preeminência do capital financeiro e resta por justificar um “capitalismo de cassino” ou um “capitalismo playboy” (NUNES, 2011, p. 8), uma economia onde “o risco e indeterminação dos lances futuros é tal que só interessa o ganho egoísta e imediato na presente jogada” (HESPANHA, 2013, p. 5). Trilhando esse caminho, os membros do G7 desempenham papel determinante quando impõe ao mundo uma

lógica “libertária” no que diz respeito aos movimentos de capitais, cabendo ao Fundo Monetário Internacional (FMI) a missão de submeter o país que recorre ao seu apoio financeiro à aceitação dos princípios “*da livre convertibilidade da moeda e da livre circulação internacional de capitais.*” (NUNES, 2011, p. 8, grifo do autor).

O processo de globalização financeira assume grande importância para a globalização neoliberal, pois se traduz na criação de um mercado único de capitais em escala mundial e na consagração do princípio da liberdade de circulação de capitais, sendo que a desintermediação, a descompartimentação e a desregulamentação são características próprias desse processo, as quais permitem que especuladores coloquem dinheiro e peçam dinheiro emprestado em qualquer lugar do mundo (NUNES, 2011, p. 10).

A especulação, característica do mundo globalizado, acentua a instabilidade e a incerteza, desencadeando o aumento dos custos de funcionamento da economia. Dessa forma, em consequência ao comportamento mimético dos grandes especuladores, a perturbação gerada pela especulação em determinada região ou país tende a se difundir de forma global, o que pode resultar no desmoronamento do sistema financeiro em âmbito mundial. Foi justamente esse fenômeno que ocorreu em 2008 e em outras épocas, quando a crise em um país ou região transformou-se em crise mundial, atingindo outros países ou regiões (NUNES, 2011, p. 11, 17).

Assim, segundo Nunes (2011, p. 18), a queda da bolsa de Nova York, ocorrida em 1967, além das recorrentes crises das últimas décadas, serve de claro anúncio à crise atual. O autor sustenta que:

[...] um primeiro sinal da crise estrutural do capitalismo foi à rotura unilateral dos Acordos de Bretton Woods por parte dos Estados Unidos (Agosto/1971) e a chamada crise do petróleo, entre 1973 e 1975, à qual se seguiram uma ‘outra crise do petróleo’ em 1978-1980.

Compartilhando da mesma ideia, Baruco (2005, p. 2) considera que a crise capitalista ocorrida na década de 1970 tem origem na supressão da ordem econômica e financeira egressa de Bretton Woods. Com a crise, houve uma revalidação das políticas econômicas a fim de garantir a retomada de acúmulo de capital pelos países capitalistas, o que foi chamado de “novo liberalismo” ou “neoliberalismo”. Segundo Nunes (2011, p. 19), nessa época, o Consenso keynesiano, que pugnava pela conciliação entre os interesses capitalistas e a classe de trabalhadores, deu lugar ao Consenso de Washington, que nada mais é do que o acordo envolvendo os EUA e as agências econômicas internacionais (FMI, Banco Mundial, GATT/OMC) para barrar a tendência da baixa taxa de lucro.

Esse consenso impôs ao mundo “o catecismo monetarista e neoliberal”, que se traduz nos seguintes aspectos:

[...] a liberdade plena de circulação de capitais; a desregulamentação do mercado de capitais, incluindo o mercado de divisas, o combate prioritário à inflação e a desvalorização das políticas de promoção do emprego; a privatização das empresas públicas, incluindo as que produzem e fornecem serviços públicos; a adoção de políticas tributárias favoráveis aos muito ricos e às grandes empresas; a rejeição de qualquer ideia de equidade e de quaisquer políticas de redistribuição do rendimento em favor dos titulares de rendimentos mais baixos; a flexibilização do mercado de trabalho e a contenção e redução dos salários reais, num mundo em que a mundialização do mercado de trabalho significou um aumento enorme do exército industrial de reserva e constituiu um estímulo poderoso à deslocalização de empresas, em busca de mão-de-obra mais barata e sem direitos (NUNES, 2011, p. 19-20).

Sem destoar de seu patriota Nunes, Hespanha (2013, p. 4) afirma que o modelo político que prima pelo cancelamento seletivo de direitos adquiridos tem fundamento na revolução liberal, proposta pelos defensores de um hiperliberalismo ou neoliberalismo desde os anos Regan-Thatcher. Pois, para Nunes (2011, p. 20), a *reagonomics* nos EUA e o *thatcherismo* no Reino Unido são movimentos que marcam, a partir de 1979, o início da ideologia neoliberal, à qual a Europa também se submeteu com a criação da União Econômica Monetária (UEM), a moeda única, o Banco Central Europeu (BCE) e o Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC). Aqui a história começa a mostrar sinais da crise do capitalismo que, ao final, acabou por estourar nos Estados Unidos em 2008 e se alastrou para grande parte dos países ocidentais, em uma escala mundial.

Os momentos de crise sucederam-se a partir dos anos 1980: a crise dos países em desenvolvimento em 1982; a crise dos mercados de ações nos EUA em 1987; a crise (também nos EUA) dos mercados de obrigações de alto risco e das caixas econômicas (saving and loans), em 1989/1990; a crise bancária dos países escandinavos no início da década de 1990; a crise que atravessou o Japão ao longo desta década; a crise do Sistema Monetário Europeu em 1992/93; em 1994, nova crise no mercado obrigacionista americano; ainda em 1994, a crise do peso mexicano (‘a primeira grande crise dos mercados globalizados’, segundo o então Diretor-Geral do FMI, Michel Camdessus); a crise das moedas asiáticas em 1997/98; a crise do rublo em 1998/99; a crise (2000-2002) que afectou a chamada ‘nova economia’ (a economia das novas tecnologias: biotecnologia, informática, computação, telecomunicações); a crise do real brasileiro em 1999; a grave crise financeira, econômica, política e social da Argentina (2001/2002), por muitos considerados o maior desastre das receitas neoliberais impostas pelo FMI enquanto ‘gestor de negócios’ do grande capital financeiro internacional (NUNES, 2011, p. 21).

Para Hespanha (2013, p. 6, 11), é no mundo dos negócios que se encontra a origem da crise iniciada em 2008 e que tem se transformado em uma crise da democracia e do direito democrático.

Hoje não é fácil negar a pesada responsabilidade desta política no desencadear grave crise financeira que anunciou e desencadeou a crise econômica profunda e global que hoje se vive no mundo capitalista: a progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, a liberdade absoluta de circulação de capitais à escala mundial e a deficiente (ou cúmplice) atuação das entidades reguladoras e das sociedades (privadas) de rating são alguns dos fatores que casou à bancarrota (NUNES, 2011, p. 32).

Então, se pode considerar que a crise econômica se deve a essa concepção neoliberal egoísta e despreocupada com os interesses públicos e dos cidadãos, baseada na ideologia neoliberal que privilegia alguns em detrimento de uma esmagadora maioria de pessoas, com ganhos estratosféricos e a curto prazo, impondo aos países mais pobres políticas de austeridade, relativização ou até aniquilação de direitos sociais. Sob o argumento de crise, como já se disse, governos têm relativizado direitos sociais e direitos adquiridos, como se a austeridade fosse imprescindível e inevitável para que se possa superá-la. Segundo Hespanha (2013, p. 24), o tom revolucionário ditado pelo neoliberalismo subverte instituições e impede a plena liberdade dos mercados.

Essa concepção neoliberal a que Hespanha (2013, p. 24-25) se refere é aquela que se caracteriza por um radicalismo revolucionário seletivo que concretiza certos direitos sociais e precariza outros, sendo que o princípio da confiança presente nessas relações abrange a propriedade e os direitos provindos de contratos entre particulares, porém exclui as prestações sociais do Estado. O autor conceitua crise como a representação de uma situação nova, nunca experimentada e que não prevê repetição futura, cuja excepcionalidade enseja uma resposta que abandone os formatos já estabelecidos.

Contudo, há aqueles que acreditam na justiça distributiva e defendem a adoção de soluções jurídicas ordinárias encerradas no princípio da igualdade, seja de forma sincrônica (tratar igualmente as situações atuais iguais) ou diacrônica (não alterar o estabelecido, respeitar o adquirido, agir de forma previsível, não frustrar a confiança). Outros sugerem que o momento de crise não pode ser equiparado a uma situação ordinária, de modo que requer a adoção de soluções extraordinárias, sendo que a crise justifica a adoção de soluções desiguais, inovadoras e imprevistas (HESPANHA, 2013, p. 25).

Segundo Hespanha (2013, p. 24-25), a grande diferença entre os dois discursos sobre crise reside nas medidas a serem adotadas, enquanto um grupo defende a adoção de medidas excepcionais de precarização de situações já estabelecidas e passíveis de previsão, mas não ainda formalmente contratadas, como por exemplo a prestações de garantias sociais, e os que defendem a previsibilidade e a confiança para situações fixadas por contrato. Aqui, todos os argumentos se baseiam no princípio da confiança, na santidade dos contratos, na confiança

depositada nos parceiros privados do Estado, na inalterabilidade da base negocial. Contudo, a defesa dos contratos é seletiva, sendo que o princípio da confiança aplica-se aos contratos entre particulares, mas não se aplica às prestações sociais do Estado. É o típico discurso do Estado Liberal que, em tempos passados, segundo Rafael Arruda Oliveira (2011, p. 5), não teve capacidade de resolver problemas essenciais de ordem econômica, o que resultou na configuração de uma situação de crise.

Para Hespanha (2013, p. 8), o neoliberalismo impacta o modelo jurídico, o qual é entendido como um conjunto de critérios, procedimentos intelectuais e formais e agentes convocados para legitimar a regulação social, a qual é orientada pela proteção de certos interesses como direitos que gozam de garantias de permanência, ou seja, que não podem ser modificados por qualquer ato, apenas por aqueles tipificados pelo Direito (*rule of law*) e que observem formalidades também fixadas pelo Direito (*due process of law*). Segundo Oliveira (2011, p. 8), esse modelo encontra-se baseado na “máxima exploração de oportunidades”, com o objetivo de se alcançar a “maximização das vantagens, sem consideração de outra coisa que não seja a análise dos benefícios e das vantagens próprios”. Nas palavras de Hespanha (2013, p. 8), trata-se do cálculo econômico, procedimento egoísta que não pondera interesses adversos, apenas calcula os custos e os benefícios, sendo o mercado o único interesse relevante.

Dessa forma, observa-se que as decisões políticas não levam em conta a vontade do povo, apenas tem interesse na sua adequação financeira e econômica, de maneira que o Direito tem de ceder diante do inevitável, condicionando-o à reserva do possível (OLIVEIRA, 2011, p. 11-12), de modo que as normas constitucionais ficam sujeitas às circunstâncias sociais e econômicas. O discurso se baseia na existência de uma solução única, na falta de alternativas e no fato de não haver dinheiro! (HESPANHA, 2013, p. 12).

O argumento do Estado de impossibilidade do cumprimento de suas obrigações pecuniárias por falta de meios é recorrente nas discussões acerca da “intangibilidade das prestações sociais”, no fato de que a falta de dinheiro exonera o Estado de cumprir com suas obrigações, mesmo aquelas que digam respeito a direitos adquiridos (HESPANHA, 2013, p. 13).

Nunes (2012, p. 10, 12-13) refere que em fevereiro de 2007, em reunião dos países do G7, já havia sido cogitada a possibilidade de uma crise financeira, ocasião em que foi discutida a necessidade de regulamentação da atividade dos chamados fundos de investimento (*hedge funds*), os quais se caracterizam como sendo puramente especulativos e inteiramente desregulados e que visam a máxima rentabilidade investindo em produtos de alto risco. Tais investimentos, em razão dessas características, são elementos que provocam grande

desestabilidade no sistema financeiro e desencadeiam crises financeiras. Contudo, os países integrantes do G7, especialmente os EUA e o Reino Unido, foram contra qualquer intervenção. Dessa forma, o autor realça que foi a desregulamentação dos mercados que acabou por fazer eclodir a crise e o povo é que foi chamado a pagar a conta. Portanto, a crise financeira teve início no mundo dos negócios.

Armando Ribeiro Mendes (2001, p. 4) ressalta que, de acordo com analistas econômicos, a crise do designado *sub prime* não atingiu apenas os Estados Unidos, pois, em decorrência da globalização, as consequências do inadimplemento das instituições financeiras norte-americanas estenderam-se a outros tantos sistemas financeiros. Esses inadimplementos foram “resgatados” pela Administração de Bush, que teria sido compelido a intervir no setor privado e a trazer liquidez ao sistema, o que acabou por elevar o déficit público. A vista disso, Nunes (2012, p. 13) assim resume os acontecimentos que levaram à crise financeira de 2008:

Esta crise veio tornar evidentes as consequências dramáticas do *capitalismo de casino*, da predominância do capital financeiro sobre o capital produtivo, do corte entre a especulação financeira e a economia real, pondo em xeque, de modo irrecusável, os cânones do neoliberalismo.

[...]

A *titularização de créditos* está na base da crise financeira que começou nos EUA no setor do crédito hipotecário. Vendiam-se habitações a crédito (garantido por hipoteca sobre o prédio vendido) a quem não tinha capacidade financeira para as pagar e a quem as comprava apenas com fins especulativos (ganhar, a curto prazo, com a valorização dos imóveis). De seguida, emitiam-se novos títulos obrigacionistas, assentes na hipoteca.

[...]

A voragem era tal que, enquanto o preço das habitações foi aumentando, muitos dos clientes dos bancos que tinham adquirido as suas casas a crédito eram encorajados a constituir sobre elas uma nova hipoteca, para receberem mais crédito ao consumo, que iria ser igualmente titularizado, numa espiral vertiginosa.

Então, segundo Nunes (2012, p. 13-14), houve a venda desses “*produtos derivados* (títulos obrigacionistas negociáveis) assentes em créditos hipotecários menos fiáveis, ‘produtos’ que foram adquiridos por investidores institucionais” o que se espalhou por diversas instituições financeiras mundo afora (os referidos *hedge funds*). Com isso, houve, portanto, a dispersão do risco diante da “grande quantidade de titulares” desses fundos, como se isso fizesse desaparecer tais problemas. “O dinheiro disponível excedia a capacidade de investimento na economia real” e os “gestores da banca se convenceram de que podiam ganhar muito dinheiro emprestando-o ou lançando-o no ‘jogo’ sem acautelar minimamente o seu reembolso”. Para tanto, “montaram um ‘esquema’ assente nos chamados *empréstimos subprime*” os quais eram concedidos sem garantias de que o contratante tivesse capacidade de cumprir antecipadamente os encargos da dívida, sendo que muitos desses empréstimos foram

confiados a pessoas que não tinha rendimentos, nem emprego, nem ativos, ou seja, não tinham como pagá-los. Assim, “em meados de 2006, os preços das habitações começaram a baixar e muitas famílias deixaram de pagar as suas responsabilidades”, sendo que muitas perderam seus imóveis, marcando o “início da *subprime crisis*”.

Segundo Nunes (2012, p. 15), o risco atingiu os bancos, as companhias de seguros e os fundos de investimento. Já “os *produtos derivados*” deixaram de ser negociados porque ninguém os queria. “A banca do ‘casino’ ficou sem fundos; as famílias estavam mais endividadas (muitas perderam as casas) e as taxas de poupança baixaram dramaticamente”, instalando-se a crise no mercado interbancário. Houve a diminuição da liquidez, a escassez do crédito e o aumento das taxas de juros porque os bancos deixaram de confiar uns nos outros e deixaram de emprestar dinheiro uns aos outros e, “em março de 2008, o *Bear Sterns* (um importante banco de investimentos) entrou em colapso”, sendo salvo pelo FED, que obrigou a JPMorgan a comprá-lo e, para tanto, teve de emprestar 29 mil milhões de dólares.

Diante disso, com a intenção de “aumentar a liquidez, o FED injetou milhões de dólares no circuito financeiro, gastou um milhão de milhões de dólares na compra de ativos tóxicos e ofereceu crédito a taxas de juro próximas de zero”. Mesmo assim, em 15 de setembro de 2008, o *Lehman Brothers* faliu e a Administração americana teve de intervir, “transformando dívida privada em dívida pública.”. Dessa forma, por pressão do capital financeiro, o Estado capitalista concedeu todas as liberdades à especulação. Quando o ‘negócio’ faliu, o Estado foi chamado para salvar os especuladores, ao que respondeu com toda solicitude e determinação, convocando o povo para pagar a fatura (NUNES, 2012, p. 15).

Assim é que, no final de 2008, a *crise financeira* transformou-se em *crise econômica*, principalmente pelas dificuldades enfrentadas pela General Motors, a qual foi “salva à custa de milhões e milhões de dólares saídos dos bolsos dos contribuintes”. A crise não apenas se deve à desregulamentação dos mercados, mas também ao enfraquecimento dos salários, pois, para o liberalismo, a baixa dos salários reais é indispensável para tornar atrativa a contratação de trabalhadores desempregados, ávidos por conseguirem o pleno emprego. Assim, é fácil compreender o que ocorre ao longo dos quarenta anos de neoliberalismo. Interesses e pessoas “por trás da *financeirização*” pressionaram e ainda pressionam os governantes a tomar decisões políticas de arrocho salarial, de priorização ao combate à inflação, de desvalorização da promoção do crescimento e do emprego (NUNES, 2012, p. 15-16).

Ramesh Mishra (1996, p. 359-60) aduz que “o assalto neoconservador ao Estado-providência é um aspecto muito político e ideológico”, acrescentando que os neoconservadores Estados Unidos, Reino Unido e Canadá não vão tão longe quanto desejam

em dismantelar o Estado-providência, justamente diante “do apoio popular em favor de programas sociais universais e do interesse de grupos de oposição aos cortes”. Segundo o autor, para as elites políticas a dívida e o déficit devem ser reduzidos sem aumento de impostos, mas com redução dos gastos públicos. Refere também que a globalização acabou por introduzir “uma nova vida na ideologia neoconservadora do bem estar-social” e afirma que os governos do centro e da esquerda buscam uma política social progressiva, enquanto os governos mais à direita, em grande parte, buscam reduzir os gastos públicos.

Tem razão Mishra (1996, p. 360) quando afirma que a globalização é um grande passo na redução dos programas de bem-estar social e na redução de fornecimento de serviços sociais. Todavia, ele acrescenta que:

[...] a globalização fornece uma justificação muito mais importante que a ideologia neoconservadora para reduzir o Estado-providência. Para o neoconservadorismo, pelo menos, parece ser questão de opção política e ideológica, embora uma posição que afirma melhor promover a competitividade e o crescimento econômico. Por outro lado, a globalização surge como uma coação externa – não de modo nenhum uma questão de escolha política, mas antes de necessidade econômica – para que os Estados-nação possam fazer pouco mais senão seguirem os ditames do capital footloose numa espiral descendente de liberalização, baixar os gastos sociais e os impostos em especial sobre as empresas). Na verdade, a lógica desta abordagem parece ser privatizar a previdência social, reduzindo o papel do governo ao de um fornecedor de último recurso (previdência residual). Se essa tendência continuar, far-nos-ia regressar às formas anteriores à Segunda Guerra Mundial de insegurança e desigualdade (MISHRA, 1996, p. 360).

O impacto econômico financeiro global foi tão forte, que a crise atingiu milhões, afetando sua condição básica de existência (LOUREIRO, 2010, p. 16). Por outro lado, a crise também atinge os direitos sociais. Segundo Bentita Mac Croirie (2013, p.33-34), tendo em vista que a proteção dos direitos sociais depende de recursos disponíveis, evidente que os direitos sociais são atingidos pelos efeitos da crise econômica. Aliás, segundo a professora do Porto, não apenas os direitos sociais têm custos, mas também os direitos, liberdades e garantias, na sua dimensão positiva, implicam custos ao Estado. Então, com a crise econômica, todos os direitos fundamentais são atingidos pela crise. No que toca aos direitos, liberdades e garantias o legislador está obrigado a cumprir sua determinação, de maneira que “não haveria uma margem de apreciação quanto ao momento de sua concretização” (MAC CROIRIE, 2013, p. 33).

Segundo a autora, relativamente aos direitos de primeira dimensão, no que diz respeito à dotação orçamentária a ser atribuída a certas áreas, há sim uma determinada “margem do legislador e a crise necessariamente tem consequências nessa margem”. Afirma que até mesmo na sua dimensão negativa, os direitos de primeira geração ou dimensão estão

sujeitos a restrições em uma situação de crise. (CROIRIE, 2013, p. 33-34).

Portanto, é nesta quadra da história em que se vive. Com o objetivo de manter a hegemonia do capital e do mercado, os governos, usando o argumento falacioso da crise, têm reduzido direitos sociais, buscando cada vez mais destruí-los, pondo fim ao Estado do Bem-Estar Social. Assim foi em Portugal e assim está sendo no Brasil.

3.2 A crise financeira do Estado português

A crise de 2008, que se iniciou nos Estados Unidos, acabou por adquirir status de crise mundial e atingiu outros países, dentre eles Portugal e Brasil. Pela similitude com o que atualmente está ocorrendo no Brasil, examina-se a crise enfrentada por Portugal e as consequências das políticas de austeridade adotada pelo seu governo, estabelecendo-se certo paralelismo entre os acontecimentos que atingiram e estão a atingir as duas nações.

A crise a qual Manuel Fontaine Campos (2013, p. 81) nomina como *crise das dívidas soberanas*, segundo Loureiro (2010, p. 16-17), atingiu Portugal e agravou “fatores de insustentabilidade pré-existente ao nível da despesa pública, dos comportamentos do cidadão e da justiça infra e intergerencial”.

Por sua vez, Pedro Lourtie (2011, p. 3-4) afirma que ao contrário da Grécia e da Irlanda, Portugal já registrava um crescimento negativo desde 2001, de modo que, quando a crise de 2008 se abateu, o país já estava em situação difícil caracterizada pelo baixo crescimento da economia e da produtividade, além do elevado déficit orçamental e da balança corrente. Em 2002, Portugal já havia percorrido o ciclo de crescimento, sobrevalorização e queda, quando a sua rápida expansão foi abruptamente travada durante a recessão de 2008-2009. Já, a partir de 2002, “o crescimento dos custos salariais diminuiu consideravelmente” e a produtividade, na segunda metade da década de 2000, cresceu acima da média.

Afirma Lourtie (2011, p. 12-19) que os esforços para consolidar o déficit público se estagnaram em 2009, tendo aumentado esse déficit de 2,7% do PIB em 2008 para 9,3% em 2009. Todavia, em 2010, quando os problemas da Grécia se tornaram visíveis, as obrigações portuguesas foram atingidas, considerando que o déficit em Portugal já atingia 9,3% do PIB, que teve origem em uma queda abrupta de arrecadação no último trimestre de 2009. No final de 2010, o governo português anunciou um orçamento de austeridade para 2011 e, diante da ajuda financeira à Grécia e à Irlanda, Portugal era o membro mais vulnerável da zona do euro. Assim é que, no final de 2010, o parlamento português aprovou um orçamento de austeridade, de modo que os salários do setor público sofreram reduções de 5%, as novas contratações na

administração pública foram bloqueadas, assim como as promoções de carreira e progressões salariais foram proibidas. Subsídios e apoios sociais foram reduzidos e pensões foram congeladas. O Serviço Nacional de Saúde, além de outros, recebeu cortes. Houve o aumento do IVA (Imposto sobre o Valor Acrescentado - sistema de cobrança de imposto apenas sobre o valor adicionado ao preço anterior do produto²¹), assim como a contribuição dos trabalhadores para a Caixa Geral de Aposentação. Mas, mesmo com essas medidas de austeridade, permanecia o sentimento de que Portugal deveria pedir ajuda financeira brevemente.

Diante do colapso das condições de financiamento, não apenas da República de Portugal, mas também dos bancos e das empresas, e apesar das tentativas de evitar recorrer à ajuda financeira, o governo de Portugal acabou por recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI), à Comissão Europeia e ao Banco Central Europeu (BCE). Restou por receber empréstimo mediante a assunção de diversas condições que exigiram sacrifícios do povo português (LOURTIE, 2011, p. 23).

Campos (2013, p. 82) observa que “em quase 40 anos de democracia, Portugal recorreu três vezes à ajuda do FMI – 1978, 1983 e 2011”. Considera que até se justificariam as duas primeiras intervenções diante da “precocidade do regime democrático”, mas, em 2011, essa intervenção ocorre quando a democracia já estava amadurecida no país, demonstrando uma falha na estrutura de sua Constituição.

Diante da crise mundial, na Europa, em outubro de 2008, o Conselho Europeu decidiu que nenhuma instituição financeira importante iria falir. Diante disso, os países europeus, assim como os Estados Unidos, injetaram dinheiro para salvar as instituições financeiras, sem, contudo, intervir na sua gestão. Isto evitou o colapso destas instituições financeiras e levou “ao aumento do déficit público e da dívida externa de vários países”, de modo que a crise financeira transformou-se em econômica e fiscal, pegando em cheio países como a Grécia, a Irlanda e Portugal. Esses países foram tratados como “criminosos” e foram penalizados, pagando sozinhos “os custos da defesa do euro” através do “aumento do desemprego, da baixa dos salários reais, da redução dos direitos sociais, da asfixia do sistema público de seguridade social” (NUNES, 2011, p. 36-37).

No final de 2009, três quartos da dívida externa portuguesa era dívida privada e três quartos dessa dívida era dos bancos que atuavam em Portugal. Entre os 2000 e 2010, a economia portuguesa havia crescido, “em média, abaixo de 0,5% ao ano, mas os lucros dos

²¹ Disponível em: <<http://www.portugalglobal.pt/PT/InvestirPortugal/Sistema%20Fiscal/Paginas/PrincipaisImpostosPortugal.aspx>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

maiores grupos econômicos aumentaram 57%. Entretanto, segundo dados oficiais (agosto de 2010), 2/3 das empresas portuguesas não pagam impostos.” (NUNES, 2011, p. 111).

Os bancos de Portugal não possuíam “liquidez para conceder crédito à economia” e também não conseguiam se financiar no mercado inter-bancário, sendo que o Banco Central Europeu era o seu único financiador e, em março de 2011, devido falta de liquidez, “a banca privada ‘impôs’ ao Governo do PS a decisão de recorrer à ajuda do FMI-UE-BCE.” (NUNES, 2011, p. 112). Segundo Nunes (2011, p. 112-113) parte dos empréstimos concedidos a Portugal era para os cofres dos bancos, e seria pago pelos cidadãos portugueses.

O motivo pelo qual Portugal teve de recorrer à ajuda externa se deve ao fato de ter “perdido o acesso ao financiamento, à taxa de juros sustentáveis, nos mercados internacionais”. Considerando que o Estado necessitava desse dinheiro para atender às despesas orçamentárias, essa perda financeira resultou na necessidade de um corte abrupto e repentino das despesas do Estado (CAMPOS, 2013, p. 83). Campos (2013, p. 83) afirma que Portugal perdeu o acesso aos mercados internacionais de maneira progressiva, refletindo “no sucessivo aumento das taxas de juros exigidas pelos mercados internacionais para financiarem a dívida portuguesa.” Esse aumento da taxa de juros ocorreu devido à crença das operadoras internacionais no aumento do risco da dívida, ou seja, o risco de sua inadimplência ou ausência de condições favoráveis para seu adimplemento.

Assim, através do Memorando de Entendimento acordado entre o Governo de Portugal e a *Troika* (FMI-UE-BCE), Portugal obteve um empréstimo no valor de 78 bilhões de euros, para pagamento em sete anos, com uma taxa média de juros de 5,1% ao ano. Desse empréstimo, 12 bilhões foram destinados “a financiar o reforço do capital dos bancos privados que atuam em Portugal”. Dívida que seria paga pelos cidadãos portugueses, sem que esses cidadãos pudessem gerir os bancos, ficando essa gestão por conta dos acionistas privados e, quando tudo passar, “o povo português fica obrigado a vender aos ditos acionistas a sua participação no capital talvez a um preço simbólico.” (NUNES, 2011, p. 113-14).

Foram muitos os sacrifícios impostos a Portugal como condição para receber este empréstimo. Todavia, Nunes (2011, p. 115) refere que não houve a menor preocupação com o financiamento da economia. Como consequência da crise em Portugal, Loureiro (2012, p.17) destaca que houve o aumento do desemprego, e em alguns casos esse desemprego era de grande duração, quadro que agravou a exclusão social, gerando implicações na autoestima da população. Tudo isso pesou significativamente na Segurança Social, com a redução dos contribuintes e o aumento de alguns benefícios, como o subsídio de desemprego, “bem como a necessidade de [...] alterar esquemas de proteção social (v.g., a extensão do subsídio social

de desemprego)”.

Para conceder o empréstimo, conforme já se consignou, a *Troika* exigiu de Portugal uma série de condições a serem adotadas pelo governo, traduzindo-se em uma verdadeira política de austeridade, a qual o povo português foi obrigado a se submeter. A assistência financeira da União Europeia e do FMI a Portugal durou três anos, e foi realizada através a entrega periódica de dinheiro ao país, com verificações regulares por parte da Comissão Europeia quanto ao cumprimento do programa de reformas acordado (MEDIDAS..., 2016).

Em resumo, as principais medidas que Portugal teve que adotar para receber o empréstimo foram: em relação aos impostos, a *Troika* exigiu o agravamento do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) para a classe média; a diminuição das deduções relativas a despesas com compra de casa, com saúde e com educação; o aumento do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI); a descida do Imposto sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT); o aumento das taxas moderadoras na saúde; o aumento do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) na fatura da eletricidade; a revisão dos produtos com taxa reduzida de IVA. Em relação aos salários, impôs o aumento das pensões mínimas; o corte nas pensões acima de 1500 euros mensais; mas não haveria cortes nos salários da função pública ou no 13º e 14º meses. Quanto às funções públicas, determinou a redução em 15% dos cargos dirigentes da administração central e de organismos públicos; a redução do número de municípios e juntas de freguesia; os militares ficaram proibidos de gerar mais despesa. No que diz respeito ao subsídio de desemprego, determinou que a duração do subsídio de desemprego fosse reduzida para 18 meses; o corte progressivo do subsídio de desemprego a partir do 6º mês, com valor máximo de 1048 euros. Em relação às empresas, ordenou a redução da taxa social única; a venda do Banco Português de Negócios (BPN) sem preço mínimo; a privatização da Rede Elétrica Nacional (REN), da Companhia de Transportes Aéreos Portugueses (TAP) e da empresa de Energias de Portugal (EDP); e a suspensão de novas parcerias público-privadas (MEDIDAS..., 2016).

Embora as medidas implementadas tenham sido semelhantes às aplicadas na Grécia e na Irlanda, países que também recorreram a esse fundo de resgate, Nunes (2011) fez um estudo sobre a *Troika* em Portugal, suas verdadeiras motivações e as consequências da adoção dessas políticas para o país. Assim, passa-se a analisar as lições do autor para que se possa compreender o que ocorreu em Portugal.

Como visto, a *Troika* exigiu de Portugal a preservação da estabilidade do setor financeiro, a ser alcançada pelo reforço da regulamentação e da supervisão bancária, assim como também mandou racionalizar a estrutura da Caixa Geral de Depósitos (CGD) com o

objetivo de “debilitar o banco do estado na concorrência com os outros e preparar a sua privatização pura e simples”. O Estado português também teve de vender o BPN ou proceder a sua liquidação, além de adotar medidas para baixar o déficit público para 5,9% do PIB em 2011, para 4,5% em 2012 e para 3% em 2013, assim como alcançar uma trajetória descendente da dívida externa a partir de 2013, até atingir a meta prevista no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC), ou seja, 60% do PIB (NUNES, 2011, p. 115-116).

A *Troika* impôs privatizações de empresas públicas, como a Empresa Pública Aeroportos Navegação Aérea (ANA), a Companhia de Transportes Aéreos Portugueses (TAP), a CPCarga (Companhia de transportes ferroviários), a Companhia de Serviços Postales de Portugal (CTT), além de bens imóveis e outros patrimônios pertencentes ao Estado, até mesmo a empresa Águas de Portugal. Além disso, o governo português anunciou a renúncia às *golden share* que o Estado português detinha da Portugal Telecom (PT) e das empresas Galp Energia, Energias de Portugal (EDP). Medidas que Nunes (2011, p. 116-117) considera não ter relação com o saneamento das finanças públicas, nem com o pagamento da dívida, tendo sido impostas por interesses econômicos dos grandes acionistas, resultando no sacrifício dos interesses nacionais. Com essas medidas, “o capital acionista foi valorizado, porque os grandes acionistas podem agora agir com inteira liberdade, sem as limitações que gozava, até esse momento, o estado português”.

Por sua vez, as agências de *rating* baixaram as notas das empresas a serem privatizadas, deixando seus ativos totalmente desvalorizados perante os mercados. Além disso, com a venda dessas empresas, conforme refere Nunes (2011, p. 117), o Estado português alienou fontes de receitas, ficando mais pobre e vulnerável.

A *Troika* também ordenou o aumento dos impostos (IVA e outros impostos sobre o consumo), determinou a atualização do valor dos prédios para fins de tributação e redução de isenções, exigiu a redução de deduções fiscais e o congelamento de benefícios fiscais, impôs a dilação da base tributável em Imposto sobre Rendimento de Pessoas Coletivas (IRC), assim como o combate à fraude, à evasão fiscal e à economia paralela. Determinou a diminuição das compensações por serviço que o Estado paga a determinadas empresas públicas, obrigando-as a aumentar o preço do serviço, além de ter determinado o aumento das taxas moderadoras a serem cobradas nos serviços públicos de saúde e a diminuir de maneira substancial os isentos de pagamento de taxas moderadoras. Quanto aos salários, não mandou indexá-los automaticamente à inflação (NUNES, 2011, p. 118).

Em suma, essas foram algumas imposições feitas pela *Troika* para a concessão do empréstimo a Portugal, uma verdadeira política de austeridade que afetou direitos sociais e

direitos já adquiridos pelos cidadãos portugueses.

Segundo Lourtie (2011, p. 26), enquanto foi possível, Portugal adotou uma maneira suave de lidar com as correções dos desequilíbrios que enfrentava, mas essa forma de lidar deixou de ser uma alternativa quando a “crise da dívida atingiu a zona do euro”. Diante da impossibilidade de superar a crise sem ajuda financeira internacional, Portugal teve de recorrer à *Troika* e adotar um programa de ajuste financeiro e econômico bastante ambicioso para consolidar o orçamento e as reformas estruturais.

Dentre as medidas impostas pela *Troika*, Nunes (2011, p. 119) destaca a adoção de uma política de salários baixos a fim de promover a criação de emprego e melhorar a competitividade das empresas, com o objetivo de corrigir os desequilíbrios macroeconômicos:

Por isso impõe a redução dos salários dos trabalhadores do estado que ganham mais do que 1.500 euros por mês e o congelamento dos salários nominais de todos os demais trabalhadores do estado em 2012 e em 2013, com a obrigação de serem limitadas as igualmente as promoções na carreira. Para aumentar ainda mais o emprego impõem a diminuição até 2013, de 1% dos trabalhadores da administração central e de 2% dos trabalhadores da administração regional e local.

A *Troika* também determinou ao Estado português que, em 2012 e 2013, fossem congeladas todas as pensões de reforma, salvo “as mais reduzidas”, exigiu a suspensão de todas as regras de indexação de pensões e mandou baixar as pensões maiores que 1500 euros mensais. Impôs mudanças na legislação trabalhista, bastante prejudiciais aos trabalhadores, tais como, a permissão de despedida do trabalhador por inadequação, ou em caso de não cumprimento dos objetivos acordados, ou por extinção do posto de trabalho, sem permitir que o trabalhador seja colocado em outra função mais apropriada às suas condições e experiência. Também impôs a diminuição do custo da despedida para o empregador, a diminuição do montante do subsídio do desemprego, assim como a redução do período em que será pago, e ordenou que sejam privilegiadas as comissões de trabalhadores de cada empresa, em detrimento dos sindicatos (NUNES, 2011, p. 120).

Ainda, impôs a redução substancial da taxa social única paga pelos empregadores e destinada a co-financiar o sistema público de segurança social, sob o argumento de “reduzir os custos laborais para criar emprego e promover competitividade externa da economia portuguesa”. Contudo, Nunes (2011, p. 122) entende que o verdadeiro alvo desta não é solucionar o problema da competitividade, mas sim o sistema de Segurança Social, inimigo de estimação do neoliberalismo.

Também foi fixado em 2500 euros o teto máximo a ser pago pelas pensões providas pela Segurança Social, com a conseqüente redução nos descontos daqueles que ganham mais,

os quais passaram a descontar para fundos de pensões privados, “dominados pelo grande capital financeiro”. No entender de Nunes (2011, p. 123-24) “esta medida não tem qualquer relação com o ‘combate à crise’, nem com a melhoria da produtividade da nossa economia”, de modo que “a pretexto da crise estas medidas neoliberais visam, às escâncaras, favorecer o capital à custa do trabalho”.

O Memorando de Entendimento, acordado entre Fundo Monetário Internacional, União Europeia e Banco Central Europeu (a *Troika*) e o Governo Português, impôs cortes nas despesas com educação, incluindo a redução da rede escolar, assim como a redução das despesas com o sistema nacional de saúde. Para Nunes (2011, p. 125-126), isso significa a “continuação da privatização encoberta e envergonhada que vem sendo prosseguida há anos, com grave responsabilidade dos Governos do PS”. O autor critica fortemente as políticas adotadas e afirma que Portugal, na realidade, precisa reorganizar a sua economia, criar mais riqueza e aumentar a produtividade, mas esses objetivos não serão obtidos *espontaneamente*, com a “liberalização e flexibilização dos mercados de trabalho e na plena liberdade de circulação de capitais, de bens e de serviços.” Tudo isso é alcançado “com aumento do investimento (público e privado) na educação e na saúde, na investigação científica e tecnológica, na formação profissional, na valorização dos recursos humanos e naturais”.

Nunes (2011, p. 127-128) acredita que para reequilibrar o capital financeiro é necessária a adoção de medidas que exijam o rompimento de dogmas neoliberais e modifiquem de maneira drástica as estruturas em que se alicerça a construção europeia. Denuncia que essa crise criou oportunidades para suprimir dos trabalhadores alguns direitos adquiridos após séculos de luta, direitos que muitas Constituições modernas elencam no rol de direitos fundamentais. Conforme o autor, esse momento de crise está sendo utilizado para se exigir dos países mais pobres condições semelhantes àquela impostas à Alemanha pelo Tratado de Versalhes. Esse recurso, “à estratégia do medo”, tem por objetivo, também, a tentativa de paralisar os povos, “para os desmotivar, para os fazer sentirem-se culpados por pecados que não cometeram [...]”. Segundo ele, é “acrescentar mais neoliberalismo ao neoliberalismo”.

Defende que as medidas de austeridade somente aumentam a impossibilidade de crescimento econômico, ou seja, ao não criar riqueza, inevitável o aumento da dívida, “apesar dos pesados sacrifícios impostos a quem vive dos rendimentos do trabalho [...]”. Afirma que há discussões a fim de apurar se a melhor solução para os países nessa situação não seria a “cessação de pagamentos, seguida da saída da Eurozona [...] e da renegociação forçada da dívida”. Contudo, o autor afirma que essa entende uma medida radical e traria enormes

dificuldades ao país. (NUNES, 2011, p. 140-141).

Por fim, com grande correção, Nunes (2011, p. 148-149) afirma que:

O caráter predador do crescimento económico capitalista tem vindo a provocar a escassez (não reversível) de bens essenciais à vida (a água, o solo, a floresta) mas também de matérias-primas e produtos energéticos (petróleo e gás natural). E este fenómeno, que alimentou já um surto especulativo sobre produtos alimentares (em especial dos que podem ser usados na produção do biodiesel), matérias primas e petróleo (com o perigoso aumento dos respectivos preços, no início de 2008) tem vindo a acentuar a pressão com vista ao controlo dos países do Médio Oriente (incluindo a Líbia) e das rotas de transporte do petróleo e do gás natural, num quadro que afloram, por vezes, contradições potencialmente explosivas entre as potencias dominantes.

Segundo Nunes (2011, p. 149-150), “o neoliberalismo é o reencontro do capitalismo consigo mesmo”, é o retorno ao capitalismo puro e duro do século XVIII, remonta o convencimento de que é livre e de que “pode permitir ao capital todas as liberdades, incluindo as que matam as liberdades dos que vivem do rendimento do seu trabalho. [...] é a ditadura da burguesia”.

Por sua vez, Lourtie (2011, p. 27) conclui seu exame do contexto da crise em Portugal afirmando que uma das lições trazidas é que os destinos de Portugal não estão apenas na dependência de suas decisões. Seu sucesso depende, também, da estabilização financeira da zona do euro, que está na dependência de como a União Europeia irá gerir a crise. Afirma que para Portugal as pressões do mercado financeiro se intensificaram em 2010 e 2011, especialmente em decorrência de causas exteriores à sua economia. Entende que o país tinha problemas e desequilíbrios estruturais que precisavam de solução, porém, analisando temporalmente a crise, considera que houve, na verdade, “um efeito de contágio”.

No entender de Nunes (2011, p. 150), a “globalização neoliberal” deve ser compreendida como um “projeto político” implementado conscientemente e de modo sistemático “pelos grandes senhores do mundo”, de modo que “o que está mal na globalização atual é o neoliberalismo”. Desse modo, o problema não é a globalização em si, mas a política neoliberal que busca efetivamente o desmantelamento do Estado Social. Segundo Loureiro (2010, p. 51, 53), a globalização não deixou de ter repercussão no Estado Social, sendo que “a competitividade entre as economias contribuiu para uma ‘crise fiscal do Estado’, que limita os recursos económicos-financeiros mobilizáveis [...]”. Em resumo, se está assistindo a “uma impotência relativa do poder político estatal, discutindo-se o Estado Social no quadro dos ‘casos da globalização’.”

Conforme Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 60), “a globalização não se

reduz à economia e ao neoliberalismo. Nem toda a globalização é econômica ou neoliberal”. O que ele quer dizer é que a globalização é um fenômeno amplo e diversificado, “de múltiplas e antagônicas facetas, ainda que identificado em primazia, pelo aspecto econômico e pela ideologia neoliberal”. Na verdade, a globalização é um processo internacional de integração econômica, social, cultural, política, que decorre, especialmente, pelo encolhimento das distâncias em razão da redução dos custos dos meios de transporte e comunicação entre os diferentes países.

Mas, conforme observa Oliveira (2010, p. 60), é inegável que a globalização ocasiona transformações nas ordens jurídicas internas dos diversos países e nos próprios sistemas constitucionais, conforme se examinará em seguida. Pode-se perceber que a crise de um determinado Estado soberano, em grande parte, se deve a fatores externos à sua economia e finanças internas, sendo esse um dos efeitos da globalização nesses tempos neoliberais.

Adiante se examinará a chamada jurisprudência da crise adotada pelo Tribunal Constitucional Português quando chamado a se pronunciar quanto à constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Governo.

3.3 A “jurisprudência da crise” adotada pela Corte Constitucional portuguesa.

Diante da crise que se instalou em Portugal e dos efeitos da política de austeridade, o Tribunal Constitucional Português foi chamado a decidir diversas ações judiciais que questionavam essas medidas, passando a adotar a chamada jurisprudência da crise em acórdãos proferidos entre os anos de 2011, 2012 e 2013. Neste tópico se analisará essas decisões e as críticas a respeito delas, assim como a legitimidade e a adequação de um chamado Direito da crise.

A chamada jurisprudência da crise portuguesa foi tema de estudo realizado pelo professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Alexandre Souza Pinheiro (2014), cujo propósito era justamente analisar a jurisprudência constitucional em matéria orçamentária entre os anos de 2011 a 2013. Como visto, a redução do déficit orçamental se tornou essencial para Portugal e, nesse contexto, o Tribunal Constitucional (TC) passou a adotar jurisprudência onde as questões orçamentárias, como o aumento da receita e diminuição da despesa, passaram a ser aspectos interpretativos da Constituição, tendo por parâmetros os princípios da igualdade, proporcionalidade e da proteção da confiança (PINHEIRO, 2014, p. 170).

Conforme observa Pinheiro (2014, p. 170), a jurisprudência da crise transpõe um verdadeiro “‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a

necessidade de ceder perante as exigências circunstanciais.” O Tribunal Constitucional, com fundamento no interesse público, no contexto de uma ordem transitória e excepcional, adotou diversas decisões que restam por ceder à normatividade em função da verdade do mundo, as quais, não fosse esse momento atípico, teriam outro desfecho.

Em face das medidas de austeridade adotadas pelo Governo português, um grupo de deputados requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19, 20 e 21 da Lei do Orçamento do Estado para 2011 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 2011).

Em resumo, a Lei Orçamentária Portuguesa para 2011 reduzia as remunerações dos funcionários públicos entre 3,5 e 10%. Pinheiro (2014, p. 172-173), ao examinar o teor desse acórdão (396/2011), assim como outros de semelhante matiz interpretativo, explica que o Tribunal Constitucional entendeu que seria constitucional a redução remuneratória nos salários dos funcionários públicos entre 3,5% e 10%, pois visava à proteção do interesse público, o qual deve predominar. Com esse argumento afastou-se a alegação de ofensa ao princípio da proteção da confiança, de modo que, no entendimento do Tribunal, as medidas seriam proporcionais num contexto de emergência. O Tribunal considerou que a proporcionalidade havia sido observada, pois a redução remuneratória seria idônea ante ao déficit orçamentário, estando fundamentada numa articulação racional, de modo que o poder político estaria dotado de livre conformação dentro dos “limites de sacrifício” a serem exigidos aos cidadãos; e indispensável, não sendo considerada excessiva.

Essa decisão desconsiderou o direito a um *quantum* salarial, argumentando que uma coisa é o direito à retribuição salarial e outra é o direito a um concreto montante retributivo, entendendo que a irredutibilidade do salário não pode ser considerada uma garantia contida na proteção do direito à retribuição pelo trabalho desempenhado, nem mesmo essa redução configura afetação ou restrição a esse direito (PINHEIRO, 2014, p. 173).

Explica Pinheiro (2014, p. 173) que, na decisão do Tribunal Constitucional, a aceitação do sacrifício estava ligada à desigualdade existente entre aqueles que recebem por verbas públicas e os demais cidadãos. O professor de Lisboa critica especialmente o voto do Conselheiro João Cura Mariano, que afirmou não haver demonstração de que existam grandes diferenças na opção entre reduzir os vencimentos dos funcionários públicos ou aumentar a tributação dos rendimentos de todos os cidadãos.

Na mesma linha, Menezes Leitão (2011, p. 1279-80) afirma que esse acórdão traduz a linha jurisprudencial que o Tribunal passou a seguir desde que a crise financeira se iniciou. O autor considera que o corte nos salários dos funcionários públicos representa um verdadeiro

confisco, medida constitucionalmente vedada. Refere que embora alguns entendam se tratar de um imposto sobre salários, ainda assim é inconstitucional, pois viola a igualdade tributária e a universalidade do imposto.

Quanto à transitoriedade ou definitividade da medida, Leitão (2011, p. 1280-81) considera irrelevante, afirmando que ainda que este corte tivesse apenas duração anual, igualmente, nesse período, as pessoas entrariam em insolvência e até deixariam de conseguir sustentar suas famílias. Contudo, entende que foi o caráter de transitoriedade da medida adotada que levou o Tribunal a legitimar sua adoção para os anos de 2012 e 2013.

Quanto à alegação de que a Constituição não estabelece uma garantia de irredutibilidade dos salários e que essa regra resulta de lei ordinária, o autor afirma que o Tribunal, neste caso, acabou por reconhecer a natureza de direito fundamental dessa retribuição, semelhante à dos direitos, liberdades e garantias. Mesmo assim o Tribunal não retirou dessa natureza a proibição de reduzir os salários, de modo que se contentou com a mera existência formal da retribuição, ainda que o seu valor, a todo tempo, pudesse ser questionado (LEITÃO, 2011, p. 1281-1282). Ao criticar a postura do Tribunal, Leitão (2011, p. 182) afirma que esse argumento meramente formalista e sem sentido não pode ser aceito, uma vez que a Constituição, por si só, não garante o direito à retribuição, sendo necessária a existência de um nexo retribuição e trabalho prestado, de modo que esse nexo se vê rompido quando o salário é reduzido, mas o trabalhador continua a prestar o mesmo serviço.

O referido acórdão marca uma mudança na jurisprudência do Tribunal Constitucional e, a partir de então, a redução salarial passou a ser considerada constitucional, mudando o entendimento de que tal redução afetava a proteção da confiança que se encerra no princípio do Estado de Direito (LEITÃO, 2011, p. 1283). A fundamentação adotada pelo Tribunal não é minimamente convincente, pois ainda que tenha reconhecido a violação ao princípio da proteção da confiança, considerou-a admissível apenas com fundamento no interesse público. Leitão (2011, p. 1283-84), parafraseando Vital Moreira, declara que essa argumentação coloca a razão do Estado acima da razão constitucional.

Por fim, Leitão (2011, p. 1285) aduz que, para o Tribunal Constitucional, o princípio da igualdade não obsta a opção pelo corte de salários em detrimento do aumento da carga tributária. Para ele, nesse caso, o Tribunal reconheceu que os fins justificam os meios, ao declarar que o objetivo de redução da despesa torna legítimo o fato de que “uma categoria de cidadãos deixe de poder aspirar a ser tratada de forma igualitária com os outros cidadãos”.

Essa decisão acabou por legitimar a restrição de direitos fundamentais do cidadão, acatando a alegação de anormalidade da situação e reconhecendo um Direito da crise. Na

verdade, a decisão do Tribunal desrespeitou diversos princípios constitucionais (princípio da igualdade, da proteção da confiança, princípio do Estado de Direito, princípio fundamental a não redução dos salários), sob o argumento de crise.

Na mesma linha, outra decisão de constitucionalidade duvidosa foi proferida pelo Tribunal Constitucional no acórdão 353/2012.

Assim como no Orçamento de 2011, em 2012 o Governo Português adotou novas medidas tão severas ou mais que as anteriores, de maneira que, novamente, um grupo de deputados da Assembleia da República veio requerer a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes dos artigos 21º. e 25º. da Lei nº. 64-B/2011, de 30 de dezembro de 2011 (Lei do Orçamento de Estado para 2012).

Essas medidas compreendiam a “suspensão do pagamento” de subsídios de férias e de Natal (não pagamento, sem perspectiva de reposição), mantendo-se as medidas de “redução remuneratória” consagradas na Lei de Orçamento do Estado (LOE) de 2011, que o Tribunal Constitucional (TC) considerou representarem “reduções significativas” (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 2011). Atingia-se, agora, tanto o funcionalismo público como reformados e aposentados do setor público e privado, e abrangia a “suspensão de pagamento” de subsídios a todas as pessoas com remunerações iguais ou superiores a 600 euros mensais (LOE 2012). Isso representava, quando cumuladas com as medidas de 2011, a perda de até 1/4 dos montantes anuais das retribuições e das pensões ou reformas de algumas pessoas (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 2012).

Carlos Blanco de Moraes (2014, p. 489), examinando o Acórdão 353/2012, afirma que algumas posições jurídicas entendiam que os subsídios de férias e de Natal integravam a remuneração salarial, sendo esta prestação um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, de modo que o corte desses componentes remuneratórios violaria o princípio da intangibilidade salarial. Também, considerando que a legislação tinha caráter suspensivo, a eficácia de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias estava sendo paralisada por meio de um ato legislativo, ao passo que a Constituição não previa esta possibilidade em situações de urgência financeira, mas somente no caso de declaração de estado de sítio e de emergência.

No que diz respeito à suspensão dos subsídios de férias e de Natal dos aposentados e reformados, essa legislação estaria violando o princípio da proteção da confiança, especialmente diante das contribuições já feitas pelos pensionistas em tempos pretéritos, “afetando-se a legítima e fundada expectativa do seu pagamento”. Por fim, esse corte de salários dos funcionários público violaria o princípio da igualdade, uma vez que não estaria

acompanhado pelo corte nos subsídios de férias e Natal dos trabalhadores do setor privado (MORAIS, 2014, p. 488-89).

Examinando o Acórdão 353/2012, Pinheiro (2014, p. 175) afirma que o Tribunal Constitucional Português entendeu que essas medidas seriam inconstitucionais, evocando a “igualdade proporcional” para aferir da compatibilidade com a Constituição da medida da diferença”. O professor refere que nesse acórdão o TC examinou o *quantum* do sacrifício, estabelecendo um parâmetro de avaliação em consonância com um “critério de evidência” no controle da igualdade proporcional. Aqui, o Tribunal examinou se a medida seria considerada aceitável em comparação com a redução salarial considerada constitucional no Acórdão 396/11.

Desse modo, ao julgar a ação proposta por deputados que pretendiam ver declarados inconstitucionais os artigos 21º. e 25º. da Lei 64-B/2011 (LOE 2012), o Tribunal “considerou a redução excessiva a ponto de violar o princípio da igualdade”, decidindo que esse sacrifício não era razoável. Pinheiro (2014, p. 176) assinala que neste último acórdão, o Tribunal Constitucional restou por apontar soluções alternativas à política financeira que “permitiriam um desagravamento da situação daqueles que recebiam prestações pagas por verbas públicas”. Segundo o autor, a jurisprudência de 2012 definiu que:

[...] os pensionistas e os trabalhadores do sector público com rendimentos líquidos situados entre €600,00 a €1100,00 terão uma redução do seu rendimento anual que aumentará progressivamente até 14,3%. Estamos num universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõem tais provações que a exigência de um sacrifício adicional deste tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3% do rendimento anual, tem um peso excessivamente gravoso (PINHEIRO, 2014, p. 174).

Segundo Pinheiro (2014, p. 175), a decisão entendeu que para aqueles que recebem remunerações líquidas superiores a 1500,00 euros a redução é igual a 14,3% do rendimento anual, e considerou que esta redução “atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente”. No entendimento do autor, o Tribunal, usando “regra de evidência”, entendeu por excessivos os valores aplicados, considerando que neste caso a redução violava o princípio da igualdade, de modo que o sacrifício agora era além do razoável.

Por fim, no Acórdão 353/2012, o Tribunal Constitucional assim se manifestou:

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de

diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Pinheiro (2014, p. 175-176) refere que essa decisão trata do *quantum* da restrição, “que leva a proporcionalidade a enraizar os contornos de uma medida de controlo político”. Em contrapartida, o órgão decisor apontou o que poderiam configurar soluções alternativas para a diminuição do défice, as quais representariam a melhora da situação daqueles contribuintes que recebem remunerações ou prestações sociais através de verbas públicas. De modo que a medida restou por ser considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Contudo, Pinheiro (2014) ressalta que em relação à situação dos reformados e aposentados, o Tribunal não examinou a natureza de sua proteção constitucional, tendo-o feito no Acórdão 862/2013, onde entendeu que:

A confiança que os pensionistas depositam no sentido de inalterabilidade das regras que serviram de base ao cálculo da pensão do valor da pensão que foi fixado no momento da aposentação resulta também da natureza contributiva do sistema previdencial. Mesmo que não exista uma correlação direta entre a contribuição paga e o valor da pensão a atribuir, como acima se referiu, o direito à pensão não só pressupõe o cumprimento da obrigação contributiva, como também constitui uma prestação de substituição do rendimento de trabalho (Acórdão do Tribunal Constitucional Português n. 862/2013, p. 27).

Além disso, o Tribunal Constitucional considerou a referida inconstitucionalidade não aplicável até o fim do ano em curso, com fundamento em interesse público de excepcional relevo, posto que a lei inconstitucional continuaria a produzir efeitos mesmo após ser declarada inconstitucional (PINHEIRO, 2014, p. 179). Embora o Acórdão 353/2012 tenha sido taxado de ativista por alguns doutrinadores, Pinheiro (2014, p. 177) considera que não é possível taxar de ativista a decisão de 2012, sem que se considere identicamente político o Acórdão 396/11.

O professor Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão (2012, p. 415) afirma que nesse Acórdão o Tribunal colocou limites, pela primeira vez, às medidas de equilíbrio das contas públicas e, apesar de considerar que o Tribunal tenha usado critérios de fundamentação extremamente vagos, saúda esta decisão. Todavia, critica o fato de que não tenha tirado dessa declaração de inconstitucionalidade os efeitos práticos que se impunham, pois prorrogou a vigência no tempo de uma lei inconstitucional, sobrepondo-a à Constituição.

Essa crítica é acompanhada por Pinheiro (2014, p. 179), quando aduz que, nos termos do nº. 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, o Tribunal pode limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade com fundamento na segurança jurídica, em razões

de equidade ou por interesse público de especial relevo. Para o autor, essa decisão é de discutível constitucionalidade, uma vez que teve a crise como base de seu fundamento, tendo o Tribunal considerado que:

[...] encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente salvabilidade do estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem auferir por verbas públicas, assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até o final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada. Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo art. 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 2012, p. 371).

Para Pinheiro (2014, p. 179), a inconstitucionalidade foi estendida quando, embora reconhecida a inconstitucional da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, se prolongou no tempo os efeitos da citada norma. Sendo que, em decorrência dessa decisão, surgiu:

[...] o debate doutrinário sobre a existência de um acto com a natureza de mutação constitucional: criou-se assim um precedente instável e duvidoso, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito do legislador (PINHEIRO, 2014, p. 181).

A crítica de Leitão (2012, p. 416) à decisão do Tribunal se dá em comparação ao Acórdão 396/2011, aduzindo que no Acórdão de 2012 a declaração de inconstitucionalidade foi basicamente fundamentada na violação do princípio da igualdade. Afirma que essa violação do princípio da igualdade já havia sido questionada quando do corte de salários em 2011, porém, naquela oportunidade, no Acórdão 396/2011 o Tribunal concluiu que quem recebe por meio de verbas públicas não está em patamar de igualdade com os demais cidadãos, razão pela qual o sacrifício adicional exigido aos integrantes dessa categoria não configuraria tratamento desigual injustificado.

Essa fundamentação foi utilizada no relatório do Orçamento de Estado para 2012 pelo Governo que, justamente por força do Acórdão 396/2011, se julgou autorizado pelo Tribunal a estender os referidos cortes. Assim, depois de ter reconhecido que o corte de

salários de até 10% era constitucional, o Tribunal considera que acrescentar mais 14% já se torna inconstitucional. Dessa forma, Leitão (2012, p. 416) afirma que seria profícuo que o Tribunal definisse um rigoroso critério sobre o que seria admitido e o que não seria admitido em relação à redução de salários.

Contudo, o autor considera que uma redução de salário é sempre inconstitucional por constituir confisco, visto que ocorre a apropriação de bens dos cidadãos pelo Estado sem que haja qualquer indenização, aplicando-se isso tanto aos salários dos funcionários públicos como às pensões dos pensionistas, estando ambos protegidos pela tutela constitucional da propriedade. Além disso, refere que não existe nada na Constituição que permita a redução dos salários daqueles que auferem verba do Poder Público com a finalidade de equilibrar as contas públicas (LEITÃO, 2012, p. 416).

Por outro lado, a Constituição estabelece que cabe ao sistema fiscal satisfazer as necessidades financeiras do Estado, sendo inadmissível uma medida equivalente a imposto sobre os salários dos funcionários públicos e pensões. Nesse contexto, a redução de salários atinge apenas uma categoria de cidadãos, o que acaba por violar o princípio da universalidade (LEITÃO, 2012, p. 417). Porém, o Tribunal preferiu apenas reconhecer que a inconstitucionalidade se deu em decorrência da violação do princípio da igualdade, o que permitiu sustentar que ao se estender o corte salarial a todos os trabalhadores, restaria sanada a inconstitucionalidade. Leitão (2011, p. 417) lamenta que o Tribunal não tenha revertido a decisão do Acórdão 396/2011 e retornado a considerar inconstitucional os cortes salariais, de acordo com o que havia sido fixado nos Acórdãos 330/2002 e 141/2002, reconhecendo a inconstitucionalidade por violação ao princípio da confiança.

Ao examinar os votos vencidos dos conselheiros Vitor Gomes, Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos, Leitão (2011, p. 417-18) considera que eles não convencem minimamente, pois a retribuição do trabalho deve ser proporcional à quantidade, natureza e qualidade do que fora prestado pelo trabalhador. De modo que havendo redução do salário, exige-se a redução concomitante do trabalho, sob pena de se quebrar essenexo de correspectividade. Segundo o autor, na declaração de seus votos, os Conselheiros Vitor Gomes e Rui Moura Ramos convergiram no entendimento de que a medida de corte dos subsídios era constitucional diante da emergência financeira do país, porém limitada ao ano de 2012, divergindo no que diz respeito ao momento em que a inconstitucionalidade deveria prevalecer.

Afirma que o Conselheiro Vitor Gomes entendia que a declaração de inconstitucionalidade deveria valer desde logo, e o Conselheiro Rui Moura Ramos entendia que essa declaração somente poderia ser efetuada pelo Tribunal durante a fiscalização de

futuros “Orçamentos de Estado”. Para Leitão (2012, p. 418-19) essa posição é inaceitável, pois que o Tribunal jamais poderia “suspender o exercício de direitos constitucionais por motivos de emergência financeira”, ainda que valesse apenas por um ano, já que nos termos do artigo 19º da Constituição Portuguesa, a suspensão de direitos, liberdades e garantias somente é cabível quando declarado o estado de sítio ou de emergência, o que não era o caso.

Portanto, Leitão (2012, p. 419) conclui que a decisão do Tribunal Constitucional de postergar a inconstitucionalidade para momento futuro é constitucionalmente inadmissível, uma vez que é incompatível com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Segundo ele, essa decisão é preocupante e representa uma verdadeira subversão, equivalendo a uma suspensão da Constituição para não prejudicar a aplicação de uma norma inconstitucional. Considera que a decisão nem mesmo era justificada, porque o Governo poderia corrigir os desvios orçamentais.

Examinando não o mérito do acórdão, mas a modelação da eficácia da sentença, Carlos Blando de Moraes (2014, p. 487) considera que a natureza política do Acórdão 353/2012 é *sui generis*, uma vez que o Tribunal criou uma situação variante de mutação constitucional ao atribuir uma componente manipulativa à sentença, a qual modelava os efeitos temporais. Concorda o autor, assim como Leitão e Pinheiro, que o Tribunal Constitucional, ao invocar interesse público de excepcional relevo e restringir os efeitos da decisão temporalmente, ignorou a Constituição, proferindo uma sentença manipulativa que permitiu que uma norma declarada inconstitucional produzisse efeitos para o futuro, final do ano de 2012 (MORAIS, 2014, p. 490).

Ao assim agir, Moraes (2014, p. 493) afirma que a corte constitucional teria criado precedente instável e duvidoso, o qual estaria abrindo espaço para que, no futuro, o Tribunal pudesse autorizar que uma norma anteriormente declarada inconstitucional voltasse a produzir efeitos, sem que estes resultem da norma constitucional, gerando um prelúdio de mutação informal e sorrateira, realizada através da via jurisprudencial e incluída em uma sentença aditiva de revisão constitucional.

No Acórdão 187/2013, o Tribunal Constitucional examinou a constitucionalidade da Lei do Orçamento para 2013. Conforme Pinheiro (2014, p. 181), os artigos questionados mantiveram a manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores do setor público, a suspensão do subsídio de férias para os trabalhadores do setor público, para os reformados e aposentados, incrementou uma Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre pensões entre 1.350 e 3.750 euros, fixando taxas entre 3,5% e 10%, reduziu subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), alterou o Código do Imposto sobre o

Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e introduziu uma sobretaxa em sede de Imposto sobre Rendimento de Pessoas Singulares (IRS) (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 2013).

Nesse aresto, Pinheiro (2014, p. 181-182) afirma que o Tribunal Constitucional, quanto à manutenção da redução das remunerações, entendeu que os argumentos contidos no Acórdão 396/2011 estariam reforçados, tendo em vista o caráter plurianual das normas aplicadas em 2011, sendo que a introdução nas leis orçamentárias posteriores não poderia ser considerada um “efeito surpresa” nos destinatários da norma, além de a situação económico-financeira de Portugal justificava a medida. No que diz respeito à suspensão do pagamento dos subsídios de férias, o Tribunal entendeu que a não introdução dessa medida poderia ser objeto de maior expectativa diante da declaração de inconstitucionalidade dessas normas pelo próprio Tribunal no Acórdão 353/2012. Todavia, indícios consistentes de que seria necessário manter as medidas de redução da despesa pública levaram o Tribunal Constitucional a considerar tais medidas compatíveis com o princípio da proteção da confiança.

Quanto à suspensão de 90% do subsídio de férias de reformados e aposentados, o Tribunal entendeu que os destinatários estariam em situação diferente daqueles trabalhadores ativos do setor público, de modo que considerou que os reformados e pensionistas tiveram afetado um direito já constituído, um direito que passa a ser adquirido a partir do momento em que a pensão exigível é atribuída (PINHEIRO, 2014, p. 182). Dessa maneira, o Tribunal decidiu que:

[...] este direito será merecedor de uma tutela reforçada, fundada não no facto de o cidadão ter efectuado contribuições, mas no de ter contado com um quadro em que o benefício foi definido, não tendo tido a possibilidade de se precaver quanto a eventuais diminuições do mesmo, nem podendo agora fazer face a elas uma vez que terminaram a sua vida activa. Ainda assim, considerou o TC que a frustração destas expectativas legítimas se justifica face às razões de interesse público que se têm invocado, a que acresce ainda o argumento da sustentabilidade do sistema de segurança social.

Por tudo o que foi dito, o TC pronunciou-se no sentido de não ter sido violado o princípio da proteção da confiança. O TC afirma-o expressamente a propósito da suspensão do subsídio de férias: *embora se reconheça, em relação à suspensão do subsídio de férias, que possa ter ocorrido um acréscimo de expectativas decorrente da circunstância de o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 353/2012, ter julgado inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, não se afigura que a adopção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspectiva da tutela da confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial. Com efeito, a suspensão do subsídio de férias – que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal – integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de caráter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, o que*

manifestamente configura a prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo (PINHEIRO, 2014, p. 182-183).

Quanto à contribuição extraordinária de solidariedade, Jorge Miranda (2014, p. 1) afirma que o Tribunal Constitucional, ao examiná-la, entendeu que tais normas não eram inconstitucionais, pois que:

[...] a sujeição dos pensionistas a uma contribuição para o financiamento do sistema de segurança social, de modo a diminuir a necessidade de afetação de verbas públicas, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental (que incluíam também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas), se apoiar numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabia ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador.

Afirma Miranda (2014, p. 1) que para o Tribunal essa medida era adequada e correspondia à “extensão da medida de redução salarial já aplicada aos trabalhadores do setor público em 2011 e 2012, e fora mantida em 2013, a qual no acórdão n.º 396/2011 também se havia considerado não ser desproporcionada ou excessiva.” Todavia, o jurista considera que esses argumentos não são convincentes, concordando com os votos dos Conselheiros vencidos, citando particularmente o Conselheiro Pedro Machete, que entendeu haver quebra de conexão entre a contribuição e o benefício; o Conselheiro Cunha Barbosa, que examinou a imprevisibilidade e a irracionalidade da medida; a Conselheira Catarina Sarmiento e Castro, que considerou a medida um imposto de classe, já que recaía sobre uma espécie de contribuintes; a Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, que entendeu haver violação do direito à segurança econômica dos idosos; e o Conselheiro Fernando Vaz Ventura, que interpretou haver violação do princípio da igualdade.

Miranda (2014, p. 1) reflete sobre reconhecimento, pelo o próprio Tribunal, de que os reformados e aposentados tinham expectativas legítimas da manutenção da posição jurídica de que eram titulares, não lhes sendo exigível que tivessem planos de vida alternativos diante da possibilidade dos Poderes Públicos agirem de forma a repercutir na sua esfera jurídica. O autor entende ter sido violado o princípio da proteção da confiança e considera que o Tribunal não realizou a devida ponderação. Sustenta que se poderia ter adotado como medida alternativa uma ‘contribuição solidária de mobilidade’, o que incidiria sobre um maior número de pessoas, pois abrangeria todas as pessoas que têm automóvel, por exemplo.

Pinheiro (2014, p. 186), examinando as decisões do Tribunal Constitucional no período de 2011 a 2013, conclui que “a parametricidade da Constituição em tempos de crise”

denota a conclusão de que na interpretação do Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade não depende apenas do “texto”, mas, sim, do “contexto”. Salienta que o que seria considerado inconstitucional em “tempos de normalidade constitucional”, não o seria em “tempos de memorandos e programas de assistência”, dependendo fundamentalmente da jurisprudência constitucional.

Com efeito, nesse período de crise, o Tribunal Constitucional relativizou direitos sociais e princípios constitucionais consagrados e continuamente afirmados pelo próprio Tribunal, e em nome do interesse público criou uma “jurisprudência de crise”, sustentando que essa relativização seria adequada diante de um interesse público prevalente e de uma situação de anormalidade constitucional. Contudo, resta questionar se essa jurisprudência encontra-se conforme a Constituição portuguesa? Existe um direito de crise?

Esse assunto é abordado por Maria Benedita Urbano (2013, p. 7), quando questiona se a existência de uma grave crise econômico-financeira justifica um “controle de constitucionalidade ‘diferente do habitual’.” Segundo ela, o texto da Constituição portuguesa não prevê um estado de crise econômico-financeira nos moldes do estado de sítio e do estado de emergência. Em que pese essa previsão fosse benéfica, já que obrigaria a reflexão sobre a real situação do país no aspecto econômico e financeiro, sendo que somente poderia ser declarado o “estado de crise” se este se justificasse de forma objetiva. Igualmente, se mostraria vantajosa essa previsão para se “garantir a eficiência das medidas de crise” e “a supremacia da Constituição” (URBANO, 2013, p. 9).

Urbano (2013, p. 10-13) também reflete quanto às dificuldades de se estabelecerem condições de aplicação dessa figura e o perigo de se normalizar ou banalizar a sua utilização. Aduz não ser possível aplicá-la analogicamente ao reconhecido estado de exceção, pois nem mesmo a Constituição portuguesa abriu as portas para sua utilização por qualquer dos Poderes, apesar de não estar afastada a possibilidade de criá-la constitucionalmente. Ao referir que o Direito da crise não é uma ficção jurídica, Urbano (2013, p. 13) evoca o exemplo de países como os Estados Unidos, Inglaterra e França, os quais já se confrontaram com a necessidade de criá-lo. Tais exemplos demonstram que os graves problemas econômico-financeiros, por vezes, surgem autonomamente, dissociados das crises políticas, como no caso de conflitos armados, e que podem causar dano à ordem constitucional tal qual as referidas crises políticas ou de origem natural.

Segundo a autora, se é censurável restringir direitos fundamentais por meio de medidas legislativas e o problema se agrava quando essas medidas são adotadas por simples atos do Poder Executivo, diante da clara violação aos princípios da proporcionalidade e da

segurança jurídica, sem contar que se estaria a desrespeitar o princípio da separação dos Poderes, pedra basilar do Estado Democrático de Direito. No caso de uma crise econômico-financeira se tem o confronto entre governabilidade e legalidade ou juridicidade, ou o confronto entre eficiência econômica e segurança jurídica, igualdade e solidariedade. Sendo que as teorias que justificam a adoção de medidas excepcionais podem ser divididas em dois grandes grupos: as teorias jurídicas e as teorias políticas, as quais o fato de admitirem ruptura, suspensão ou descontinuidade dos direitos, mesmo de origem constitucional, em nome da sobrevivência do Estado (URBANO, 2013, p. 16-19).

A par de tudo o que foi dito, Urbano (2013, p. 20-21) refere que seria possível encontrar fundamentos constitucionais convincentes para um “direito de crise”, ainda que não seja possível utilizar analogicamente as figuras do estado de sítio e de emergência, mas valendo-se de “ideias-chave que lhe subjazem”. Todavia, mesmo em situação de crise e diante de sua justificação, a autora afirma que não está autorizado a se dispensar o controle do direito de combate à crise, de se avaliar a sua constitucionalidade, “seja ele fundado ou não num estado de exceção e necessidade, e seja este último oficial ou oficioso”. Em que pese essa circunstância autorizar,

[...] uma actuação diferente dos juízes constitucionais, quando confrontados com a obrigação de controlar medidas de combate à crise, no contexto de uma situação anormal e extrema, gravemente perturbadora da estabilidade do Estado, provocada por factores económico e financeiros. Sucede que não é nada fácil delinear com precisão o modo como eles devem actuar em tempos de comprovada crise económico-financeira (URBANO, 2013, p. 21-22).

Dessa forma, Urbano (2013, p. 23-25) considera possível a atuação diferenciada dos juízes constitucionais, tendo eles a função de “acomodar a constituição às situações de crise e emergência”, conciliando as necessidades fáticas com a observância da legalidade. Porém, ressalta que “o Tribunal Constitucional não é um órgão político”, razão pela qual “não deve se envolver em disputas políticas”, sendo imperioso que faça “uma leitura política das normas”, encontrando para esse juízo “um fundamento jurídico-constitucional sólido, consistente e irrepreensível”.

A autora ainda afirma que para se fazer esse juízo de constitucionalidade que deve incidir sobre as medidas anti-crise requer o exame de dois problemas: um deles é a legitimidade da invocação de uma grave crise econômico-financeira e o outro é verificar as condições que legitimam a adoção de poderes emergenciais. Quanto ao segundo problema, destaca as posições que sustentam que o juízo sobre a verificação das condições excepcionais não compete aos juízes constitucionais, já que se trata de questão puramente política. Todavia,

acredita caber este controle prévio aos juízes constitucionais, mas salienta que “este é um controlo nada simples de actuar” (URBANO, 2013, p. 25-27).

Por fim, Urbano (2013, p. 28) aduz que:

A apreciação que os juízes constitucionais deverão fazer sobre a conformidade com a constituição das medidas legislativas que lhe vão sendo submetidas depende da natureza dessas mesmas medidas. Se elas se apresentarem como medidas de combate à crise, inseríveis num direito de crise, de necessidade ou emergencial, os juízes constitucionais deverão adaptar o controlo que fazem ao contexto político-económico-financeiro que as motivou. Se, pelo contrário, as medidas escaparem àquilo que pode ser considerado um direito de crise (por exemplo, foi determinado um corte permanente de uma prestação social, de um salário), então, os juízes constitucionais deverão apreciá-las de acordo com os padrões típicos dos estados de normalidade constitucional. Para isto, é necessário ter em mente quais são as características habituais de um direito de crise. De forma sintética, diríamos que são três: 1) a adequação das medidas ao objectivo de combate à crise, sendo certo que o juízo a realizar a propósito desta exigência deve ser feito com justa conta e medida, sob pena de descambar para a avaliação política; basicamente, deverão ser consideradas inconstitucionais as medidas manifestamente ou ostensivamente desadequadas; 2) o carácter temporário ou provisório das medidas anti-crise; 3) a conveniente fundamentação das medidas anti-crise.

A autora conclui afirmando que os juízes constitucionais devem estar atentos porque “a legislação de crise é necessariamente provisória e não deve servir para alterar a constituição”, nem mesmo “lhes cabe legalizar a política e muito menos constitucionalizá-la” (URBANO, 2013, p. 28). Sendo assim, mesmo que se admita a existência de uma crise e de um Direito de crise, importa fazer um juízo de ponderação para averiguar a adequação das medidas adotadas, sem esquecer a temporariedade dessas medidas e sua fundamentação.

No Brasil, do mesmo modo que ocorre em Portugal, não há previsão constitucional de um “estado de crise”.

Alguns autores, como já se observou, entendem que para se relativizar direitos fundamentais se deve justificar essa necessidade em um bem jurídico de importância preponderante. Todavia, Gina Pompeu e Camila Pimenta (2017, p. 225) ponderam que em uma situação de crise, direitos prestacionais devem ser relativizados, pois que “a concretização dos direitos sociais não pode significar a erosão dos recursos públicos”.

Dessa forma, embora haja posições que admitam a relativização de direitos fundamentais em uma situação de crise, e ainda que se admita a existência de uma crise e de um Direito de crise, importa velar para que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja violado, fazendo-se um juízo de ponderação para averiguar a adequação das medidas de austeridade adotadas, sem esquecer a temporariedade dessas medidas e sua fundamentação.

3.4 A situação atual política, econômica e jurídica de Portugal.

Após a crise que levou Portugal a recorrer ao financiamento fornecido pela *Troika* e a adotar medidas de austeridade como condição para receber esses aportes, Portugal tem demonstrado superação da crise, pelo menos de acordo com os jornais e os meios de comunicação.

A mídia noticia que Portugal teve um forte crescimento no terceiro trimestre de 2016, assim como esse resultado foi confirmado nos últimos três meses daquele ano, aumentaram as expectativas de que a economia portuguesa retomasse um ritmo de atividade mais alto e sustentável. Todavia, os economistas afirmam que, para que a economia se torne sustentável, é necessário um crescimento do investimento (PINTO; ANÍBAL, 2017).

Segundo Luísa Pinto e Sérgio Aníbal (2017), entre 2011 e 2013, época da adoção de medidas de austeridade já referidas neste estudo, em Portugal, a queda do investimento acentuou-se, seguindo-se “uma ligeira subida em 2014 e na primeira metade de 2015, compensada imediatamente por ligeira quebra entre meados de 2015 e o terceiro trimestre de 2016”. Afirmam que, à época da publicação do artigo, ou seja, 01 de março de 2017, o investimento em Portugal, em termos nominais, estaria 35% abaixo do registrado em 2008, quando do início da crise econômica e 10% abaixo do registrado em 1995.

Os jornalistas consideram que as razões para esse quadro seriam o resultado de uma combinação de fatores, tais como:

[...] o elevado nível de endividamento das empresas, que limita o investimento empresarial, e das famílias, que dificulta a compra de habitações, as restrições orçamentais do Estado, que colocam o investimento público a um nível baixo, as fragilidades da banca que tornam a concessão de crédito mais rara e a incerteza em relação à evolução da economia, que afasta potenciais investidores estrangeiros (PINTO; ANÍBAL, 2017, p. 10).

Contudo, a matéria afirma que há uma esperança entre os governantes, havendo notícia de que, em Portugal, entre outubro e dezembro de 2016, houve recuperação do investimento, contribuindo para o crescimento do PIB e a aceleração da economia (dados do Instituto Nacional de Estatística), especialmente em decorrência da evolução do setor da construção, que tem gerado, também, aumento dos postos de trabalho (PINTO; ANÍBAL, 2017, p. 10).

Na mesma linha do noticiado por Pinto e Aníbal, a revista *Mercados e Estratégias* observa que “durante o primeiro trimestre de 2017, segundo dados do Instituto Nacional de Estatística de Portugal (INE), o PIB português cresceu 2,8% em comparação com o mesmo período no ano anterior” e os responsáveis por esse crescimento foram as exportações e os

investimentos no país. De acordo com a revista, este foi “o melhor desempenho econômico de Portugal desde 2007.” (ECONOMIA..., 2017).

A mesma matéria anuncia que, na data da publicação, o PIB português apresentava um crescimento moderado, indicador que havia caído entre os anos de 2011 e 2013, justamente o período em que a crise portuguesa era aguda e haviam sido adotadas as políticas de austeridade pelo governo. Ainda veicula que “a economia voltou a crescer no ano seguinte, registrando uma evolução de 0,9% em 2014, 1,6% em 2015 e 1,4% em 2016. Segundo estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), o PIB deverá subir 1,7% em 2017 e 1,5% em 2018”. Segundo o Instituto Nacional de Estatística português, no primeiro trimestre de 2017, o PIB de Portugal teve aumento real de 2,8% em comparação com o mesmo período do ano anterior (ECONOMIA..., 2017).

Outra notícia, publicada no site G1, em 08 de abril de 2017, tinha como manchete: “Portugal está superando a crise econômica sem recorrer a fórmulas de austeridade, diz 'Economist'”. Descrevia que o governo português apostava no mercado interno, aumentando salários e aposentadorias e, ainda assim, conseguia reduzir o déficit orçamentário. A reportagem refere que enquanto a Grécia se socorria da União Europeia e do FMI para evitar um colapso financeiro absoluto, seguindo à risca “a cartilha da austeridade econômica”, o que para o FMI ainda não era o suficiente, Portugal, que também vivia uma situação difícil, decidiu ir por um caminho distinto, e por intermédio do primeiro-ministro António Costa, do Partido Socialista, que assumiu o poder em novembro de 2015, conseguiu reduzir o déficit fiscal ao mesmo tempo em que aumentou os salários e aposentadorias (PORTUGAL..., 2017).

O site ainda noticiava que segundo a revista britânica *The Economist*, Portugal obteve redução de “seu déficit orçamentário à metade em 2016, chegando a 2,1% do Produto Interno Bruto (PIB)”, sendo considerado “o melhor resultado registrado desde a transição para a democracia, em 1974”. Salientava que Portugal teria atingido “pela primeira vez a meta estabelecida para as nações da chamada zona do euro e conseguiu restabelecer salários, aposentadorias e horas trabalhadas aos níveis anteriores à crise econômica de 2008”, referia também que a economia portuguesa crescia a três anos seguidos (PORTUGAL..., 2017).

Sobre o governo de Costa, a reportagem diz que ele

[...] parece comprovar o que muitos economistas heterodoxos defendiam como resposta à crise global: mais que austeridade aguda, os países europeus precisam de medidas que elevem a demanda interna para impulsionar o crescimento. Ou seja, se o governo gastar mais, é possível reativar a economia, aumentar as receitas e, eventualmente, reduzir o déficit orçamentário (PORTUGAL..., 2017).

Quanto às políticas de austeridade, a reportagem refere que em 2014, após receber auxílio da *Troika*, o crescimento do PIB português era negativo e o desemprego chegava a 15%. Mas Costa conseguiu alcançar o poder “com a promessa de acabar com a austeridade a qualquer custo” e, em menos de dois anos no governo, o cenário tornou-se otimista, sendo que “o Banco Central português estima, para 2019, redução da taxa de desemprego para 7%, enquanto as exportações devem crescer em 6%.”. Todavia, de acordo com a reportagem e a revista *The Economist*, muitos ainda “vão olhar com desconfiança para os resultados econômicos de Portugal até que Costa consiga repetir o sucesso registrado no ano passado”. Ainda assim, a matéria diz que “é notório o contraste entre a melhoria das condições econômicas em Portugal e a deterioração registrada em outros países europeus.” (PORTUGAL..., 2017).

O Banco de Portugal projeta a recuperação da economia portuguesa para os anos de 2017 a 2019, apresentando ritmo de crescimento alinhado à zona do euro. Diz que após um aumento de 1,4% do PIB em 2016, esse mesmo PIB deverá crescer 1,8% em 2017, 1,7% em 2018 e 1,6% em 2019 (BANCO DE PORTUGAL, 2017, p. 1).

Observa-se que não se supera crise econômica com austeridade, pois reduzindo o emprego, diminuindo salários, deixando de pagar os vencimentos daqueles que percebem renda através de verbas públicas, aumentando impostos, dentre outras medidas trágicas, não haverá crescimento econômico, já que a economia não irá “girar”. A arrecadação do Estado diminui e esse Estado caminha para a derrocada. Portugal, de certa forma, demonstrou que a teoria keynesiana está coberta de razão, de modo que a reportagem veiculada no site G1 chegou a afirmar que “a solução keynesiana - referência às teorias do economista inglês John Maynard Keynes defendendo a intervenção do Estado para impulsionar a economia - pelos portugueses está funcionando para gerar crescimento.” (PORTUGAL..., 2017).

O professor António José Avelãs Nunes (2011, p. 66-67) explica que Keynes, em sua *General Theory*, identifica dois vícios marcantes das economias capitalistas: o desemprego involuntário e a arbitrária repartição da riqueza e do rendimento, de maneira que Keynes defende a correção desses vícios pelo Estado. Refere que Keynes defendia a “intervenção do estado na busca de mais justiça social, de maior igualdade entre as pessoas, os grupos e as classes sociais.”, de maneira a “conciliar o progresso social e a eficácia econômica”, o que não é apenas possível, como necessário para que se possam preservar as regras democráticas.

Essa necessidade foi respondida pela criação do Estado-Providência, que deve intervir sistematicamente “na economia, na redistribuição da riqueza e do rendimento, na regulação das relações sociais, no reconhecimento de direitos econômicos e sociais dos trabalhadores, na

implantação de sistemas públicos de segurança social.” (NUNES, 2011, p. 67).

De acordo com Nunes (2011, p. 67), os alicerces keynesianos do Estado do Bem-Estar Social são essencialmente “de natureza económica, ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo e motivadas pelo objetivo de salvar o próprio capitalismo”. Como exemplos da “‘integração’ das políticas keynesianas na lógica do capitalismo”, o autor inclui aquelas que se exprimem no financiamento público dos consumos sociais, consideradas “despesas necessárias ao conveniente desenvolvimento das forças produtivas sociais: despesas com educação, saúde e segurança social, habitação, etc.”, e as enquadradas como “políticas de redistribuição do rendimento.” (NUNES, 2011, p. 68).

Ainda que essas despesas cobertas pela arrecadação de impostos tragam proveito às camadas mais baixas da sociedade, elas acabam também por beneficiar os donos de empresas, pois a classe trabalhadora mais pobre acaba por satisfazer as “exigências históricas da sua subsistência”, e o fato desses serviços serem gratuitos terminam por tornar livre “um montante equivalente de rendimentos” que pode ser utilizado na compra de bens para as empresas produzirem e venderem no mercado, aumentando, em suma, “o poder de compra das populações e, conseqüentemente, o volume de vendas e os lucros globais das empresas.” (NUNES, 2011, p. 68).

Além disso, segundo Avelãs Nunes (2011, p. 69), essas despesas estatais “realizadas no âmbito das políticas de redistribuição de rendimento” trazem proveito aos proprietários dos meios de produção, já que significam verdadeiro “investimento em homens (investimento em capital humano)”, o que propicia trabalhadores “mais sãos, mais fortes, mais cultos, mais sabedores, numa palavra mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, de dar maior rendimentos aos empregadores”, despesas que para ele são rentáveis.

Austeridade gera estagnação, de forma que é contrária ao desenvolvimento econômico. Assim como em Portugal, o Brasil está seguindo caminho semelhante, mas não se pode esquecer que políticas de austeridade servem apenas e tão somente para atender o grande capital, a banca privada, os mercados, numa ideologia flagrantemente neoliberal, contrária à intervenção estatal. Cortes nos orçamentos da saúde e da educação atrasam o desenvolvimento social e representam verdadeiro retrocesso.

No sentido que se defende aqui, Luís Capucha (2016, p. 94) afirma que “de forma contrária ao que propalam os neoliberais, foram os países com Estado Social mais generoso e desenvolvido que menos foram afetados economicamente pela crise na Europa”. Para ele, não se pode “culpar” a crise global de 2007/2008 pela situação preocupante vivida também por esses países, devendo-se, antes, sopesar a culpa das “políticas de austeridade destinadas a

assegurar os interesses financeiros alemães na Europa do euro”. Refere que as ameaças de recessão da economia alemã e da Europa, antes de ser resultado da crise, são consequência “do processo de construção europeia e do seu incompleto edifício institucional”, especialmente diante da existência de uma moeda única.

O autor prossegue salientando que naqueles países onde o Estado Social é mais desenvolvido observam-se menores níveis de desigualdade e de pobreza, maiores níveis de emprego e menores índices de desemprego. Os países do sul da Europa, mormente em Portugal, “têm vindo a aproximar-se dos seus parceiros, num processo de convergência interrompido pela crise e pelos programas de austeridade que lhe seguiram.” (CAPUCHA, 2016, p. 106).

Quando Portugal iniciou a construir o seu Estado Social, o mundo se encontrava a encerrar o ciclo de redução das desigualdades sociais decorrentes da Segunda Guerra Mundial e já iniciava o seu percurso rumo a ideias neoliberais, que passaram a ser dominantes na agenda política mundial (CAPUCHA, 2016, p. 117).

Portugal chegou à democracia e estabeleceu os objetivos do bem-estar social quando a Europa terminou o ciclo dos “30 gloriosos” anos e já estava iniciando “um período de crescimento anêmico e de ‘dualização’ do Estado Social”. O Estado português passou por uma Revolução (de Abril de 1974) buscando pôr fim à ditadura e à guerra colonial, nessa época era “um país subdesenvolvido, com sistemas públicos de educação, saúde e proteção social rudimentares, com uma pobreza extensa, com um Estado autoritário, mas reduzido às funções básicas”. Somente em 1976, com as primeiras eleições livres, “tornou-se claro o apoio esmagador da população ao programa alternativo”, de modo que a escolha pelo regime democrático e da liberdade tinha se tornado inequívoca e optava-se “por uma economia de mercado mais desenvolvida e por um estado social capaz de assegurar a distribuição mais justa das oportunidades e dos recursos.” (CAPUCHA, 2016, p. 92).

Capucha (2016, p. 91-92) salienta que a esse “curto período que se seguiu a 25 de Abril ficaram, porém, as medidas precursoras da construção do Estado-providência”, como o salário mínimo nacional e a pensão social, ambas de caráter universal. Com a adesão de Portugal à comunidade europeia constituiu-se um desígnio nacional, quando foram lançadas as bases das políticas sociais ainda em vigor, como a Lei de Bases da Saúde, da Segurança Social e da Educação, havendo uma convergência com a Europa até a execução dos programas de austeridade.

Como se pode perceber, o mesmo ocorreu com o Brasil, que iniciou o seu ciclo, ainda não concluído, do Estado de Bem-Estar Social somente nos anos 80, quando as ideias

neoliberais já se encontravam em evidência. O Estado Social brasileiro começa praticamente morto, pois sequer teve sua perfeita concretização e já está sofrendo ataques de uma política neoliberal.

Quanto às semelhanças entre Portugal e Brasil, Fábio Correa Souza de Oliveira (2010, p. 161) refere que a história do Direito em ambos os países possui uma estreita relação, e não somente no que diz respeito ao constitucionalismo, havendo uma interligação jurídica muito próxima entre os dois países.

Oliveira (2010, p. 177-183) aduz que é a partir de março de 1975 que teve início, em Portugal, um “conjunto de medidas de índole socializante.” Sendo que “[...] em 08 de julho foi lançado o documento Aliança Povo – MFA: para a construção de uma sociedade socialista em Portugal”, sendo vitoriosa a Revolução que se iniciou em 1974 nos seus propósitos, quais sejam: o término da guerra colonial, a democratização, a revisão da plataforma econômica, a realização de uma Assembleia Constituinte, restando então promulgada a Constituição portuguesa, em 25 de abril de 1976. Constituição essa que definiu “uma identidade ideológica comprometida com a implantação do socialismo [...] em um país não pertencente ao bloco social-comunista [...] fortemente dirigente”.

No Brasil, ao contrário do que ocorreu em Portugal, não houve uma revolução que pôs fim à ditadura militar. “Não houve uma ruptura institucional, mas uma transição negociada”, não havendo uma data emblemática ou um episódio dramático de insurreição popular, colocando abaixo o sistema político vigente, característica fundamental para se compreender as diferenças entre a Constituição brasileira e a portuguesa (OLIVEIRA, 2010, p. 197).

Em 22 de setembro de 1988, foi aprovado o texto Constitucional brasileiro, e a Constituição Federal entrou em vigor em 03 de outubro daquele ano. A “excelência da Constituição de 1988 é o seu catálogo de direitos fundamentais. Neste ineditismo em relação às cartas passadas é o destaque angariado pelos direitos sociais” (OLIVEIRA, 2010, p. 208). A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, possui um caráter nitidamente dirigente e trouxe uma novidade em relação às demais Constituições brasileiras, qual seja, a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º., § 1º), de modo que esse dispositivo ostenta duas funções, conforme enfatiza Oliveira (2010, p. 210-211):

[...] reconhece algum tipo de eficácia jurídica a todos os direitos fundamentais, ainda que seja uma eficácia mínima e inacabada; 2) impõe aos órgãos estatais (três Poderes) o dever de maximizar a aplicabilidade imediata destes direitos, o que importa adotar as providências necessárias para concretizar ou otimizar a sua eficácia.

Diante das semelhanças entre ambos os sistemas constitucionais e históricos de

Brasil e Portugal é que se revela importante este estudo comparativo. Cabe agora retornar ao exame da situação atual de Portugal, depois das medidas de austeridade.

Capucha (2016, p. 118) enfatiza que diante dos abrandamentos que se observam em relação às políticas educacionais, ou de luta contra a pobreza, de saúde e proteção social, adotados por governos de direita ou de centro-direita, gerou-se uma “dissonância cognitiva”, pois que de um lado “a Europa continua a ser o guia orientador, mas tanto aponta para padrões de qualidade mais elevados, como aparece associado a imposições de retração nos direitos, nas políticas e nas funções sociais do Estado”. Segundo o autor, essa dissonância, que iniciou antes de 2011, se agravou a partir do momento em que um governo favorável à implantação de políticas de austeridade assumiu o poder em Portugal, “administrando o dobro do ‘veneno da restrição’ receitada pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu, pelo FMI e pela Alemanha ao nosso país” (CAPUCHA, 2016, p. 118). Ainda afirma que apesar de ser cedo para avaliar os impactos dessa política, pode-se dizer que:

[...] nada aponta que a austeridade tenha resolvido o problema que era suposto resolver – a redução do déficit orçamental do Estado e da dívida pública – enquanto os sinais de que gerou grandes desequilíbrios em todos os restantes sectores da sociedade e da economia portuguesa se começam a acumular, apesar de um novo governo ter sido formado em finais de 2015, trazendo consigo um programa de luta contra a austeridade que, porém ainda não teve tempo para demonstrar capacidade de resistência às pressões das instituições europeias, nem de inverter, de forma decisiva, o contexto socialmente depressivo que se vive no país (CAPUCHA, 2016, p. 118).

Além disso, o autor enfatiza que o Estado do Bem-Estar Social ou a regulação dos mercados (especialmente o mercado de trabalho e o mercado financeiro) não foram os responsáveis pela crise, mas sim a sua ausência e seu enfraquecimento. Diz que provavelmente os motivos que levaram à crise de 2007/2008 foram justamente a falta de equilíbrio na distribuição dos rendimentos entre trabalho e capital, o que teria sido compensado pelo financiamento do consumo através do crédito bancário, conjuntamente com outras “operações especulativas do sistema financeiro, que deram força à economia de cassino.” (CAPUCHA, 2016, p. 119).

O autor refere que com a *Troika* ficaram descobertas algumas fragilidades do Estado Social português, mormente a debilidade das forças sociais, o que restou demonstrado pela facilidade com que foram sendo implementadas as medidas de austeridade, sem que a população tivesse reagido, inclusive demonstrando que acreditou na “tese falsa de que a culpa da crise foi realmente a ‘vida acima das possibilidades’ e o excesso de gastos do Estado”. Contudo, o discurso demagógico do “Estado-despesista” e não suportável economicamente

terminou por convencer uma boa parte da população, evitando-se, com isso, protestos (CAPUCHA, 2016, p. 120).

O mesmo parece estar ocorrendo no Brasil. Os discursos de que o Estado não suporta mais as despesas com o bem-estar social parecem estar convencendo a população, que acredita na crise econômica estatal, ficando passiva diante das reformas que se avizinham.

Capucha (2016, p. 120), com muita propriedade, aduz não haver uma relação direta e clara entre a crise e políticas de austeridade, sendo que na Europa a resposta à crise teve três fases:

[...] uma primeira de reforço dos chamados “estabilizadores automáticos”, de forma a minimizar os impactos sociais negativos da crise; uma segunda de apoio ao sistema financeiro, de modo a limitar os estragos econômicos da crise; uma terceira, resultante das despesas públicas decorrentes, por sua vez, das duas primeiras fases, de implementação de programas de austeridade que visavam oficialmente salvar a moeda única e sanear as contas públicas, mas que na verdade, apenas asfixiou a economia, criou recessão e gerou uma enorme onda de desemprego.

Com efeito, o autor afirma que o principal objetivo das medidas de combate à crise foi o apoio ao sistema financeiro, à custa da deterioração das políticas sociais, do emprego e das condições para o crescimento econômico. Ele conclui que essa política que tem por objetivo somente cortar as funções do Estado e reduzir custos do trabalho, certamente se tornará um empecilho para a modernização da economia e o aumento da produtividade, degradando as condições sociais da classe trabalhadora e dos menos favorecidos. No seu entendimento, políticas sociais são investimentos “no capital humano e um ativo essencial para superar a crise, realçar o crescimento, assegurar o bem-estar dos cidadãos e garantir a estabilidade política e social [...]” (CAPUCHA, 2016, p. 121).

José Silva Peneda (2015, p.577-78), por sua vez, chama a atenção para o fato de que ao contrário do que sustentam os representantes da *Troika*, o Programa de Ajustamento adotado em Portugal, mesmo tendo imposto diversas medidas de austeridade com a finalidade de equilibrar as contas públicas, não foi um caso de sucesso. Embora a *Troika* fundamente o sucesso do Programa com “algum crescimento verificado na economia nos últimos trimestres, na baixa da taxa de juro a pagar aos mercados financeiros e na ligeira redução da taxa de desemprego”, o autor contrapõe-se a essa ideia afirmando haver um “vício de raciocínio”, já que concluir que o Programa de Ajustamento foi responsável pela evolução daqueles indicadores, mesmo sem sua estabilização, é, no mínimo, muito discutível. Refere que o critério mais acertado para se avaliar o sucesso de um determinado programa é cotejar o que foi projetado com aquilo que foi alcançado. Entretanto, os resultados obtidos não alcançaram as metas previstas inicialmente, sendo que, no tocante ao crescimento econômico, a meta

fixada para 2014 era de um crescimento do PIB de 2,5%, ao passo que o alcançado foi 1,2%, uma diferença mais que duplicada.

Já no que diz respeito à taxa de desemprego, para 2013, o FMI estimava uma taxa de 13,5%. No entanto, essa projeção foi sendo ajustada para cima e “deve situar-se, em 2014, na casa dos 16%”. Em relação ao déficit público, em 2014 o objetivo era de 2,3%, mas o obtido foi praticamente o dobro, ou seja, 4%. E no que concerne à dívida pública, “o FMI previa que Portugal andasse pelos 114%. Mas isto são estimativas de abril de 2012, porque um ano mais tarde, o FMI já achava que esse valor fosse chegar aos 124%” e, em outubro de 2013, essa taxa chegou a 125,3% (PENEDA, 2015, p. 578).

Na concepção do autor, a *Troika* sempre acreditou que em Portugal o problema era as finanças públicas e que seria suficiente uma política de austeridade, travando o “despesismo excessivo”, mas isto simplesmente não aconteceu, de modo que o efeito da austeridade foi “em grande parte anulado por uma contração da economia superior ao previsto, dado o significativo peso que, no caso português, a procura interna tem no crescimento da economia e no emprego”. Segundo o autor, outra ideia equivocada da *Troika* era a aposta na baixa dos custos do trabalho, sem valorizar “a importância do investimento na qualificação e na elevação das competências dos portugueses como fator estratégico de competitividade.” (PENEDA, 2015, p. 578-579).

Assim é que diante da queda da atividade econômica entre 2009 e 2013, ocorreu uma rápida elevação das taxas de desemprego e uma grande diminuição do rendimento familiar, fragilizando a economia, aumentando a pobreza e a desigualdade social, desestruturando a sociedade portuguesa, de maneira que esse Programa realmente não pode ser considerado de sucesso (PENEDA, 2015, p. 579-580). Ao que parece, esse Programa de austeridade não resolveu os problemas do país, mas apenas o tornou mais agudo, gerando maior desigualdade, pobreza e desestrutura social.

Então, de acordo com o que concluíram diversos autores portugueses que analisaram as políticas sociais adotadas em Portugal durante o Programa de austeridade, verifica-se que é urgente “(re) conciliar a solidariedade e a integração econômica, isto é, a lógica do bem-estar nacional e a lógica da integração supranacional.” (ALBUQUERQUE; LUZ, 2016, p. 210).

Assim,

[...] conferir prioridades às políticas sociais, numa ótica de investimento no capital humano (ancorada na “capacitação das pessoas e das instituições), pode reverter-se num ‘ativo essencial para superar a crise, relançar o crescimento, assegurar o bem-estar dos cidadãos e garantir estabilidade política e social’, à semelhança do que

ocorre em países com políticas sociais mais solidas, mas também mais ativas e desenvolvidas (ALBUQUERQUE; LUZ, 2016, p. 210).

Esses, pois, devem ser os desafios de um governo preocupado com o crescimento econômico e o bem-estar de sua população, desvinculado da ideologia momentânea dominante, priorizando a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, assim como o cumprimento da Constituição.

4 FINANCIAMENTO DA SAÚDE E RETROCESSO SOCIAL: ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016

Os direitos fundamentais sociais dependentes de prestações positivas por parte do Estado (MENDES; BRANCO, 2013, p.159) estão sujeitos à escassez de recursos (AMARAL, 2010, p. 95). No Brasil, a saúde pública, enquanto direito fundamental social, enfrenta esse problema, sendo que há muito tempo, conforme adiante se examinará, o Sistema de Saúde vem sofrendo com o subfinanciamento, ou seja, com o financiamento insuficiente do setor (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016, p. 211).

De igual modo, segundo Freitas e Mendes (2016, p. 1), o próprio Estado brasileiro enfrenta uma grave crise econômica e financeira, que teve início em meados de 2014 e, se nada for feito, corre “o risco de quebrar”. Conforme observa Novais (2010, p. 12; 2006, p. 189), essa crise apresenta contornos mundiais, representando um momento de declínio do próprio Estado Social (*Welfare State*). Crise que, conforme Streck e Morais (2001, p. 128-129), traz à tona o projeto neoliberal, que “busca na insuficiência do *État-Providence* um retorno a um modelo reduzido de ordem estatal”.

Em tempos de crise econômico-financeira, direitos fundamentais prestacionais por vezes são relativizados, como ocorreu em Portugal e está ocorrendo no Brasil.

Diante de tal realidade brasileira, com o objetivo de equilibrar as contas públicas e reduzir gastos, em 15 de junho de 2016, o Poder Executivo federal enviou ao Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional conhecido como a “PEC dos Gastos Públicos”²². Tal Projeto teve seu texto aprovado e entrou em vigor em 15 de dezembro de 2016, dando origem à Emenda Constitucional (EC) nº. 95/2016, a qual altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir um Novo Regime Fiscal a ser adotado pelo Brasil. Dentre outros assuntos, a referida Emenda Constitucional estabelece um novo regime para as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde.

O texto aprovado no Congresso Nacional deixa sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade, especialmente no que diz respeito ao congelamento, por 20 anos, de gastos em ações e serviços de saúde; além de estabelecer a desvinculação de receitas e despesas em relação aos gastos com a saúde, uma vez que mesmo na hipótese de crescimento econômico, os governos não terão a obrigação de alocar mais recursos para o Sistema Único de Saúde (SUS) (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 14). Em suma, as consequências dessas medidas podem configurar verdadeiro retrocesso social.

²² Na Câmara dos Deputados a PEC tramitava sob o nº. 241 e no Senado Federal sob o nº. 55.

Diante deste quadro, ao longo do período previsto, observa-se que os valores aplicados na área da saúde restarão bastante defasados, tanto que o jornal *The New York Times* publicou matéria jornalística intitulada “*The end of the world? In Brazil, it’s already here*”, de autoria de Vanessa Barbara, em 05 de janeiro de 2017, no seguinte sentido:

At least that’s what people here are saying. A constitutional amendment passed by the Senate last month is being called “the end of the world” amendment by its opponents. Why? Because the consequences of the amendment look disastrous – and long lasting. It will impose a 20-year cap on all federal spending, including education and health care.

The government justified the measure on the grounds that Brazil faces severe budget shortfalls²³ (BARBARA, 2017).

Dessa forma, neste capítulo busca-se examinar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016 e em que limites os Poderes Executivo e Legislativo estão livres para ditar tais medidas. A pretensão é examinar a constitucionalidade da medida aprovada em termos de uma prestação qualitativa factível (em conteúdo e extensão) em sede de direitos fundamentais (em específico, a saúde) e quais os parâmetros materialmente constitucionais capazes de aferir os limites de conformação da discricionariedade atuante dos Poderes Públicos, em alinhamento programático e eficaz com o programa mínimo de deveres prestacionais exigíveis do Estado.

Em um primeiro momento, faz-se uma abordagem sobre o financiamento da saúde desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, para em seguida examinar o teor da Emenda Constitucional nº. 95/2016. A partir daí examinam-se posições jurídicas e econômicas sobre o assunto e busca-se verificar se o legislador constituinte derivado, ao aprovar a medida, extrapolou sua liberdade de conformação. Por fim, examina-se eventual inconstitucionalidade presente na referida Emenda Constitucional, especialmente se ofende o princípio da proibição de retrocesso social.

Nesse contexto, busca-se analisar se a necessidade de redução de custos e equilíbrio das contas públicas justifica o sacrifício de importante direito fundamental e social como o direito à saúde, o qual está intimamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial alcançado pelo cidadão brasileiro.

²³ Tradução livre: “Pelo menos é o que as pessoas aqui estão dizendo. Uma emenda constitucional aprovada pelo Senado no mês passado está sendo chamada de “o fim do mundo” por seus opositores. Por quê? Porque as consequências da emenda parecem desastrosas - e duradouras. Ele vai impor um limite de 20 anos em todos os gastos federais, incluindo educação e cuidados de saúde. O governo justificou a medida com base no fato de que o Brasil enfrenta déficits orçamentários severos”.

4.1 Apontamentos históricos sobre o financiamento da saúde desde a reforma sanitária até a Emenda Constitucional 86/2015

Para examinar a conformidade constitucional da Emenda nº. 95/2016, conhecida como “Emenda do Teto dos Gastos Públicos”, no que diz respeito ao financiamento do Sistema de Saúde é importante que se trace uma breve consideração histórica a respeito do tema, desde a reforma sanitária ou do sistema de saúde no Brasil, inclusive após a promulgação da Magna Carta em 1988, consideradas as supervenientes emendas relacionadas ao tema, até a edição da Emenda Constitucional nº. 95/2016.

Na referida Emenda 95/2016 ficou definido que as aplicações mínimas em saúde no exercício de 2017 seriam calculadas, no caso dos valores a serem prestados pela União, com base na receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento), sendo que de 2018 até 2036 esse valor deverão ser calculado com base nas aplicações mínimas do exercício de 2017, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Dessa forma, os valores a serem aplicados sofrerão um congelamento de 20 anos, o que significa que o orçamento da saúde poderá perder o total de R\$ 1 trilhão no período de 20 anos, partindo-se do limite mínimo de 13,2% da Receita Corrente Líquida (RCL) de 2016, e o total de R\$ 743 bilhões, partindo-se do limite de 15,0% da RCL de 2016, conforme estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que a seguir serão mencionados.

Historicamente, a saúde é financiada de modo insuficiente, especialmente pela União Federal. Ainda antes da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), a tônica da questão sempre foi “a insuficiência de recursos e a irregularidade nos fluxos financeiros” (SERVO et al., 2011, p. 85), de modo que o grande problema do SUS diz respeito ao seu financiamento e gestão (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 4).

Enquanto Graziane Pinto (2015, p. 1) refere que o SUS “não tem fontes suficientes e adequadas de custeio”, Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 218-19) observam que os Municípios são os maiores contribuintes para com o sistema, pois, “em regra, aplicam patamares de gastos no setor significativamente acima do piso que lhes foi determinado”. Contudo, um dos aspectos que leva os Municípios a aplicarem patamares superiores ao que lhes é determinado constitucionalmente em ações e serviços de saúde é a judicialização das demandas de saúde, principalmente diante da jurisprudência majoritária quanto à responsabilidade solidária das três esferas de Governo, o que acaba por onerar o ente municipal, que é constantemente acionado a responder perante o autor da ação judicial.

Ricardo Cesar Rocha da Costa (2002, p. 51) enfatiza que, em meados da década de 1970, o movimento sanitarista buscava a universalização do acesso à assistência médica pela via pública, intentando retirar a área da saúde do Ministério da Previdência e Assistência Social, pois nos últimos anos do governo militar os recursos para a saúde haviam caído muito, chegando à redução de 41% nas despesas com a área entre 1978 e 1982.

O Banco Mundial, em 1987, emitiu documento que apontava políticas básicas a serem adotadas pelos países em desenvolvimento quanto a reformas a serem estruturadas na área da saúde, sendo que essas políticas a descentralização ganharam grande destaque. Assim é que, em 1987, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), sendo fechado o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) e transferidas as suas atribuições às Secretarias Estaduais de Saúde. Todavia, o SUDS restou inviabilizado e, com a promulgação da nova Constituição de 1988, foi dada sequência a essa descentralização (COSTA, 2002, p. 51-53).

Vianna (1992, p. 44) refere que em nível federal, até a promulgação da Constituição de 1988, a saúde recebia recursos do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), ocasião em que o orçamento se repartia entre benefícios previdenciários, ações de assistência social e atenção médico-hospitalar, o conhecido tripé da Seguridade Social. Essas receitas eram arrecadadas pela Previdência Social e a contribuição da União para o financiamento fiscal era simbólica. No Orçamento da União, a cargo do Ministério da Saúde, as verbas para a área da saúde concorriam com verbas da educação, justiça, transportes, defesa nacional, previdência do setor público e outras responsabilidades. Dessa forma a saúde recebia recursos da Previdência Social e do Orçamento Fiscal.

Muito já se buscou racionalizar o uso dos recursos e melhorar o desempenho do Sistema de Saúde, porém, ainda que se tenha melhorado a eficiência do SUS, permanece um déficit na oferta de serviços, principalmente no que tange ao atendimento especializado, realização de exames e diagnóstico e tratamento (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 4). Conforme observa Vianna (1992, p. 44, nota de rodapé), no que diz respeito ao custeio do Sistema de Saúde, “entre 1980 e 1986, o Tesouro teve participação relativa crescente (Tabela 2), embora nunca superior a 32,1%, caindo em 1987 para 27,1%”.

No texto originário da Constituição de 1988 (art. 194) restou estabelecido que a saúde integraria a Seguridade Social, juntamente com a Previdência e a Assistência Social, e que seria financiada com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais. Também foi estabelecido que os recursos da Seguridade Social destinados às áreas da saúde, assistência e previdência social seriam

“financiados de maneira equilibrada”, situação que, apesar da previsão constitucional, “nunca ocorreu” (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016, p. 216).

O artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previa que enquanto não aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a qual deveria definir anualmente o percentual destinado à saúde, no mínimo 30% (trinta por cento) do orçamento da Seguridade Social, excluído o seguro-desemprego, seria destinado à saúde. Para Vianna (1992, p. 46-48), a inclusão do financiamento da saúde no orçamento da Seguridade Social lhe era desfavorável, pois a saúde acabava sendo prejudicada, uma vez que o custeio do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) demandava um volume crescente de recursos que tendiam a absorver a totalidade das contribuições sociais. Além disso, as transferências da União para o orçamento da Seguridade Social eram insatisfatórias. Segundo o autor, uma conjuntura econômica recessiva, a escassez de verbas públicas resta por gerar uma disputa por recursos, colocando-se de um lado as pensões e aposentadorias, e de outro os serviços de saúde.

Dessa forma, a saúde, uma vez integrada com a Seguridade Social, concorrendo por recursos escassos junto com a Previdência e a Assistência Social, sofre uma grande desvantagem, pois uma coisa é “competir com iniciativas de prioridades duvidosas” e outra, bem diferente, “é concorrer com aposentadorias e pensões”. Ademais, estando sob responsabilidade do Ministério do Trabalho e Previdência Social, o qual concentra “inúmeros instrumentos” que permitem favorecer programas sob sua gestão, como pensões, aposentadorias, seguro desemprego e saúde do trabalhador, a Seguridade Social sofria inevitável prejuízo (VIANNA, 1992, p. 48).

Outro problema diz respeito ao que pode ou não ser financiado pelo Orçamento da Seguridade Social. Enfatiza Vianna (1992, p. 51) que tanto a Constituição Federal como a Lei nº. 8.080/90 não são explícitas, de modo que essa indefinição e ambiguidade acabaram por abrir espaços, trazendo para o Orçamento da Seguridade Social (OSS) programas que até 1988 não compunham o orçamento da saúde. Segundo o autor, o percentual de 30,6% do Orçamento da Seguridade Social, previsto pelo artigo 28, § 3º da Lei nº. 8.211/91, somente foi alcançado graças à inclusão da previsão de gastos com saneamento básico, apoio nutricional, hospitais universitários, saúde do trabalhador, saúde escolar, merenda escolar, assistência-médico odontológica de servidores públicos, construção de Centros Integrados de Atendimento à Criança (CIACs) e encargos de inativos e pensionistas do Ministério da Saúde, os quais, de maneira alguma, podem ser considerados gastos em saúde, apesar de aparentemente essas ações terem certa vinculação com a melhoria do sistema sanitário como

um todo (VIANNA, 1992, p. 49).

A solução, segundo a ótica do autor, seria garantir para a saúde um percentual mínimo do Orçamento da Seguridade Social. Contudo, mesmo diante do artigo 55 do ADCT, essa medida protecionista não foi eficaz, já que a Constituição entrou em vigor em outubro de 1988, impedindo a adoção do Orçamento da Seguridade Social a partir do ano seguinte, em 1989. Nem a primeira, nem a segunda Lei de Diretrizes Orçamentárias (Leis n^{os}. 7.800/89 e 8.074/90) mantiveram a vinculação prevista pelo artigo 55 do ADCT, sendo que o percentual mínimo destinado ao Orçamento da Seguridade Social só foi restabelecido com a edição da Lei n^o. 8.211/91, com vigência prevista para 1992 (VIANNA, 1992, p. 49-50).

Dessa forma, nos anos de 1990 e 1991 o percentual constitucional de 30% não foi cumprido e a disputa por recursos escassos entre as áreas sociais se acirrou em 1993, de modo que as contribuições previdenciárias deixaram de compor as fontes de financiamento do SUS. Assim, em 1994, o Governo criou o Fundo Social de Emergência – Desvinculação de Receitas da União (DRU) – e, em 1996, para solucionar a crise no financiamento da saúde, criou a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF). “Nos dois anos imediatamente anteriores à entrada em vigor da CPMF, o MS aplicou, em média, R\$ 39,8 bilhões na saúde (em valores constantes de 2011). Em 1997, o volume de recursos se ampliou para R\$ 43,7 bilhões (em valores constantes de 2011).” (PIOLA et al., 2013, p. 10).

Vale ressaltar que a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) realmente incrementou o financiamento da saúde, trazendo um pouco mais de estabilidade para esta área.

Aqui importa referir que entre os anos de 1990 e 1994 houve um sucateamento do Sistema Único de Saúde, o que acabou por causar a deterioração da saúde pública no Brasil, especialmente no Nordeste, tendo havido inclusive um aumento da mortalidade infantil. Ocorreu uma drástica redução dos gastos federais com a área da saúde nos anos do Governo Collor, entre 1990 e 1992, chegando as aplicações em saúde a caírem de 11,3 bilhões de dólares para 6,5 bilhões de dólares (COSTA, 2002, p. 54-55).

A tabela a seguir demonstra as variações do volume total de gastos do governo federal com a saúde no Brasil, no período de 1989 a 1993 (Tabela 1):

Tabela 1- Variações do volume total de gastos do governo federal com a saúde no Brasil, no período de 1989 a 1993

| Anos | Gasto federal (US\$ milhões) | Taxa de variação percentual anual | Gasto federal <i>per capita</i> (US\$) ³ |
|------|------------------------------|-----------------------------------|---|
| 1989 | 11 320,3 | - | 80,37 |
| 1990 | 9 451,6 | -16,5 | 65,86 |
| 1991 | 7 847,0 | -16,9 | 53,67 |
| 1992 | 6 571,2 | -16,3 | 44,11 |
| 1993 | 8 307,6 | +26,4 | 54,73 |

Fonte: Costa (2002, p. 54).

Entre 1993 e 1994, os gastos médios com saúde encontravam-se em torno de 7,5 bilhões dólares. Nesse período, em decorrência de uma política governamental que revisou o sistema de benefícios da Previdência Social, deixou de haver os repasses previstos na Lei Orçamentária daquele ano, de maneira que acabou ocorrendo a elevação dos gastos federais com saúde (COSTA, 2002, p. 55). Dessa forma, os valores aplicados neste setor, em 1993 seriam “os recursos da ordem de 15,5% do total arrecadado da contribuição de empregados e empregadores.” (SOARES, 1999, p. 253 *apud* COSTA, 2002, p. 55). Contudo, apesar da redução dos recursos federais, houve uma compensação nos gastos com a saúde em razão da alocação de verbas municipais e estaduais para a área (COSTA, 2002, p. 55).

O autor também aponta como uma das razões do sucateamento da saúde no Brasil, entre 1990-1994, o envolvimento “da rede operacional do SUS nos grandes esquemas de corrupção engendrados a partir da posse de Fernando Collor.” (COSTA, 2002, p. 55). No mesmo sentido, Elisabeth Barros (2004, p. 154-155) refere que:

A primeira metade da década de 1990 foi marcada pelo desfinanciamento setorial, com grandes oscilações no volume dos recursos destinados ao setor e com intensa irregularidade no fluxo financeiro durante a execução do orçamento. O ápice da crise ocorreu em 1993, quando Fernando Henrique Cardoso, então ministro da Fazenda, e Antônio Brito, na época ministro da Previdência Social, selaram um ‘acordo informal que permitia enfrentar o déficit previdenciário às custas do financiamento da saúde, mediante suspensão do repasse ao Ministério da Saúde – MS – dos recursos originários da contribuição sobre a folha de salários previstos no Orçamento. Naquele ano, a dotação originária desta fonte correspondia a 31% do orçamento do MS. Os gastos com saúde forma comprimidos e financiados, em larga proporção, por meio de empréstimos tomado junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cujos pagamentos oneraram excessivamente o orçamento do MS nos anos subsequentes. As consequências foram gravíssimas. O congelamento da tabela e a sub-remuneração dos serviços, no quadro de elevada inflação que marcava o período, bem como a ausência dos investimentos requeridos para a expansão da rede pública, de modo a

torná-la capaz de promover a ampliação da oferta necessária ao cumprimento dos dispositivos constitucionais, foram os mais graves efeitos. Como os recursos federais representavam, à época, mais de 60% do gasto público com saúde, a crise resultou em sucateamento da rede pública, perda de qualidade da atenção ofertada, enormes filas de espera para obtenção de consultas especializadas e cirurgias eletivas, sub-remuneração dos profissionais de saúde e ausência de insumos e medicamentos para assegurar atendimentos resolutivos.

Adilson Soares (2007, p. 1568-9), na mesma linha, afirma que a partir da metade da década de 1990, em decorrência das dificuldades econômicas que o país enfrentou em razão de ajustes estruturais decorrentes da crise da década de 1980, somado à necessária geração de superávits primários para pagamento da dívida externa, o SUS acabou sofrendo as consequências, perdendo estabilidade financeira e defrontando-se com a insuficiência no fluxo de recursos. Diante disso, houve dificuldades para mobilizar recursos do Orçamento Geral da União para o orçamento do Ministério da Saúde, gerando dificuldades para administrar o orçamento da saúde dentro de suas rubricas orçamentárias, diminuindo, inclusive, a capacidade de gestão do administrador. Para Soares (2007, p. 1568-9), diante desse contexto, torna-se importante e até mesmo crucial o conceito econômico de eficiência alocativa na utilização dos recursos. Mas, com a Emenda Constitucional nº. 29 foram equacionados parcialmente os problemas de estabilidade no fluxo e aumento do volume de recursos para o SUS.

Com o advento da Emenda Constitucional nº. 20/98 a saúde, além da assistência social, deixou de participar do rateio da seguridade social, passando “a ter fontes constitucionais específicas para a Previdência Social.” (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016). O texto da Emenda Constitucional nº. 20/1998 acrescentou o inciso XI ao artigo 167, vedando “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o artigo 195, I, ‘a’, e II para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.” Acrescentou ainda o § 10 ao artigo 195, da Constituição Federal, prevendo que:

A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (BRASIL, 1988).

No entender de Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 217), a Emenda Constitucional nº. 20/98 foi “elemento desagregador de seu sentido uno e da sua solidária organização em orçamento separando as áreas de modo crítico, deixando a saúde sem fonte específica para seu custeio”.

Segundo Piola e outros (2013, p. 13), somente a partir da Emenda Constitucional nº. 29/2000 se asseguraram fontes específicas para a saúde pública, tendo essa Emenda “definido montantes mínimos a serem aplicados pela União, Estados e Municípios em Ações e Serviços Públicos de Saúde”. Dessa forma, a Emenda Constitucional nº. 29/2000 alterou o artigo 198 da Constituição Federal, vindo estabelecer a base de cálculo para a aplicação mínima em ações e serviços públicos em saúde, enquanto o artigo 77 do ADCT estabeleceu os percentuais mínimos com os quais deveriam contribuir cada um dos entes federados.

A União, em 2000, deveria aplicar o montante empenhado no exercício de 1999, acrescido de no mínimo 5%. De 2001 a 2004, o valor mínimo seria apurado no ano anterior e corrigido pela variação nominal do PIB, regra que foi mantida pela Lei Complementar nº. 141/2012. Já os Estados e o Distrito Federal deveriam aplicar no mínimo 12% da arrecadação dos Impostos sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), Imposto de Transmissão *Causa Mortis* (ITCM), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e das transferências constitucionais feitas pela União, deduzidas as parcelas destinadas aos Municípios. Por sua vez, os Municípios deveriam aplicar 15% do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), Imposto de Transmissão Intervivos (ITBI), Imposto sobre Serviços (ISS) e das transferências constitucionais feitas pela União e Estados. Para o Distrito Federal, as aplicações ficaram definidas em 12% ou 15%, dependendo da competência do imposto (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 5).

O fim da CPMF, conforme Servo e outros (2011, p. 92), não provocou uma crise nas proporções de 1993, pois que a Emenda Constitucional nº. 29/2000 garantiu um mínimo de estabilidade ao financiamento da saúde, trazendo, a partir de 2004, aumento no aporte de recursos por parte da União. Mas o maior aporte de recursos veio com a contribuição dos Estados e Municípios no financiamento do SUS, uma vez que tendo delegado à Lei Complementar a tarefa de definir os percentuais das receitas públicas federativas que seriam destinadas à saúde, a grande contribuição da Emenda Constitucional nº. 29/2000 foi promover o aumento da participação dos demais entes da Federação no financiamento das ações e serviços públicos de saúde, restando por trazer mais recursos para a área.

Porém, em 2009, os gastos com a área de saúde “encontrava-se em torno de 3,8% do Produto Interno Bruto (PIB) [...], percentual muito inferior àquele aplicado por outros países que possuem sistemas universais de saúde”. Frente a essa situação pode-se constatar que os gastos dos Estados e Municípios em saúde foram maiores que os da União (PIOLA et al.,

2013, p. 15²⁴; PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016).

Embora tenha ocorrido esse esforço orçamentário, o percentual de gastos não ultrapassou 4% do PIB, sendo que outros países com sistema de saúde universal, como França, Inglaterra, Alemanha e Espanha, vêm aplicando o percentual de 6% do PIB (PIOLA et al., 2013, p.15). Desse modo, observa-se que o Brasil ainda tem muito a percorrer para incrementar esse setor.

Pela Emenda Constitucional nº. 29/2000, a Lei Complementar deveria confirmar os percentuais de participação de cada ente federado para o financiamento da saúde, assim como os critérios de rateio dos recursos da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, e dos Estados para os Municípios, e normas de cálculos a ser aplicada pela União. Assim como também definir o que seriam ações e serviços públicos de saúde (PIOLA et al., 2013, p. 20).

Todavia, a Lei Complementar nº. 141/2012, que regulamentou a Emenda Constitucional nº. 29/200 no que concerne ao regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, definiu que para os Estados seria mantido o patamar de 12% da receita de impostos e transferências; para os Municípios, o percentual de 15%; e para a União, o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do PIB; de maneira que mesmo com a vigência da Emenda Constitucional nº. 29, “o piso federal de gastos em ações e serviços públicos de saúde não guardou qualquer correlação com o comportamento da receita da União – esta progressiva ao longo dos anos.” (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016, p. 217). Para Piola e outros (2013, p. 36), a Lei Complementar nº. 141/2012 atendeu apenas à expectativa de definir ações e serviços públicos em saúde, todavia a Lei “não promoveu qualquer mudança de critério de vinculação de recursos federais ou embutiu a criação de uma nova contribuição”, bem como deixou de definir “critérios de transferência de recursos para estados e municípios”.

Em 17 de março de 2015, sobreveio a Emenda Constitucional nº. 86/2015 que, segundo Pinto, Bahia e Santos (2016, p.217-2018), “[...] esvaziou, direta ou indiretamente, o escopo da iniciativa popular que lastreou o *Movimento Saúde +10*, o qual consistentemente questionava o regressivo critério de gasto mínimo federal no setor (mera correção do gasto do ano anterior pela variação nominal do PIB)”. Ou seja, modificou-se o método de cálculo do

²⁴ Quando se analisa a participação dos gastos público em saúde das três esferas no PIB, observa-se que esta participação aumento em 1 ponto percentual (p.p) entre 2000 e 2011 (2,89% para 3,91%). Entretanto, este incremento observado no indicador citado foi proveniente do aumento da participação dos estados e dos municípios no PIB, uma vez que a participação da União permaneceu estável ao longo destes anos. Neste período, o gasto federal em ASPs correspondeu a 1,73% do PIB em 2000 e 1,75% do PIB em 2011, o gasto estadual correspondeu a 054% do PIB em 2000 e 1% do PIB em 2011 e o municipal a 06% do PIB em 2000 e 1,16% em 2011. (PIOLA et al., 2013, p. 15)

mínimo a ser gasto pela União com Ações e Serviços Públicos de Saúde, vinculando-se a aplicação mínima a um percentual da Receita Corrente Líquida (RCL) de maneira escalonada: 13,2% da RCL em 2016, 13,7%, em 2017, 14,2% em 2018, 14,7% em 2019 e 15,0% em 2020.

Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 218) explicam que:

A diferença entre a Emenda Constitucional (15% da receita corrente líquida federal, piso esse a ser alcançado de forma escalonada ao longo dos próximos cinco anos) e o citado projeto de iniciativa popular (10% da receita corrente bruta da União) não reside apenas nos percentuais e nas bases de cálculo do quanto a União deveria ser chamada a verter em favor das ações e serviços públicos de saúde.

Além da redução drástica da equação de financiamento, o novo arranjo constitucional promove a estagnação do avanço do SUS no Brasil. Isso porque o art. 3º da EC nº. 86/2015 determina que até mesmo os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural sejam contabilizados como gasto mínimo da União, ao invés de operarem como acréscimos a ele.

De acordo com Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 218), há quem sustente que a Emenda Constitucional nº. 86/2015 teria constitucionalizado o subfinanciamento federal no setor. Para estes autores, o regime previsto na Emenda Constitucional nº. 86/2015 “deve ser lido no ordenamento constitucional como piso que admite absorção de novos acréscimos, mas não como teto do gasto federal em saúde, tal como vinha ocorrendo com a regra fixada a partir da Emenda Constitucional nº. 29/2000.” Desse modo se buscou evitar que mesmo havendo “dotação autorizada nas leis orçamentárias da União, o governo federal gastasse acima do piso em saúde, para não majorá-lo no ano seguinte”.²⁵

Diante de tal previsão, Pinto e Sarlet (2015, p. 1) sustentam que a Emenda Constitucional nº. 86/2015 deixou um “sentimento de perda entre os que defendem histórica e consistentemente a máxima eficácia e efetividade do direito à saúde no Brasil”, estabelecido seja pela Constituição Federal de 1988, seja pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais que propugna uma progressividade na realização dos direitos consagrados no Pacto pelos Estados signatários, como o direito humano à saúde.

Para os autores, a nova sistemática trazida pela Emenda Constitucional nº. 86/2015 incide no horizonte da progressividade ou estagnação para o avanço do SUS, pois, “segundo uma estimativa aproximada, há uma perda de R\$ 200 bilhões nos próximos cinco anos, em desfavor do SUS”. Desse modo, não se trata apenas de um ciclo de governo, mas de um verdadeiro “conflito distributivo entre direitos sociais e políticas econômicas que segue fora

²⁵ O próprio Tribunal de Contas da União já havia apontado tal distorção nos autos do TC 032.624/2013-1 (R\$ 20, 4 bilhões não gastos de 2008 a 2013, a despeito de previstos). (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016, p.218).

do juízo de conformidade constitucional, [...] resguardado pela falta de limites para as dívidas consolidada e mobiliária federais” (PINTO; SARLET, 2015, p. 1-2). Dentre as questões que demonstram a regressividade dos gastos federais em saúde, destacam-se:

- Participação relativa da União no volume total de recursos vertidos pelo Poder Público ao SUS (caiu de 59,8% em 2000 para 44,7% em 2011, segundo estudo do IPEA;
- Peso proporcional do gasto da União em saúde em face de sua própria receita global de 8% para 6,9%, nos últimos 11 anos;
- Peso proporcional do gasto da União em saúde em face do total de recursos aplicados no Orçamento da Seguridade Social (OSS), o que corresponde ao critério de proporcionalidade estabelecido no art. 55 do ADCT [...] (PINTO; SARLET, 2015, p. 2).

Pinto e Sarlet (2015, p. 3) afirmam que se trata de um problema “longevo e sistêmico”, um “evidente retrocesso em matéria fiscal”, de modo que há a “necessidade de revisitar tanto o princípio da proibição de retrocesso quanto às consequências do dever jurídico-constitucional de proteção e promoção da saúde”. Os autores ressaltam que “toda e qualquer ação ou omissão que estabeleça um patamar de proteção efetiva da saúde situada aquém da garantia de um mínimo existencial, implica em censura com base na proibição de proteção insuficiente”. Ainda acrescentam que em decorrência do dever de progressividade na matéria, não é só um retrocesso, mas trata-se de procedimento vedado constitucionalmente. “A extinção do arranjo protetivo do direito, a estagnação imotivada, bem como a interpretação restritiva que retire a possibilidade fática e jurídica de o direito fundamental à saúde ser realizado em caráter progressivo.” (PINTO, SARLET, 2015, p. 3).

Conforme referido por Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 216), caso ainda estivesse em vigor o regramento contido no artigo 55 do ADCT em 2015, “cerca de R\$240.000.000.000,00 (duzentos e quarenta bilhões de reais)” deveriam ter sido “efetivamente aplicados pela União em ações e serviços públicos de saúde”, ao invés dos R\$100.054.862.000,00 (cem bilhões cinquenta e quatro milhões oitocentos e sessenta e dois mil reais) previstos. Segundo os autores, esse cálculo

[...] tomou como base a fixação de despesa da Lei nº. 13.115, de 20 de abril de 2015, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Considerando que o volume total de despesas da seguridade social é de R\$797.066.406.191,00 (setecentos e noventa e sete bilhões sessenta e seis milhões quatrocentos e seis mil cento e noventa e um reais) na aludida Lei de Orçamento Anual da União, daí decorreria a origem daquela cifra estimada teoricamente para atender ao art. 55 do ADCT (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2016, p. 216).

No entendimento de Pinto e Sarlet (2015, p. 4, nota de rodapé) é importante que se

tenha em mente que no primeiro exercício financeiro após a Emenda Constitucional nº. 86/15, ou seja, em 2016 deveriam ter sido aplicados 13,2% da receita corrente líquida da União; ao passo que em 2000, por força da Emenda Constitucional nº. 29/2000, a União aplicava 14%. Diante de tais evidências se comprova que houve, portanto, “um retrocesso histórico de 0,8% em face da receita corrente líquida da União”.

Diante desse evidente retrocesso, a Emenda Constitucional nº. 86 está sendo examinada no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a sua constitucionalidade, tendo sido deferida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº. 5.595, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, decisão que será abordada em diversos momentos deste estudo.

O Ministro Lewandowski entendeu que a Emenda Constitucional, em síntese, representa um verdadeiro retrocesso social no financiamento da saúde, inclusive representando “perigo de exacerbar o ‘quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país, [...] que causa número formidável de morte e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros’”, argumento que usou para conceder a cautela (ADI 5595 MC/DF). Referiu que é evidente a urgência em se conceder a liminar, já que a manutenção das normas atacadas (artigos 2º e 3º. da EC 86/2015) “vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros” (ADI 5595 MC/DF), especialmente diante do agravamento do desemprego no Brasil.

Aqui se faz importante registrar que o julgamento da ADIN já se iniciou e está aguardando decisão do Plenário.

Como se observa, há um histórico subfinanciamento da saúde, com uma participação regressiva da União, de modo que os Municípios atualmente estão sobrecarregados na tarefa de financiar as ações e serviços públicos de saúde. Por resultado, diante da ausência de alocação de recursos suficientes para a área da saúde, verifica-se um aumento de demandas judiciais, o que acaba por privilegiar aquele que acessa a via judicial para ver garantido o seu direito fundamental à saúde, em detrimento de tantos outros que esperam atendimento na via administrativa, cujos recursos são cada vez mais escassos, justamente em razão do alto custo demandado pelas ações judiciais dessa natureza, que implicam valores muito maiores pagos tanto pelos serviços por meio de bloqueio de valores na rede privada, como em custas judiciais e honorários advocatícios, que vêm sobrecarregando os cofres públicos.

Conforme se pode observar, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o financiamento da saúde vem sofrendo um decréscimo e regressiva participação da União.

Diante de tal constatação, Pinto (2017, p. 1) sustenta que, no Brasil, “vivemos em um estado de coisas inconstitucional”.

Talvez seja esse o fato que motivou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, a reconhecer a possibilidade de controle judicial sobre atos políticos, especialmente no tocante ao gasto mínimo federal em saúde. O Ministro assim justifica sua decisão:

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

[...]

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº. 29/2000 (MELLO, 2004).

Dessa forma, considera-se que, por longos anos, se vem observando a mínima eficácia do direito fundamental à saúde, bem como uma proteção insuficiente deste direito

fundamental social, ferindo-se, pois, além de outros, o princípio da proporcionalidade.

4.2 Considerações sobre a Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos.

Como se não bastasse todo esse arcabouço legislativo, no final de 2016, a pouco mais de um ano da promulgação da Emenda Constitucional nº. 86/2015, sobreveio a aprovação da Emenda Constitucional nº. 95/2016 (Emenda dos Gastos Públicos) que trata do Novo Regime Fiscal a ser adotado pelo Brasil e prevê, dentre outros assuntos, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde.

O Governo Brasileiro, ao apostar na Emenda Constitucional nº. 95/2016 para recuperar a economia e equilibrar as contas públicas, depara-se com a necessidade de reduzir gastos públicos (RUGISTSKY, 2016, p. 1). Dessa forma, o texto aprovado no Congresso Nacional ocupa-se em estabelecer regras para aplicações orçamentárias futuras:

Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do **caput** do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 111. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, a aprovação e a execução previstas nos §§ 9º e 11 do art. 166 da Constituição Federal corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, EC 95, 2016).

Em setembro de 2016, quando o Projeto de Emenda Constitucional ainda tramitava no Congresso Nacional, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) emitiu Nota Técnica, sob o título “Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do Direito à Saúde no Brasil”, elaborada por Vieira e Benevides (2016). Na referida Nota Técnica, os autores analisam o Projeto do Novo Sistema de Financiamento da Saúde proposto e as consequências de sua aprovação, fato que acabou ocorrendo em 15 de dezembro de 2016. A então proposta de Emenda Constitucional estabelecia “teto para as despesas primárias de cada Poder”, os quais passariam a ter “sua base fixada no valor das despesas pagas no exercício de 2016”, sendo que, em cada exercício seguinte, este teto será corrigido pela inflação, ou seja, sua correção dar-se-á pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) apurado no ano anterior, pelo prazo de 20 anos

(VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 6).

A Emenda Constitucional nº. 95/2016 também revogou “o escalonamento previsto na Emenda Constitucional nº. 86 (artigo 2º)”, estabelecendo que a União aplicará o mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 6). Dessa forma, há a desvinculação de receitas e despesas em relação aos gastos com a saúde, estabelecendo-se um congelamento do valor aplicado em 2016 por vinte anos, com mera atualização inflacionária pelo IPCA nos anos seguintes. Segundo Vieira e Benevides (2016, p. 8),

[...] esta medida tem como base um ano em que o piso da saúde, devido à queda da RCL, ficou muito abaixo do valor empenhado no ano anterior. Soma-se ao problema da base deprimida o fato de o congelamento não levar em conta as transformações demográficas e epidemiológicas em curso no país.

No período após a aprovação da Emenda Constitucional nº. 29/2000, segundo Piola e outros (2013 *apud* VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 8-9), o que garantiu certa estabilidade ao financiamento da saúde no Brasil foi justamente a vinculação das despesas ao crescimento do PIB. Porém, com essas despesas limitadas ao piso constitucional e com a elevada inscrição de despesas com restos a pagar, os autores afirmam que “o mínimo constitucional não foi efetivamente aplicado na maioria dos anos no período de 2002 a 2013”.

No mesmo sentido, Vieira e Benevides (2016, p. 9) consideram que a Emenda Constitucional nº. 29/2000 “protegia o orçamento federal do SUS, por meio da correção pela variação nominal do PIB”, ao passo que a Emenda Constitucional nº. 95 “incorpora apenas a correção pela inflação, desconsiderando a incorporação das taxas de crescimento da economia ao gasto com saúde e reduzindo a participação do gasto com saúde no PIB”.

Para facilitar a compreensão do tema, os autores elaboraram “projeções de valores dos limites mínimos de aplicação em Ações e Serviços Públicos de Saúde, com cenários para o comportamento do PIB entre 2018 e 2036”, a saber: “taxa de crescimento real de i) 0,0%, ii) 1,0%, iii) 2,0% e iv) taxas constantes do anexo IV.6 do PLDO 2017, referente às projeções atuariais do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).” (VIEIRA; BENAVIDES, 2016, p. 9-10).

Para o ano de 2017, consideraram o crescimento do PIB de 1,1% e compararam esse panorama com o cenário-base da regra da Emenda Constitucional nº. 86/2015, de vinculação de 13,2% da RCL em 2016²⁶, chegando à conclusão de que:

²⁶ “As hipóteses adotadas para esses cenários foram as seguintes: • RCL de 2016 estimada em R\$ 688,8 bilhões, com base na queda da receita líquida de 9,3% em relação ao total estimado na PLOA 2016 (R\$

[...] enquanto durante a vigência da EC 29 o financiamento federal do SUS se situou na faixa entre 1,6% e 1,7% do PIB, com previsão para 2016 de 1,71% do PIB, em 2017 o limite mínimo para aplicação em ASPS cai para 1,47% do PIB, caso a PEC seja aprovada, e ficaria em 1,51% do PIB com a manutenção da regra da EC 86.

Nos vinte anos de vigência da PEC, o comportamento do limite mínimo em ASPS em proporção do PIB dependeria das taxas de crescimento real do PIB. No caso de manutenção das regras da EC 86, ficaria estável em 1,65% do PIB. Com a PEC 241, ficaria estável em 1,48% do PIB no cenário que considera crescimento real do PIB de 0,0% durante os vinte anos. Como efeito do congelamento, quanto maiores as taxas de crescimento do PIB, maior seria a queda da relação ASPS/PIB, chegando em 2036 a 1,22% do PIB com taxa de crescimento real constante de 1,0% ao ano; 1,01% do PIB com taxa de 2,0%; e 0,84% do PIB no cenário das projeções atuariais do RGPS (média de 3,0% ao ano).

Em 2015, sob a vigência da regra da EC 29, o montante de recursos aplicados pelo governo federal em ASPS correspondeu a 14,8% da RCL daquele ano (R\$ 100 bilhões). Para 2016, o orçamento federal previsto alcançaria o percentual de 15,5% da RCL, ainda que a aplicação mínima pela EC 86 seja de 13,2% da RCL, dado que a RCL está se realizando em patamar inferior ao previsto quando da elaboração da proposta orçamentária.

Considerando o cenário-base de manutenção das regras da EC 86, a participação do limite mínimo em ASPS na RCL cairia para 13,7% em 2017 e aumentaria de forma escalonada para 15,0% da RCL em 2020. Com a PEC 241, ficaria estável em 13,4% da RCL até 2036 em caso de taxa de crescimento real do PIB de 0,0% durante todo o período. Nas hipóteses de crescimento econômico positivo, a proporção ASPS/RCL cairia em 2036 para 11,1% da RCL com taxa de crescimento real do PIB de 1,0% ao ano; 9,2% da RCL com aumento real do PIB de 2,0% ao ano; e 7,6% da RCL com o cenário das projeções atuariais do RGPS (gráfico 3)

A tabela 1 apresenta dois conjuntos de cenários, partindo-se das bases de aplicação mínima em 2016 de 13,2% e de 15,0% da RCL, e considerando as quatro hipóteses de taxas de crescimento real do PIB utilizadas nos gráficos 2 e 3. São apresentados os valores dos limites mínimos em 2036: i) em R\$ bilhões de 2016; ii) em % do PIB; iii) em % da RCL e iv) o valor *per capita*. É apresentada também a perda acumulada para o financiamento do SUS no período 2017 a 2036 em R\$ de 2016.

No cenário com taxa de crescimento real do PIB de 2,0% ao ano, a perda acumulada no período seria de R\$ 654 bilhões, partindo-se de um limite inicial de 13,2% da RCL em 2016, e de R\$ 400 bilhões com limite inicial de 15,0% da RCL.

Nota-se que, quanto melhor for o desempenho da economia, maior será a perda para a saúde em relação à regra de vinculação vigente. No cenário utilizado para projeções atuariais do RGPS, constante de anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a perda acumulada poderia chegar a R\$ 1 trilhão no período de 20 anos, partindo-se do limite mínimo de 13,2% da RCL de 2016, e a R\$ 743 bilhões partindo-se do limite de 15,0% da RCL de 2016. O único cenário sem perda em relação ao orçamento de 2016 é o de crescimento econômico zero, onde haveria perdas somente na comparação do valor *per capita* (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 10-13).

Dessa forma, pelo estudo técnico observa-se que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 95/2016, há uma perda de recursos para a saúde, seja em comparação com a Emenda Constitucional nº. 29/2000, seja em comparação com a Emenda Constitucional nº. 86/2015.

759,4 bilhões); • RCL de 2017 a 2036 estimada com base no mesmo crescimento do PIB nominal, mantendo a RCL como 11,02% do PIB entre 2017 e 2036; • Estimativa do IPCA: 7,21% em 2016 e 5,29% em 2017, conforme Relatório Focus/Bacen de 22/07/2016 e 4,5% para o período 2018-2036 (utilizada também como *proxy* do deflator implícito do PIB); • PIB nominal de 2016 de R\$ 6.247,9 bilhões, conforme Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias - 3º bimestre de 2016; e • PIB nominal a partir de 2017 calculado com base nas estimativas de crescimento real do PIB e do IPCA, utilizado como *proxy* do deflator implícito do PIB.

Observa-se que se for mantida a suspensão cautelar dos artigos 2º e 3º da Emenda nº. 86/2015, o piso anterior deve ser reestabelecido, ou seja, aquele estabelecido pela Emenda Constitucional nº. 29/2000, regulamentado pela Lei Complementar nº. 141/12, que vigorava antes da Emenda 86, implicando uma perda um pouco menor para a área da saúde, mas ainda uma perda de recursos considerável, a qual impacta sobremaneira o serviço público.

Os técnicos do IPEA também fazem análises quanto à ocorrência de redução de gastos públicos *per capita* com saúde em decorrência da Emenda Constitucional nº. 95/2016. Para tanto, levam em consideração um estudo publicado pelo IBGE em 2013, que projetou que a população brasileira alcançará o seu ápice em 2042, com 228,4 milhões de habitantes, quando, então, passará a decrescer. Referem que a população projetada para 2036 será de 226,9 milhões de habitantes e afirmam, igualmente, que “o orçamento deste ano prevê a aplicação de valor equivalente a R\$ 519 *per capita*.” (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 13).

Assim, à luz das regras da Emenda Constitucional nº. 86/2015, Vieira e Benevides (2016, p. 13) concluem que a aplicação *per capita* para 2017 seria de R\$ 459,00, ao passo que com a Emenda Constitucional nº. 95 a aplicação *per capita* decai para R\$ 446,00. Em 2036, por sua vez, a aplicação *per capita* será de R\$ 411,00 pelas regras da Emenda Constitucional nº. 95/16, já que a população tende a crescer, conforme demonstra estudos do IBGE. Se estivessem ainda em vigor as regras da Emenda Constitucional nº. 86/2015, o valor *per capita* em 2036, que dependeria do crescimento do PIB, seria de R\$ 460,00 (no caso de crescimento de 0,0%), R\$ 556,00 (no caso de crescimento de 1,0% ao ano), R\$ 671,00 (no caso de crescimento anual de 2,0%) e R\$ 822,00, com taxas de projeção atuarial pelo Regime Geral da Previdência Social.

Diante dos cálculos projetados, verifica-se, portanto, que as novas regras para o financiamento do Sistema de Saúde trarão, inexoravelmente, uma redução de recursos para o setor da saúde.

Por outro lado, mesmo na hipótese de crescimento econômico, os governos não terão a obrigação de alocar mais recursos ao SUS, já que poderão apenas aplicar o mínimo estabelecido, o que significa estagnação e retrocesso (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 14), fato que contraria a ideia de progressividade na concretização dos direitos fundamentais sociais. Como consequência, os grupos mais vulneráveis serão os mais atingidos. Haverá maiores dificuldades de acesso à saúde, especialmente naqueles Estados mais pobres, sendo bastante provável que ações e serviços de prevenção e promoção à saúde sejam grandemente afetados. Também se deve esperar o aumento da judicialização da saúde, contribuindo para o desequilíbrio na distribuição dos bens e serviços públicos referentes a esta área, bem como

ficará mais difícil ampliar a oferta de serviços em locais desprovidos de infraestrutura, já que os recursos serão destinados principalmente para manutenção dos serviços já existentes (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 14-15).

Vieira e Benevides (2016, p. 16) afirmam que desde a Emenda Constitucional nº. 29/2000, o gasto federal com a saúde com base no PIB encontra-se estável, variando de 1,66% em 2002 a 1,69% em 2015, sendo que desde 2002 “não houve aumento da participação das despesas com ASPS nas despesas primárias da União”. Tal fato reforça a ideia de que “não foram os gastos com saúde que pressionaram a ampliação das despesas primárias”.

Acrescentam os técnicos que, no Brasil, o gasto público *per capita* com saúde é um dos mais baixos entre os países que possuem sistema universal de saúde, mesmo em comparação com países em que o direito à saúde não é um dever do Estado, sendo de 4 a 7 vezes menor do que em outros países com sistema universal de saúde (podendo se citar como exemplos, na América do Sul, Argentina e Chile) (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 17).

Vieira e Benevides (2016, p. 18) consideram que o congelamento dos valores parte de uma base muito baixa, referente ao ano de 2016, diante da alteração das regras contidas na Emenda Constitucional nº. 29/2000, pela Emenda Constitucional nº. 86/2015, bem como diante da queda na arrecadação. Os limites mínimos de aplicação estimados para 2017 (97,5 bilhões) são inferiores ao valor empenhado em 2015 e estimado para 2016 (R\$ 106,9 bilhões). Referem também que os demais entes da Federação não terão condições de absorver os impactos da perda de recursos. Note-se que, como já se referiu, a conta acaba sendo paga pelos Municípios.

Com base em estudos do IBGE, consigna-se que o Brasil está em processo de mudança de estrutura demográfica, em decorrência do aumento da expectativa de vida e a queda da natalidade, de modo que, em 2036, a população com 60 anos ou mais representará praticamente o dobro da atual e a população de 80 anos ou mais aumentará em 150%, o que trará maior pressão ao SUS (VIEIRA; BENAVIDES, 2016, p. 19).

Ainda embasados em estudos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, os autores afirmam que, em 2015, o gasto médio mensal com medicamentos comprometia aproximadamente um quarto da renda de metade da população idosa brasileira. Diante desses dados, observaram que um maior número de pessoas idosas implica maior necessidade de uso dos serviços de saúde e medicamentos, de maneira que, em 2015, o gasto médio para o atendimento de pessoas entre 60 e 69 anos foi 73% maior do que o gasto com pessoas entre 30 e 39 anos. Além disso, é importante considerar que há a necessidade de investimentos em infra-estrutura física e tecnológica no SUS (VIEIRA; BENAVIDES, 2016, p. 20).

Os gastos com saúde são um importante propulsor do crescimento econômico e têm efeito multiplicador para o PIB, sendo que a redução de gastos *per capita* com saúde, em contexto de recessão econômica, causa impactos negativos para a saúde da população e para a economia (VIEIRA; BENAVIDES, 2016, p. 20).

Vale também lembrar que a Emenda Constitucional nº. 95/16 está sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a qual questiona diversos dispositivos da Emenda, inclusive requerendo a interpretação conforme o artigo 107 do ADCT, para excluir da sua incidência os gastos com saúde e educação, ação que foi tombada sob o número ADI 5658 no Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber. Na petição inicial da ADI, a autora alega que a Emenda viola o artigo 60, § 4º, IV da Constituição, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, representando um retrocesso social. Os argumentos contidos nesta ADI também serão objetos de referência no decorrer deste estudo.

O grande ponto que merece destaque é que a Emenda determinou o congelamento por um período de 20 anos das receitas a serem aplicadas na saúde, representando verdadeira constitucionalização de uma política de austeridade. Conforme se demonstrou no capítulo anterior, em Portugal, a assistência financeira da *Troika* perdurou por três anos, mediante aportes financeiros periódicos, após a verificação do cumprimento dos programas que foram acertados, período que compreendeu as medidas de austeridade. Esta métrica demonstra o quanto a Emenda nº. 95/2016 é desproporcional e, como indicado na ADIN 5.658, irracional.

Essa medida, no que diz respeito ao tempo de duração, não se compara a nenhuma política adotada em qualquer outro país do mundo²⁷ e vincula 5 (cinco) mandatos Presidenciais.

Diante das constatações apresentadas e do estudo técnico elaborado por especialistas em saúde coletiva é que analisar-se-á, a seguir, a adequação constitucional da Emenda Constitucional nº. 95/2016, sua necessidade diante da escassez de recursos e dos custos dos direitos, bem como se ela está justificada diante da necessidade de se imprimir eficiência aos gastos públicos. Por fim, será examinado se a Emenda representa um retrocesso social constitucionalmente vedado.

²⁷ Neste sentido, ver petição inicial da ADIN 5658/ 17, p. 11.

4.3 Posições jurídicas e econômicas quanto à constitucionalidade da Emenda.

Sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016 muito pouco se desenvolveu, devido a sua recente discussão e aprovação. Alguns juristas brasileiros se pronunciaram ainda no período em que a Emenda estava em discussão no Congresso Nacional, de maneira que neste tópico, em muitas oportunidades, se falará em Projeto de Emenda Constitucional.

Conforme já se examinou, a escassez de recursos existe e atinge as mais diversas áreas, de maneira que Gustavo Amaral (2010, p. 81) afirma que “a escassez é inexorável, mesmo no que tange à saúde”. Dessa forma, enquanto alguns juristas entendiam que a “PEC dos Gastos Públicos” representava um verdadeiro retrocesso social para área da Saúde, estando constitucionalmente vedada, outros sustentavam sua adequação e necessidade.

Assim, diante dessa encruzilhada, onde de um lado há uma “inexorável escassez de recursos” e, de outro, a imprescindibilidade de se concretizar direitos fundamentais sociais intimamente ligados à noção de dignidade da pessoa humana, importa examinar se, havendo a necessidade de redução de custos e equilíbrio das contas públicas, a Emenda Constitucional nº. 95/2016 é efetivamente inconstitucional e se representa um retrocesso social vedado pela Carta Magna ou se esta será uma solução para o equilíbrio das contas públicas brasileiras.

A fim de melhor ilustrar o problema, consigna-se a opinião do professor de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Pedro Dutra Fonseca (2016), o qual assim justifica o motivo pelo qual é totalmente contrário a “PEC dos Gastos Públicos”:

O déficit público cresceu muito, e algo tem de ser feito, mas o remédio não é esse. O que o Brasil tem é uma dívida em torno de 75% do PIB, não exigiria medida tão drástica, que é colocar o congelamento na Constituição e por 20 anos. A PEC congela a dívida em termos reais e esquece o crescimento do PIB. Mas, em 20 anos, é óbvio que o PIB e a receita do governo vão crescer. Que recado isso passa para a sociedade? Dizer que um hospital não vai receber investimentos por dois anos é uma coisa. Dizer que são 20 anos é outra. Dizer que uma escola ou universidade não vai ter investimento em 20 anos é algo irrazoável. A PEC tira a esperança das pessoas. Que país sério avisa ao mundo que suas forças armadas terão orçamento congelado por 20 anos? O governo afirma que o teto é sobre a despesa total e não por área, mas o que permite o crescimento dos gastos é o PIB. Para haver perspectiva, é preciso dizer à sociedade que, à medida que PIB, produção e produtividade crescem, ela poderá ter melhor patamar de vida. Essa é a válvula de escape. A PEC do Teto é um fator de aguçamento dos conflitos sociais.

Sobre o assunto invoca-se a lição do consultor jurídico do Senado, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior; bem como dos juristas Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élidea Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, para os quais a PEC (hoje já aprovada)

representava verdadeiro retrocesso social.

Analisando a constitucionalidade do Projeto que tramitava no Senado, o consultor jurídico, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2016, p. 34) afirmou que “o art.105 desmembra em dois momentos as aplicações mínimas em saúde e em educação no âmbito do NRF”: *i*) em um primeiro momento, o Projeto (agora aprovado) preserva as aplicações mínimas em saúde e educação (artigo 110, I, da EC 95/16), o que equivaleu, no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do artigo 198 e *caput* do artigo 212 da CF; e *ii*) num segundo momento, estabelece que a partir de 2018, esses percentuais mínimos serão corrigidos pelo IPCA ou outro índice que venha a substituí-lo (artigo 110, II, da EC 95/16), de modo que haverá apenas a atualização do valor praticado em 2017 para os 19 exercícios seguintes, ou seja, de 2018 a 2036.

Vieira Junior (2016, p. 34) refere que no art. 198, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988 está assentado que a “União é obrigada a aplicar anualmente, no mínimo, 15% **da receita corrente líquida** do respectivo exercício financeiro com saúde” (grifo do autor). Contudo, para que a nova perspectiva proposta prevaleça, o Projeto de Emenda Constitucional nº. 55²⁸ de 2016 propôs a revogação do art. 2º da Emenda Constitucional nº. 86/2015, a qual alterou, há pouco mais de um ano, os artigos 165, 166 e 198 da Constituição Federal.

O **art. 2º da EC nº. 86, de 2015**, estabelece, ao tratar sobre os recursos mínimos a serem aplicados pela União na área de saúde, que o disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da CF será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: **em 2016, 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso I**); **em 2017, 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso II**); **em 2018, 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso III**); **em 2019, 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso IV**); **em 2020, 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (VIEIRA JUNIOR, 2016, p. 36, grifo do autor).

Refere Vieira Junior (2016, p. 36) que “os gastos em saúde e em educação em 2016 foram submetidos a profundos cortes”, de maneira que “a base sobre a qual incidirão será bastante reduzida”. Para o consultor, tal medida trata-se de um “verdadeiro congelamento dos gastos em educação e saúde por 20 anos, agravado pelo fato de que os recursos alocados são

²⁸ Número tombado no Senado Federal.

incapazes de atender à demanda de universalização do atendimento” nessa área de grande importância.

O parecer apresentado por Vieira Junior encontra-se fundamentado em estudo elaborado pelos pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Vieira e Benevides (2016, p. 21), os quais assim se pronunciam:

Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, e que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Ademais, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS.

Vieira Junior (2016, p. 39), após examinar os estudos realizados pelos pesquisadores, os quais “apresentam vários cenários sobre a evolução dos recursos mínimos aplicados em saúde com as regras constitucionais e infraconstitucionais em vigor”, entendeu que o Projeto de Emenda Constitucional era desproporcional, pois inadequado e desnecessário, sendo que “ignora alternativas que efetivamente equacionariam o problema da gestão eficiente dos recursos no âmbito do SUS, gerando ônus demasiado a ser suportado pela população mais pobre do país”. Assim, o consultor considerava que a PEC promovia um verdadeiro retrocesso social nas áreas da saúde e educação.

No mesmo sentido, Comparato e outros (2016, p. 2), advogavam que no caso de aprovação da proposta, haveria “risco de retrocesso vedado constitucionalmente na consecução dos direitos fundamentais”. Segundo a análise dos juristas,

O grande problema da PEC 241/2016, particularmente no artigo 104 que ela pretende introduzir ao ADCT, é desconhecer a proporcionalidade entre receita e despesa como metodologia instituída no texto da Constituição de 1988, como proteção formal e material (garantia equiparável ao habeas corpus e ao mandado de segurança, por exemplo) dos direitos à saúde e à educação. Não obstante a PEC 241/2016 incida apenas sobre as despesas primárias e, dentre estas, abra espaços controvertidos de exceções escolhidas aleatoriamente (eleições planejáveis, emendas impositivas e capitalização de empresas estatais), seguem excluídas de quaisquer restrições as despesas financeiras, as quais aguardam, até o presente momento, a fixação dos limites de dívida consolidada e mobiliária da União (COMPARATO et al., 2016, p. 2).

Por outro lado, ou seja, do ponto de vista constitucional, Freitas e Mendes (2016, p. 12-13), ao examinarem o Projeto que se encontrava em tramitação no Congresso Nacional, afirmaram que não havia óbice à sua aprovação. Segundo esses autores, no Brasil

as Emendas Constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, o que deriva do próprio artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, dispositivo que trata de limites materiais expressos ao Poder Constituinte Reformador. Porém, partindo da análise das cláusulas pétreas, acreditam que na “PEC n. 55, de 2016, não se identifica, ao menos numa primeira análise, alguma violação clara de tais limites pelas previsões da proposta de emenda constitucional”.

Segundo eles, “é bastante difícil apontar, com clareza, como e em que medida a PEC nº. 55, de 2016, seria capaz de representar uma violação aos limites materiais à reforma constitucional estabelecidos no § 4º. do art. 60”. Quanto ao princípio do não retrocesso, referem que o STF já havia se manifestado no sentido de que, ao instituir as cláusulas pétreas, o Constituinte de 1988 não impediu a realização de qualquer alteração nos objetos alcançados por essas cláusulas, apenas definiu uma esfera mínima de proteção para preservar seus limites essenciais. Dessa forma, consideram que a melhor opção para solucionar o problema das contas públicas é a contenção de despesas e refutam as críticas apresentadas contra a Emenda Constitucional (FREITAS; MENDES, 2016, p. 14, 18).

No que diz respeito à crítica de que o Novo Regime Fiscal não impõe limites a gastos com juros, os autores concordam que o pagamento dos juros é um importante item de despesa que absorveu 6,7% do PIB em 2015. Mas Freitas e Mendes (2016, p. 18-19) afirmam que juros altos são uma consequência da elevada dívida pública e não a sua causa, de modo que tentar diminuir a taxa de juros, sem condições para tal, levará ao aumento inflacionário, desorganizando ainda mais a economia. Quanto ao argumento de que em um período de crise econômica o Governo deveria aumentar os gastos como forma de estimular a demanda, sustentam que o aumento de gastos traria riscos de aumento da desconfiança da trajetória da dívida pública; enquanto a redução de gastos poderá promover a confiança dos agentes econômicos, estimulando o consumo e o investimento.

Os autores afirmam que o Novo Regime Fiscal não implica redução de gasto específico, pois a redução é sobre o total despendido, de maneira que alguns itens poderão crescer acima da inflação, enquanto outros terão de ter crescimento abaixo dela. Também referem que a briga entre os Ministérios trará como resultado “a manutenção da participação relativa de cada despesa no gasto agregado”. Segundo eles, “a perspectiva de redução de benefícios sociais, não implica que o NRF será prejudicial para a população”. Argumentam que se o PIB continuar a cair, as receitas também devem cair e haverá menos gastos com saúde. Por outro lado, se a economia se arruinar e a inflação acelerar, será difícil manter o valor real dos benefícios sociais. Dessa forma, sem o ajuste, o país não voltará a crescer

significativamente, o que trará limites à concessão de novos benefícios sociais (FREITAS; MENDES, 2016, p. 19-20).

Afirmam que o teto não se aplica a uma série de despesas, por exemplo, às transferências constitucionais aos Estados e Municípios; bem como às despesas com o aumento de capital de estatais não dependentes. Com isso, no que concerne às transferências para os demais entes federados, parte importante das receitas continuará a evoluir de acordo com a arrecadação federal, de modo que as despesas poderão crescer livremente conforme as possibilidades de cada ente da Federação, ao passo que o ajuste por parte da União terá de ser “mais profundo e demorará mais tempo para que a trajetória da relação dívida/PIB se estabilize ou caia.” (FREITAS; MENDES, 2016, p. 21).

Por fim, Freitas e Mendes (2016, p. 21-22) referem que “as contas estão tão desestabilizadas que, de fato, somente a contenção de despesas poderá não ser suficiente para equilibrar o resultado primário”. Embora considerem que o cenário sem o Novo Regime Fiscal agravaria ainda mais as contas públicas, acreditam que as regras da nova Emenda não são suficientes para gerar resultados primários positivos até 2021. Dessa maneira, mesmo havendo uma tendência de redução do déficit, para os autores, é necessária a adoção de outras providências para se atingir o equilíbrio fiscal.

Ao examinar os argumentos trazidos por Freitas e Mendes (2016) em favor da constitucionalidade, adequação e necessidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016, verifica-se que toda a análise por eles desenvolvida parte de fundamentos econômicos e orçamentários, não havendo qualquer exame quanto à efetiva não violação das regras permanentes contidas na Constituição Federal de 1988, principalmente quanto à violação das cláusulas pétreas.

Outra posição que merece ser considerada neste estudo é aquela contida na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Emenda Constitucional nº. 95/16 (ADIN 5.658, relatora Ministra Rosa Weber) a ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na inicial, no que pertine ao financiamento da saúde, o autor alega que a Emenda retira dos próximos cinco governos a serem eleitos a possibilidade de elevar os gastos de forma equivalente ao crescimento da receita, criando um “entrincheiramento” das formas de controle dos gastos públicos, esvaziando-se, com isso, uma das principais feições da democracia que é a decisão sobre a alocação de recursos públicos. Sustenta que nenhum Governo poderá aumentar os investimentos públicos além da inflação. Aduz que os gastos *per capita* em saúde sofrerão redução progressiva em decorrência do aumento populacional,

comprometendo-se seriamente as bases materiais para efetivar este direito. Sustenta haver erosão do princípio democrático e grave restrição a direitos fundamentais, no caso, no direito fundamental à saúde e à educação. Refere que nenhuma Constituição no mundo “adotou um sistema tão rígido de limitação às escolhas orçamentárias, e por um período tão longo”, não havendo sequer regra de exceção a possibilitar ajustes em situações e momentos excepcionais. Refere que não há justificativa para se manter o mesmo grau de restrição da liberdade de conformação orçamentária para as próximas cinco legislaturas, pelo que requer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão “a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal” constante do *caput* do artigo 108 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quanto ao congelamento dos gastos públicos primários, ou seja, saúde, educação, previdência, assistência social e infraestrutura, pelo prazo de 20 anos, afirma que não irão acompanhar o crescimento da renda e da população, havendo redução desses gastos *per capita* em relação ao PIB. Afirma que o objetivo da Emenda é economizar para pagar os juros da dívida pública. Sustenta que a Emenda, como medida de austeridade, não se compara em nada ao que já foi praticado no mundo, principalmente no que diz respeito ao tempo de vigência, tratando-se, em verdade, da mais severa medida restritiva de gastos públicos praticada até o momento, representando, a bem da verdade, a constitucionalização de medidas de austeridade fiscal. Para o autor da ação, essa emenda vai muito além do princípio da responsabilidade fiscal na medida em que rompeu com a correlação entre arrecadação e gastos, bem como porque restringiu de maneira excessiva a possibilidade de decisão dos governos eleitos, congelando a própria democracia.

Considera que a Emenda é inconstitucional porque, ao congelar o piso de gastos com saúde e educação, está a suspender a eficácia do inciso I do § 2º do artigo 198 da Constituição Federal. Afirma que a Emenda fará com que a União aplique uma proporção progressivamente menor de sua receita no financiamento dos serviços públicos de saúde. Se a taxa de crescimento continuar em aproximadamente 3%, como tem ocorrido nos últimos 20 anos, os gastos com saúde, em decorrência dessa Emenda, corresponderão a 8,6% da receita corrente líquida e a 0,95% do PIB (PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA, 2017, p. 30, nota de rodapé). Contudo, levando-se em consideração o gasto *per capita*, haverá redução progressiva do montante destinado a cada pessoa, que em 2016 era de R\$ 519,00 por pessoa e em 2036, considerando o aumento populacional, se reduzirá para R\$ 411,00.

Aduz que a Emenda não produz um mero congelamento dos gastos com saúde, mas uma verdadeira e grave redução, principalmente diante do envelhecimento da população.

Afirma que o Novo Regime Fiscal, no que diz respeito à saúde, sequer permitirá que sejam mantidas as precárias condições atuais, sendo ela incompatível com os princípios informadores do SUS, quais sejam, universalidade e integralidade, condenando esses princípios a inefetividade.

No que diz respeito ao argumento previsto na própria exposição de motivos da PEC 241, de que os governos poderiam escolher gastar mais do que o piso estabelecido nas áreas de saúde e educação, bastando redirecionar os recursos de outros setores, considera-o falacioso já que dentre os gastos primários estão os gastos em infraestrutura, em previdência e assistência social, gastos com administração federal e outros, de maneira que aqueles setores mais poderosos teriam maior poder de barganha junto aos governos e Legislativo. Afirma que os gastos com saúde que hoje chegam a até 4% do PIB, em 2036 tende a se reduzir para 2,7%. Aduz que a perspectiva é de “compressão radial de todos os gastos primários” e que o congelamento ofende gravemente o mínimo existencial, violando o art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Sustenta que os pisos estabelecidos pela Constituição para gastos com saúde e educação são garantias constitucionais dos respectivos direitos fundamentais, de modo que a sua preservação é condição de possibilidade da integridade de tais direitos fundamentais. Considerando que garantias constitucionais se subsumem às hipóteses previstas no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal e estão protegidas como cláusulas pétreas, revogar estas garantias significa dissipar as bases mínimas para que os direitos fundamentais sejam efetivados e preservados. Aduz que a Emenda Constitucional atinge o núcleo essencial do direito fundamental à saúde e que os pisos estabelecidos veiculam patamares mínimos de gastos com saúde e educação, “figurando como garantias constitucionais das condições sociais básicas para uma vida com dignidade” (PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA, 2017, p. 48). Entende, de modo igual, ter sido violado o princípio da vedação de retrocesso social, pois que, com a constitucionalização do piso com gastos em saúde, através do art. 198, § 2º, I, esse piso foi incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, possuindo status constitucional, de maneira que não pode ser suprimido. Aduz que, em recente parecer proferido nos autos da ADIN 5.595 (contra a EC 86/15), o Procurador-Geral da República defendeu que a redução do investimento na área da saúde produz grave inconstitucionalidade, por violar o princípio da vedação de retrocesso social. Assim, afirma que “a EC n. 95 não promove propriamente o congelamento de gastos mínimos” (PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA, 2017, p. 52), havendo verdadeira redução de gastos *per capita*, diante do aumento populacional.

Por fim, importa trazer ao debate a informação de que há quem sustente, de forma genérica, muito embora sem exame da Emenda Constitucional em estudo, que direitos prestacionais devem ser relativizados em determinados casos, notadamente diante da realidade de crise, asseverando que o princípio da proibição de retrocesso também merece ser visto de maneira relativa (POMPEU; PIMENTA, 2017, p. 222).

Pompeu e Pimenta (2017, p. 226-232) destacam que “a ideia de um serviço social e público com prestações iguais para todos está defasada. O Estado deve se vincular somente à prestação de um mínimo existencial” e sustentam a desmistificação de que serviços públicos ou devem ser gratuitos ou tendencialmente gratuitos, sugerindo a aplicação do princípio da eficiência, com a promoção de racionalização de prestações, no sentido de se eliminar as que são desnecessárias, melhorando-se, desta forma, a própria atividade pública. Portanto, defendem a relativização do princípio da proibição de retrocesso diante da necessidade de adaptar as prestações sociais a um mundo em transformação, principalmente no momento atual, em uma situação de crise. Referem que esse modelo de Estado Social é insustentável, de maneira que “as constituições não podem ser vistas de forma dissociada do contexto globalizado”.

Observa-se que as posições jurídicas são diversas, havendo aqueles que sustentam a adequação e necessidade da medida e aqueles que a repudiam. Há também aqueles que advogam a necessidade de se relativizar direitos prestacionais em uma situação excepcional, como diante de uma crise econômica e mundial.

Não se desconhece a necessidade de ajustar as contas públicas e nem se defende nada diferente, mas é necessário que se faça dentro dos limites constitucionais, de maneira a preservar a essência da Constituição, pelo que é imprescindível examinar se a Emenda Constitucional nº. 95/2016, do ponto de vista material, está ou não dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Especialmente, deve-se analisar se a referida Emenda viola as cláusulas pétreas, núcleo duro e intangível da Magna Carta e se representa um retrocesso social inadequado, razão pela qual, no próximo tópico, abordar-se-á em que medida e em que margem de liberdade o legislador e o Poder Público podem dispor de direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente, os quais têm como característica a vinculação inexorável dos Poderes Públicos.

4.4 O legislador constituinte derivado da Emenda 95/16 extrapolou sua liberdade de conformação ao editá-la?

Para se chegar a uma resposta quanto aos limites da liberdade de conformação do legislador em matéria de direitos fundamentais sociais, sobretudo em relação à saúde, deve-se examinar a natureza e o regime jurídico desses direitos, além de se fazerem breves considerações sobre o direito orçamentário. A questão também perpassa pelo próprio reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais.

Canotilho (2001, p.11) já afirmava que “as relações entre a lei fundamental e as leis ordinárias se reconduz, liminarmente, ao aprofundamento teórico do esquema relacional e do conteúdo referencial de dois actos normativos”. Também enfatizava que:

A simples afirmação da prevalência da constituição sobre a lei e a determinação da intensidade da vinculação jurídico-constitucional do legislador inserem-se num complexo problemático muito mais vasto que vai desde a controvertida conciliabilidade da lógica da constituição de um Estado de Direito com a lógica da democracia e desde a análise estrutural-material da densidade e abertura das normas constitucionais até a própria compreensão da constituição em si (CANOTILHO, 2001, p. 11).

Realmente, trata-se de um problema vasto e complexo e que não possui resposta simples.

Em tema de direitos sociais, econômicos ou culturais, ou seja, direitos à prestação, conforme Canotilho (2001, p. 364-365), interessa especialmente aquilo que tem relação com a Constituição dirigente, mormente porque “a força dirigente e determinante dos direitos a prestações” neste caso se inverte, pois, em vez de uma pretensão à omissão, o que se tem é uma proibição de omissão, pressupondo, em verdade, uma tarefa de conformação social ativa dos Poderes Públicos, especialmente do legislador.

Vale ressaltar que, em se tratando de direitos à prestação, em muitos casos as normas constitucionais de direitos fundamentais exigem uma tarefa ativa do legislador, que teria de atuar positivamente, criando condições para o exercício do direito (CANOTILHO, 2001, p. 367-368). Daí é que Canotilho (2001, p. 365) afirma que:

[...] a realização dos direitos fundamentais é [...] um importante problema de competência constitucional: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.

Haveria, portanto, um espaço de conformação do legislador em concretizar o direito

fundamental social através da tarefa legiferante, de maneira que, havendo omissão, poder-se-ia estar violando o próprio direito fundamental (CANOTILHO, 2001, p. 369-371). Contudo, esse aspecto do problema não é objeto deste estudo, aqui importa examinar outra situação, sobretudo quando o legislador já concretizou o direito fundamental social através de uma lei ou outro ato normativo (Emenda Constitucional, por exemplo) e posteriormente pretende reduzi-lo, suprimi-lo ou mesmo limitá-lo.

É cediço que o Constituinte Derivado tem limitações ao poder de reformar, limites que estão previstos nas chamadas cláusulas pétreas, também chamado de limite material à reforma da Constituição, sendo o Constituinte Originário o único poder realmente ilimitado. Conforme já se expôs no segundo capítulo, as cláusulas pétreas ou limites intangíveis estão estabelecidos no artigo 60, § 4º, incisos I a IV da Constituição Federal de 1988. Para o presente estudo, importa o estabelecido no inciso IV, que prevê a vedação de Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Na doutrina há controvérsia quanto à proteção dos direitos sociais por esta cláusula, já que o dispositivo constitucional refere apenas “direitos e garantias individuais”, de modo que alguns autores entendem que a norma deve ser interpretada de maneira estrita. Esse assunto também já foi objeto de exame no segundo capítulo desta dissertação, pelo que se remete para aquele capítulo. Em que pese uma parte dos juristas questione ou negue a qualidade de direito fundamental aos direitos sociais, na atual quadra histórica não há dúvidas de que os direitos sociais efetivamente são fundamentais e, como direitos fundamentais estão sujeitos ao regime jurídico dispensado a eles. Relembre-se que os Poderes Públicos estão vinculados aos direitos fundamentais, sendo essa uma característica desses direitos. Ainda, os direitos fundamentais estão protegidos contra uma proteção deficiente, sob pena de se violar o princípio da proporcionalidade.

Observa-se, de outro lado, que o orçamento destinado pelo Estado para ações e serviços públicos de saúde não é um direito fundamental, mas uma garantia para a efetivação deste direito fundamental social. Um meio para concretizar o direito à saúde: uma garantia fundamental²⁹. Assim é que, segundo Heleno Taveira Torres (2014, p. 359), o orçamento público deve ter como objetivo “alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas suas máximas possibilidades”.

Feitas estas considerações, volta-se ao problema da liberdade de conformação do legislador.

²⁹ Este também é um dos argumentos contidos da ADIN 5658/17.

Ao estabelecer, através da Emenda Constitucional nº. 29/2000, os pisos a serem cumpridos pelas três esferas de governo para atendimento do direito fundamental à saúde, o constituinte derivado tinha por objetivo, evidentemente, proteger esse direito fundamental contra qualquer ação corrosiva do legislador, seja ordinário ou reformador. Logo, como garantia do direito fundamental, os pisos estabelecidos no artigo 198, § 2º, estão protegidos pelo teor do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal como autêntica cláusula pétrea.

Veja-se que o legislador criou os pisos mínimos a serem aplicados pelas três esferas de Governo por meio da Emenda Constitucional nº. 29/2000, que foi regulamentada pela Lei Complementar nº. 141/12 e alterada pela Emenda nº. 86/15, **tendo (recentemente) sido suspensa em sede cautelar a eficácia dos seus artigos 2º e 3º**. Assim fazendo, o legislador concretizou o direito fundamental social à saúde e o fez dentro de sua liberdade de conformação. Estabeleceu-se um limite mínimo de prestações estatais, incorporando esse limite ao patrimônio jurídico dos cidadãos brasileiros.

No entanto, por meio da Emenda do Teto dos Gastos Públicos congelaram-se esses pisos por um período de 20 anos. Nesse aspecto é que se questiona quais seriam os limites da liberdade de conformação do legislador, uma vez que já está o direito fundamental social devidamente concretizado e essas prestações já estão incorporadas ao patrimônio da cidadania brasileira. Haveria, nesse caso, uma lesão ou violação ao direito fundamental à saúde através de um ato positivo do legislador constituinte derivado?³⁰

Observa-se que o orçamento é um meio para a realização dos fins constitucionais, um instrumento para concretizar o direito fundamental. Assim, ao atingir o orçamento, meio pelo qual se concretiza e se efetiva um direito fundamental, a Emenda nº. 95/2016 está atingindo o próprio direito fundamental. Ao congelar o orçamento da saúde, está reduzindo o direito fundamental à saúde, pois que, certamente, as prestações materiais a serem prestadas pelo Estado restarão diminuídas, reduzidas.

Nesse aspecto, a Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, ao congelar o orçamento a ser aplicado na área da saúde pública, violou uma garantia fundamental prevista no artigo 198, § 2º, I da Constituição Federal e atingiu “em cheio” o direito fundamental à saúde. Por isso é que o Ministro Ricardo Lewandowski, ao examinar o pedido cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade contra a Emenda nº. 86/2015, consignou que:

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama

³⁰ Ver Canotilho, 2001, p. 372.

prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017).

Explica ainda o Ministro que a noção do que seja custeio adequado deve apoiar-se em bases jurídicas estáveis (em conformidade com o que preconiza o princípio da segurança jurídica), e fiscalmente progressiva (de acordo com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível), de maneira que “não cabe manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde”. Para ele, “ao direito fundamental à saúde correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017).

Aliás, conforme Sarlet (2003, p. 13), em consonância com o artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, os Estados signatários do Pacto estão obrigados a “implementar medidas, utilizando-se do máximo dos recursos disponíveis, com o intento de alcançar de modo progressivo a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto”, usando de todos os meios necessários e adequados, sejam de ordem legislativa, os quais não esgotariam as obrigações dos entes estatais, como também adotando “políticas concretas e a fixação de prioridades, a partir da relevância dos diversos direitos fundamentais sociais”. Mesmo que a exigência seja de uma implantação gradativa ou progressiva, porque “inexigível uma solução imediata para o problema da efetivação dos direitos sociais”, os Estados devem destinar “recursos materiais pelo menos para a sua realização num patamar mínimo”.

Progressividade, portanto, é o mote e um dos pilares do financiamento público no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, pelo menos conforme o parecer da Procuradoria Geral da República (Petição inicial da ADIN 5595 MC/DF), até que se alcança a meta estabelecida pelo artigo 196 da Constituição Federal, ou seja, a obtenção do acesso universal e igualitário do sistema de saúde no Brasil. Porém, em sentido diametralmente oposto ao que estabelece o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o Estado brasileiro constitucionalizou, com a Emenda nº. 95/2016, um financiamento regressivo para o sistema de saúde, congelando-o por um longo período de 20 anos.

Vale lembrar que não foi apenas com a Emenda nº. 29/2000 que se estabeleceu “prioridade alocativa dos orçamentos públicos em favor do custeio das ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017). A própria Constituição Federal em seu texto original já previa, no parágrafo único do artigo 198, que o sistema de

saúde seria financiado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em uma regra de proporcionalidade que definia que destes recursos, 30% seriam destinados à saúde³¹. Ou seja, o constituinte originário adotou um parâmetro mínimo, estabelecendo que, ao menos, um terço do orçamento da Seguridade Social deveria ser destinado à saúde.

Todavia, em sentido totalmente oposto à progressividade que deve nortear a concretização dos direitos fundamentais sociais, além de constitucionalizar uma política de austeridade, de índole regressiva, a Emenda Constitucional nº. 95/2016, na medida em que congela os investimentos da União em saúde pelos próximos 20 anos, reduziu, suprimiu e limitou o direito fundamental social à saúde já concretizado.

Canotilho (2001, p. 374) afirma que uma dimensão subjetiva do direito fundamental social, econômico e cultural resultaria, além da consagração desses direitos como fundamentais do cidadão, na “radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc, de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos”. É nesse último sentido que o autor afirma que se fala em direitos derivados a prestações, os quais justificariam “o direito de ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.”

Para ele, “quando um direito econômico, social e cultural, constitucionalmente garantido, tiver já obtido um certo nível de realização legal é possível conceber-se uma acção judicial contra o retrocesso ou desigualdade.” (CANOTILHO, 2001, p. 483).

De Conto (2008, p. 97, 102) analisa o problema e afirma que o Princípio da Proibição de Retrocesso, como corolário do Estado Democrático de Direito, vincula todos os Poderes do Estado, sendo que a aplicação desse princípio leva à diminuição na liberdade de conformação do legislador, especialmente em respeito ao que se conhece por núcleo essencial do Direito Fundamental. Afirma também o autor que a liberdade de conformação do legislador possui limitações, no sentido de não haver absoluta liberdade de atuação do poder de legislar, havendo uma “espécie de zona de proteção aos valores constitucionais mais relevantes”.

Novais (2006, p. 189), ao tratar desse tema, refere que, em um primeiro momento, se poderia pensar em uma resposta positiva para a pergunta quanto à margem de liberdade de conformação do poder político em dispor de direitos fundamentais sociais. Pois que em nome dessa liberdade de conformação e da auto-revisibilidade das leis haveria uma larga margem de

³¹ Neste sentido é o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no exame da ADIN 5595 MC/DF, 2017.

intervenção, de modo que tudo aquilo que se refere à concretização dos direitos sociais estaria à livre disposição do legislador ordinário. No entanto, para ele essa concepção esvaziaria os direitos sociais de qualquer relevância jurídica, inclusive da sua natureza de direitos fundamentais.

Porém, o jurista português pondera que a última palavra cabe ao Tribunal Constitucional, a quem compete traçar “as fronteiras daquilo que é jurídico-constitucionalmente permitido ou não ao legislador ordinário”, especialmente quando se trata de direitos sociais, onde a jurisprudência constitucional é mais delicada em face das dificuldades materiais da decisão (NOVAIS, 2006, p. 190).

Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 102), examinando decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Schleyer em 1977, afirma que o referido Tribunal sublinhou que “o legislador tem um espaço de ação dentre do qual pode eleger como cumprir o dever de respeitar a vida humana”, ou seja, haveria uma liberdade de legislar, de criar o direito.

Porém, aqui se está a examinar a sua liberdade de reduzir um direito já concretizado. Então, sustenta-se que o legislador é livre em criar o direito, mas não em reduzi-lo, suprimi-lo ou limitá-lo. Uma vez que concretizado o direito fundamental por meio de atos legislativos, não poderá haver redução, limitação ou supressão constitucionalmente adequada.

De outro lado, questiona-se se do mesmo modo que o legislador infraconstitucional, estaria o constituinte derivado também sujeito a estes limites?

Sarlet (2015, p. 72) entende que sim, pois que “a proteção contra a ação do poder constituinte reformador”, especialmente diante da previsão de limites materiais à reforma, é uma “relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição”.

Barroso (2010, p. 149) ensina que o Poder Reformador, ou Poder Constituinte Derivado “é um poder de direito, e não um poder soberano”, de modo que somente poderá reformar a Constituição originária observando os limites estabelecidos por ela. Também afirma que “uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram a sua criação”, o que chama de espírito da Constituição, ou seja, limites materiais ao poder de reforma. “São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias fora do alcance do constituinte derivado.” (BARROSO, 2010, p. 160).

O autor lembra que os limites materiais de uma Constituição têm o objetivo de “retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático”,

considerando as cláusulas pétreas:

[...] a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional (BARROSO, 2010, p. 163).

Então, de acordo com o que sustenta grande parte da doutrina, o legislador constituinte derivado também está limitado em seu poder de Emenda Constitucional em editar medidas retrocessivas em matéria de direitos fundamentais sociais. Dessa forma, deve respeitar as cláusulas pétreas ou, como diz Barroso (2010, p. 162), o espírito da Constituição, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

Dessa forma, ao adotar qualquer medida retrocessiva, deve o legislador constituinte derivado, ou mesmo o legislador ordinário, justificar adequadamente a necessidade da medida, realizando, em verdade, uma ponderação de bens. Vale dizer que sempre que o legislador afetar o grau já obtido de realização dos direitos sociais, essa afetação deve ser dogmaticamente identificada como restrição de direitos fundamentais sujeita, portanto, ao controle do Tribunal Constitucional. Sob esse prisma, a restrição a direitos sociais somente é constitucionalmente legítima se o legislador puder invocar a proteção de um outro bem que deva prevalecer, sendo que devem ser observados os limites aos limites aplicáveis aos direitos de liberdade, como os princípios da igualdade, proibição de excesso, proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2006, p. 197).

Observa-se que ainda que se possa considerar inconstitucional uma Emenda Constitucional apenas frente ao texto originário, não se podendo falar em inconstitucionalidade de uma Emenda frente a outra Emenda, no caso de ser aprovada uma que altere regressivamente o que já está concretizado estar-se-á, em verdade, diante da violação de uma cláusula pétrea (artigo 60, § 4º da Constituição Federal) e não de um problema de inconstitucionalidade de uma Emenda diante de outra.

Efetivamente, o princípio da proibição de retrocesso configura-se como verdadeiro limite à autonomia do Poder Legislativo. Esse princípio, segundo Agra (2007, p. 30), encontra respaldo doutrinário, porque o Poder Constituinte originário é o único Poder verdadeiramente ilimitado. Para ele os fundamentos para essa restrição são de ordem teleológica e substancial. Substancial porque os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, e teleológica porque o objetivo deste princípio é permitir que aos cidadãos seja assegurado o exercício destes direitos, os quais são considerados essenciais ao convívio em sociedade.

Aqui também releva invocar a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 831), quando afirmam que:

[...] o direito à prevenção em matéria de saúde e de cuidados médicos é considerado na União Europeia como um direito de solidariedade, que exige, no âmbito das políticas públicas (dos Estados e da União), a promoção de um elevado nível de protecção da saúde humana. Trata-se de um direito estruturalmente dependente de recursos financeiros, mas impeditivo de uma liberdade de conformação política neutralizadora dos níveis de protecção já alcançados (cfr. AcTC n.330/89).

Logo, em tema de direitos fundamentais, notadamente os sociais, o legislador, seja ele constituinte reformador ou legislador ordinário, tem sua liberdade de conformação limitada ao grau de protecção já alcançado concretamente, de modo que estão impedidos de neutralizar os níveis de protecção já alcançados, como bem argumentam Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 305). Aliás, o próprio texto constitucional originário da Constituição de 1988 já estabelecia que 30% do orçamento da seguridade social deveria ser destinado ao setor saúde, demonstrando, com isso, a intenção do Constituinte originário em proteger esse direito fundamental, de modo que esse patamar representa uma vinculação mínima de receita a ser destinada a esse setor.

Portanto, no que diz respeito à Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, ao congelar os pisos a serem aplicados pela União em ações e serviços de saúde pelo prazo de 20 anos, o Poder Constituinte reformador agiu de maneira desconforme, atingindo um grau já concretizado de garantia de um orçamento mínimo e progressivo para a área da saúde. Assim agindo, o legislador constituinte derivado extrapolou sua liberdade de conformação, agindo de maneira desconforme com a Constituição.

4.5 A constitucionalidade da Emenda 95/2016 e a crise financeira do Estado brasileiro: avanços ou retrocessos?

Aspecto relevante a ser abordado é se a Emenda Constitucional nº. 95/2016 é adequada aos fins a que se destina, ou seja, equilibrar o orçamento público, representando um avanço ou se, do contrário, representa um retrocesso social, inadequado constitucionalmente. Também importa examinar se a necessidade de equilibrar o orçamento seria mais importante do que manter o nível de concretização já alcançado relativamente ao direito fundamental à saúde, e se essa medida de austeridade veio devidamente justificada.

Releva também responder a pergunta de Andreas Krell (2002, p. 39), quando questiona se somente a atividade legislativa estaria afetada pela proibição de retrocesso ou se

a redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais, como no corte no orçamento da entidade pública, também estaria atingida pelo referido princípio.

E importa responder se a medida adotada é proporcional, principalmente no sentido de ela representar ou não uma proteção deficiente ao direito fundamental à saúde.

Já se consignou anteriormente que a escassez de recursos é inexorável, notadamente na área da saúde. Assim, para muitos economistas, técnicos ou mesmo juristas, as medidas adotadas pela Emenda nº. 95/2016 são justificáveis, já que, diante da crise econômica e financeira, seria necessária para garantir o equilíbrio das finanças do Governo Brasileiro.

Todavia, diante do congelamento orçamentário pelo largo prazo de 20 anos, o que já ficou exposto nos itens 4.1, 4.2, e 4.3 deste capítulo, através de estudos elaborados por técnicos, ocorrerá possivelmente a diminuição das próprias prestações materiais em ações e serviços públicos de saúde. Dessa forma, permanecendo em vigor a Emenda Constitucional dos Gastos Públicos e diante do aumento da população, assim como o aumento da expectativa de vida, fica evidente que esses serviços serão progressivamente reduzidos.³²

Parece evidente que haverá uma erosão desta área, especialmente comparando-se com o que ocorreu na primeira metade da década de 1990, quando, em decorrência de políticas governamentais, especialmente diante do fato das contribuições previdenciárias deixarem de compor as fontes de financiamento do SUS e diante da criação da Desvinculação das Receitas da União, houve uma deterioração do setor de saúde pública. Essa deterioração ensejou diversos problemas ao setor, como a perda de qualidade na atenção entregue à população, a formação de enormes filas de espera para obter consultas especializadas e cirurgias eletivas, a sub-remuneração dos profissionais da área da saúde e a ausência de insumos e de medicamentos para garantir atendimentos, entre outros problemas (BARROS, 2004, p. 154-55)

Então, a resposta à pergunta formulada por Andreas Krell (2002) parece ser positiva quanto à aplicação do princípio da proibição de retrocesso não apenas à atividade legiferante, mas também ao nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais ofertadas, pois a redução do volume de dinheiro destinado ao setor de saúde reduzirá inevitavelmente essas prestações, seja quantitativa ou qualitativamente.

Concordando com esse pensamento, conforme já se expôs, Agra (2007, p. 30-32) aduz que o entrincheiramento tem por finalidade impedir “o retrocesso em prestações

³² Na Ação direta de Constitucionalidade contra a emenda 95/16 esse é um dos argumentos invocados pelo autor da ação.

materiais fornecidas pelos entes estatais como, por exemplo, serviços básicos como educação e saúde”. Busca-se, com ele, “impedir que a qualidade das prestações oferecidas pelo Estado possa sofrer um retrocesso, mitigando o Estado de Bem-Estar Social em nome de imposições do mercado que privilegiem uma minoria”. Para Agra (2007, p. 32) esse princípio não configura uma limitação peremptória ao Poder Legislativo, sendo sua função concretizar determinado conteúdo mínimo previsto na Constituição.

Esse conteúdo mínimo previsto na Constituição já foi concretizado pela Emenda Constitucional nº. 29/2000 e Lei Complementar nº. 141/12, ou mesmo pelo teor da EC 86/15, que em seu artigo 1º. (não suspenso cautelarmente), incluiu o inciso I ao § 2º. do art. 198 da CF, estabelecendo que a União deve aplicar no setor saúde no mínimo 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Logo, ficou estabelecido um percentual mínimo e *progressivo* a ser gasto com ações e serviços públicos de saúde.

Note-se que a Lei Complementar estabeleceu a forma como os valores a serem aplicados deveriam ser **corrigidos**, estabelecendo ainda vedação, em caso de variação negativa do PIB, de redução do valor a ser aplicado, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro³³.

Assim, na esteira do que ensina José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 407), em decorrência do princípio da proibição de retrocesso, essa medida legal (Lei Complementar nº. 141/2012), concretizadora do direito social à saúde, se elevou a direito constitucional intangível. Contudo, essa constitucionalização não se deu de forma automática, pois que há “um consenso básico e uma radicação na consciência jurídica geral de que o grau de realização legislativa obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional”. Tanto é, que o Ministro Ricardo Lewandowski, ao examinar em sede de medida cautelar a inconstitucionalidade da EC 86/15, argumentou que:

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado. A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em base juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e da reserva do possível) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017).

Para Lewandowski (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2017), “ao direito

³³ Conforme teor do § 2º. do art. 5º. da Lei Complementar 141/12.

fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo”, de tal modo que o arranjo protetivo do direito à saúde tem por objetivo a máxima efetividade de tal direito, devendo ser realizado *de maneira progressiva*, o que decorre do próprio artigo 5º. § 1º. da Constituição Federal.

Aliás, esse também é o entendimento do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2017) que, em nome do Ministério Público nacional, interpôs a ADIN contra a EC 86, o que se percebe quando refere que o constituinte originário, reconhecendo a saúde como um direito fundamental, “montou um arcabouço necessário para sustentá-lo” através do financiamento público, que é um dos pilares do sistema e pressupõe progressividade, pelo menos até o cumprimento da meta prevista no artigo 196 da CF, de tal modo que a Lei Complementar nº. 141/2012 veda, em caso de variação negativa do PIB, a redução do valor nominal obtido no ano anterior.

Existe uma consciência geral, segundo se observou dos pensamentos doutrinários já referenciados, da necessidade de concretização progressiva do direito fundamental social à saúde, que se efetiva através de recursos financeiros para que se possam atender, de maneira adequada, as prestações materiais correlatas. Por isso é que a Lei Complementar nº. 141/2012, ao estabelecer que os valores aplicados em ações e serviços públicos de saúde deveriam ser corrigidos pela variação nominal do PIB e não poderiam sofrer redução ao que já fora aplicado no ano anterior, mesmo em caso de variação negativa do Produto Interno Bruto, acabou se elevando a direito constitucional intangível, havendo um verdadeiro “processo de osmose constituição-lei, em que esta poderia funcionar como mediação constitucionalmente caracterizante do programa normativo-material da Constituição” (ANDRADE, 2006, p. 407).

Só assim se garante a tão necessária estabilidade das situações ou posições já realizadas referentes ao direito fundamental em comento, por exigência da dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2006, p. 407).

O congelamento do orçamento da saúde é contrário à progressiva concretização desse direito fundamental. Aliás, ao congelar o orçamento, reduzir-se-á o volume financeiro do Sistema Único de Saúde, o que, em um período extenso de 20 anos, ensejará “a redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais”, já que a população tende a crescer e a envelhecer (KRELL, 2002, p. 39). Assim, o nível de prestações fáticas já ofertadas à população não pode sofrer redução, estando essas prestações protegidas pelo princípio da proibição de retrocesso.

Porém, levantando outra questão, Krell (2002, p. 40) questiona se “as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos

fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas”.

Por tudo o que já se expôs, chega-se à conclusão de que as leis orçamentárias não podem diminuir o valor das verbas destinadas à efetivação e concretização dos direitos fundamentais, tanto é que atualmente o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo amplamente que as leis orçamentárias podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade³⁴. De igual modo, conforme a lição de Vieira de Andrade (2006), observa-se que as leis ordinárias que concretizam esses direitos também não podem ser revogadas, posto que essas leis se elevam à categoria de direito constitucional, havendo um verdadeiro processo de osmose constituição-lei. Este é o sentido do princípio da proibição de retrocesso que, invocando-se a *contrario sensu* à lição de Agra (2007, p. 30), também visa “evitar a revogação de uma lei que garante determinados benefícios à população”.

Não se está aqui a sustentar que uma Emenda Constitucional não possa revogar uma lei ordinária, nem mesmo que uma Emenda Constitucional não possa revogar outra. O que se está defendendo é que o constituinte originário, ao estabelecer limites materiais à reforma da Constituição, impediu a corrosão de matérias que considera núcleo essencial desse documento, limitando a atividade do legislador ordinário e constituinte derivado, pois só o texto originário da Constituinte possui aquele poder ilimitado que Agra (2007) refere.

Sendo o direito à saúde direito fundamental e compondo o orçamento e o financiamento deste direito uma proteção, uma garantia do direito fundamental à saúde, estará ele protegido pelas cláusulas pétreas, não podendo ser objeto de Emenda que reduza, suprima ou limite esse direito.

Observa-se que o orçamento para a área não representa o próprio direito fundamental, mas um meio para a sua consecução, uma garantia de sua concretização. Assim, considerando que o direito à saúde, para ser concretizado, depende de prestações a serem fornecidas pelo Estado, ou seja, depende de prestações fáticas (serviços de atenção básica, de média e alta complexidade, leitos hospitalares, medicamentos que são fornecidos gratuitamente à população, insumos, etc., e até mesmo a própria modernização do sistema de saúde), as quais conseqüentemente necessitam de orçamento e de alocação de recursos, esse congelamento implica na redução, limitação ou restrição ao próprio direito fundamental e às prestações correlatas.

³⁴ O Supremo Tribunal Federal não admitia o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade em relação às leis orçamentárias (ver ADI 2484 –MC, relator Min. Carlos Velloso, em julgamento realizado em 19/12/2001). Todavia, a partir do julgamento da ADI 1915-DF, iniciou-se a revisão jurisprudencial, passando o STF a admitir ADI em face de lei orçamentária. (ABRAHAM, 2017).

O sucateamento do sistema de saúde na primeira metade da década de 1990, por si só, já demonstra que congelar o orçamento da saúde acarretará a redução das ações e serviços públicos de saúde, sobretudo diante do aumento populacional, do envelhecimento da população e do aumento da expectativa de vida.

A seguir, como exemplo, examinam-se os recursos orçamentários disponibilizados pelo Poder Público e o serviço de realização de cirurgias eletivas, a fim de verificar se, em decorrência da redução do orçamento, esse serviço foi ou não afetado. Tais dados constam do Recebimento Diverso nº. 00784.00413/2017, que tramitou na 1ª Promotoria de Justiça Cível de Gravataí³⁵, atualmente arquivado.

O Município de Gravataí, no Rio Grande do Sul, firmou contrato de prestação de serviços de saúde com o Hospital Dom João Becker, contrato nº. 079/2013, em 01 de outubro de 2013, com prazo de validade de 12 meses. O objeto do contrato consistia na integração do Hospital ao Sistema Único de Saúde (SUS) e consequente absorção na rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde ambulatoriais e hospitalares, em caráter de urgências/emergências e eletivo, visando garantir o atendimento integral à saúde da população em todas as áreas contratadas, no limite da capacidade instalada e pactuada do Hospital Dom João Becker (cláusula segunda).

Analisando a cláusula oitava do referido contrato, verifica-se que o preço ajustado para sua execução, no prazo de um ano, era de R\$ 38.487.808,44 (cláusula 8.1). O Hospital Dom João Becker, em contrapartida aos valores pagos, deveria realizar 20 cirurgias eletivas mensal FAEC, dentre outros serviços contratados. Em 10 de junho de 2014, foi firmado o Termo de Adendo nº. 06, para incluir o incentivo da fonte Estadual 4230 IHOSP, assim redigido:

Cláusula Décima – Do Pagamento

Fica incluído na Cláusula Décima do Contrato de Prestação de Serviços no. 079/2013 o item 10. 3.1, com a seguinte redação:

10.3.1 Fica incluído o incentivo da fontes Estadual 4230 IHOSP. No contrato vigente já constava a fonte Estadual 4230 com o valor de suplementação de R\$ 2.392.881,36, o que importa numa diferença de R\$ 1.857.208,83 para todo o anos de 2014 e de R\$ 1.392.906,00 até setembro/2014, sendo que, desse valor, 60% destinar-se-á a cobertura de suplementação de tabela, ou seja, R\$ 834.906,60, totalizando da fonte Estadual R\$ 3.227.787,96. O valor de R\$ no valor de R\$ 834.906,60 deverá ser deduzido da fonte 040 – suplementação municipal de internações, a qual passará a ser de R\$ 1.645.291,20, correspondente a 40%, ou seja, R\$ 557.162,64 serão incluídos como parcela pré-fixada de repasse do IHOSP ao HDJB, ou seja, R\$ 61.906,96 mensais de janeiro a setembro/2014. Assim, deverá constar:

Pós fixado Internações/suplementação (vínculo 0040)/: Reduzir em R\$ R\$ 835.743,96;

³⁵ RD que tramitava na Promotoria em que esta mestranda é titular.

Pós fixado Internações/suplementação (vínculo 4230): Aumentar em R\$ R\$ 835.743,96;
 Incentivo I HOSP (vínculo 4230): Item Novo: R\$ 557.162,64 (Termo de Adendo n. 06, Cláusula Segunda – Da inclusão de Item).

Em 31 de outubro de 2014, Município e Hospital entabularam o Termo de Adendo nº. 10 – de prorrogação de prazo e alterações de cláusulas contratuais ao Contrato de Prestação de Serviços nº. 079/2013, para vigor entre 01/11/2014 a 31/10/2015. Na cláusula oitava, o preço ajustado passou a ser de R\$ 42.223,450,92, importando um aumento de recursos financeiros. Nos Anexos 1 e 2 desse Adendo constavam as metas qualitativas e quantitativas a serem atingidas pelo Hospital. Para fins de comparação, observa-se que a partir do Adendo o Hospital deveria realizar 130 cirurgias eletivas, reguladas pelo gestor (item 5.1 do Anexo 2). Ou seja, houve um aumento do serviço em relação ao estabelecido anteriormente, quando o preço ajustado era de R\$ 38.487.808,44.

Observa-se que a fonte IHOSP tinha por objetivo incrementar a realização de cirurgias eletivas, sendo que com a redução desta fonte de custeio ocorreu a diminuição de cirurgias eletivas³⁶.

Em 01 de outubro de 2015, as partes firmaram o Termo Aditivo nº. 13 – Alteração ao Contrato de Prestação de Serviços nº. 079/2013, para que, a partir de 01 de outubro de 2015, o preço mensal estimado sofresse uma redução de R\$295.321,24 (duzentos e noventa e cinco mil trezentos e vinte e um reais e vinte e quatro centavos), tendo em vista a não renovação da Política de Incentivo Estadual à Qualificação da Atenção Terciária em Saúde (PIES – AST-IHOSP) por parte do Estado do Rio Grande do Sul, procedendo-se então a readequação proporcional de exames, consultas eletivas ambulatoriais e cirurgias eletivas FAEC. Assim, o item 8.1 da cláusula oitava, estabelecida no Termo Adendo nº. 10, de 31 de outubro de 2014, passou a ter a seguinte redação:

8.1 O preço total estimado a ser pago pelo CONTRATANTE à CONTRATADA, para execução deste contrato, no período de 01/11/2014 a 31/12/2015, importa em R\$48.308.607,73 (quarenta e oito milhões trezentos e oito mil seiscentos e sete reais e setenta e três centavos).³⁷

No item 4 do Anexo 1 do Adendo nº. 13 está previsto que o Hospital deveria realizar 44 cirurgias eletivas. Assim, pode-se observar que as cirurgias eletivas, entre de 01 de outubro

³⁶ Conforme e-mail recebido da Secretaria Municipal de Saúde de Gravataí, em 20 de fevereiro de 2018, juntado no Recebimento Diverso nº. 00784.00413/2017 e conforme Termo de Audiência, realizada em 12 de janeiro de 2016, nos autos do Inquérito Civil 00784.00027/2010.

³⁷ Multiplicando por 12 meses o valor mensal da contratação (R\$3.190.239,02), chega-se ao valor total do contrato de **R\$38.282.868,24**, e não **R\$48.308.607,73** como constou do item 8.1 do contrato, de modo que se observa evidente erro material.

de 2015 a 31 de dezembro de 2015, caíram para 44 (item 10.4.1 do Anexo 1 do Adendo nº.13) em comparação às 130 contratadas pelo Termo de Adendo nº. 10.

Como se observa, quando houve o aumento de recursos financeiros, notadamente a fonte IHOSP, houve igualmente o aumento do serviço de realização de cirurgia eletiva ofertado à população. De outro lado, diante das reduções orçamentárias, houve a consequente redução do volume de serviço. Com a perda do incentivo IHOSP, que tinha por objetivo incrementar as cirurgias eletivas, houve também a redução do serviço. Importa ressaltar que a diminuição da realização de cirurgias eletivas aumenta a fila de espera, sendo que, em razão da demora no atendimento, essa cirurgia pode se transformar em urgência e até emergência, podendo, inclusive, levar o paciente à morte.

Por inferência, toda e qualquer medida do Poder Público tendente a prejudicar ou diminuir as provisões orçamentárias abstratamente destinadas às rubricas de prestação efetiva de direitos fundamentais (mormente no que diz respeito à saúde), exemplarmente por meio de legislações supervenientes cujo teor adote o congelamento orçamentário ou a indexação atuarial inferior aos índices anteriormente assegurados pelas normas jurídicas revogadas, tende a restringir, na prática, os arranjos e medidas prestacionais correlatos àquele direito fundamental, cuja natureza pétreia indica, pelo seu inequívoco prejuízo, a reprovável incidência de uma flagrante situação de inconstitucionalidade material a ser combatida pelos meios jurídicos disponíveis.

Neste estudo, salienta-se, fica prejudicada a comprovação empírica das consequências do congelamento do orçamento para a área da saúde, uma vez que não há como se comprovar, prospectivamente, esses dados. Somente o tempo demonstrará se este estudo está correto. Aqui, usa-se um juízo hipotético-comparativo do que o país já experimentou nesta área.

De outro lado, demonstrou-se no terceiro capítulo deste estudo que medidas de austeridade adotadas em Portugal não solucionaram os problemas econômico-financeiros do país. Aliás, estas de austeridade tornaram mais agudos os problemas sociais, aumentando a pobreza da população e o próprio desemprego. Com uma política anti-austeridade do governo atual, Portugal começa a apresentar sinais de superação da crise.

Ao que parece, o caminho que está sendo trilhado pelo governo brasileiro não será adequado para solucionar o desequilíbrio das contas públicas. Dito de outro modo, as escolhas realizadas não são adequadas para o objetivo a ser alcançado, sendo, portanto, desproporcionais e injustificadas, parecendo mais com uma política de governo descompromissado com os direitos fundamentais, a qual deve ser devidamente combatida pelo Direito.

Com efeito, o direito à saúde, integrando os direitos sociais, os quais, conforme lição de Canotilho (2004, p. 102), “implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas aos objectos destes direitos” e que, segundo Novais (2006, p. 189), estão vinculados “à disponibilidade financeira do Estado”, representam valores fundamentais que estão subtraídos à livre disposição do Poder Político, de acordo com o que já se sustentou.

No início deste estudo já se deixou claro que é tarefa da atual geração impedir que os direitos já alcançados sejam destruídos, corroídos, principalmente para garantir às gerações futuras, no mínimo, o mesmo nível de proteção e efetivação dos direitos fundamentais já alcançados. Assim, afetar o grau de concretização do direito já alcançado implica inexoravelmente um retrocesso social. Para serem legítimas, essas ações necessitam ser devidamente justificadas, devendo haver, ainda, a previsão de medidas compensatórias, o que não ocorre no caso em estudo.

Observa-se que os cidadãos brasileiros confiam na existência de diversos serviços públicos de saúde, como a atenção básica, a estratégia da saúde da família, a existência de leitos hospitalares, de tratamentos oferecidos gratuitamente à população, dentre outros. Com o congelamento do orçamento, o direito à saúde não terá “custeio adequado, estável e progressivo”, nos termos assinalados pelo Ministro Lewandowski, recebendo a saúde uma proteção deficiente, pelo que afetado está o princípio da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais. Ora, proteger um direito fundamental é protegê-lo de forma ampla e abrangente. Protegê-lo de maneira deficiente é o mesmo que desampará-lo.

Note-se que a doutrina jurídica referenciada, seja invocando o princípio do não retrocesso social, seja invocando outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, da proteção da confiança, da proibição de proteção deficiente, ou mesmo diante da reconhecida impossibilidade de violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, está de acordo quanto à inconstitucionalidade de medidas retrocessivas que suprimam, restrinjam ou limitem direitos sociais já concretizados, de modo que tanto o legislador como o Poder Público teriam limitadas as suas liberdades de conformação.

Portanto, a Emenda Constitucional nº. 95/2016 representa, sim, um retrocesso social inconstitucional, não havendo o que se falar em qualquer avanço.

De maneira a reforçar a tese de que a EC 95/16 representa um retrocesso social, importa examinar se esta Emenda veio devidamente justificada e se havia alternativas possíveis de solucionar os problemas da crise financeira no Brasil.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional, como bem observou Vieira Júnior (2016) quando do exame do Projeto, não traz qualquer medida alternativa ou compensatória diante do congelamento das despesas a serem gastas em matéria de saúde, e, ao assim fazer, a medida representa retrocesso social, de acordo com a lição de Cristina Queiróz (2006, p. 67, 70), pois que “uma vez consagradas legalmente ‘as prestações sociais’ (v.g., de assistência social), o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”.

Também a Emenda não justifica adequadamente as “escolhas aleatórias” que fez, nos termos constatados por Comparato e outros (2016), em detrimento das restrições à área da saúde. Observa-se que, de maneira totalmente injustificada e aleatória, o Governo escolheu congelar o orçamento de serviços básicos da mais alta relevância, como a saúde e educação, pelo prazo de extensos 20 anos, atingindo 5 governos e 5 legislaturas, que não poderão optar por fazer diferente. Todavia, o Governo poderia ter optado pagar menos da dívida pública, ou mesmo ter optado por reduzir ou simplesmente dar fim às renúncias, isenções e incentivos fiscais. Há outras opções. Há alternativas viáveis.

Ora, de acordo com o magistério de Novais (2006, p. 197), tratando-se de direito fundamental, se retira do legislador ordinário a disponibilidade no que tange aos direitos sociais, de modo que o Poder Público, ao pretender restringir os direitos sociais, deve fundamentar essas restrições na necessidade de proteger outros bens jurídicos prevalentes, fazendo um verdadeiro juízo de ponderação.

Assim, deveria o constituinte reformador, ao afetar o grau já obtido de concretização do direito social à saúde, na esteira do que sustenta Novais (2006, p. 197), ter invocado a proteção de um outro bem que deveria prevalecer, observando os limites aos limites aplicáveis aos direitos de liberdade, como os princípios da igualdade, proibição de excesso, proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana. Todavia, assim não o fez.

O direito fundamental à saúde tem um grau bem maior de importância que o princípio orçamentário ou a necessidade de se ajustar as contas públicas, uma vez que o direito fundamental à saúde, na linha do que já reconheceu o STF³⁸, “representa consequência

³⁸ “Ementa: Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público (CF, art. 5º. *Caput* e 196). Precedentes (STF). Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional do direito à vida.” (STF, RE 271.286-RS, AC de 12.09.2000, 2ª. T, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000); Ementa: “O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE

constitucional do direito à vida”, bem maior do ser humano, sem o qual nenhum outro direito se justifica, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. O direito fundamental à saúde tem prevalência e um peso bem maior que o princípio orçamentário.

Por outro lado, de acordo com o que se expôs no terceiro capítulo desta dissertação, a Constituição brasileira, assim como a Portuguesa, não prevê um direito de crise, onde se poderiam excepcionar e relativizar os direitos fundamentais em nome de um outro bem, no caso o equilíbrio econômico e fiscal de um país, ou mesmo em nome do princípio orçamentário.

Na medida em que a “Emenda Constitucional dos Gastos Públicos” não apresenta alternativas ou medidas compensatórias aos direitos sociais que está restringindo (saúde), não justificando adequadamente as escolhas realizadas, ela somente pode ser vista como retrocessiva. Para se dizer que houve ou não um retrocesso social, deve-se analisar a situação anterior, pois, conforme Sarlet (2015, p. 80), o retrocesso só “se dá em relação a um estado anterior, que sirva de referência para tal avaliação”. E o “estado anterior” referência no que diz respeito ao financiamento da saúde é exatamente aquele estabelecido pela EC 29/00 e Lei Complementar nº. 141/12 ou mesmo a EC 86/15, que incluiu o inciso I ao § 2º do artigo 198 da CF. Neste caso, tanto a EC 29/00, a Lei Complementar nº. 141/12 e a EC 86/15 concretizaram um piso progressivo para o setor da saúde.

No dizer de Canotilho (2004, p. 111-112), sendo inexorável a necessidade de exigir do Estado uma “direção e uma meta emancipatória”, “um aumento contínuo de prestações sociais”, ao congelar as verbas públicas e afastando aquilo que já foi concretizado, ou seja, aplicação de recursos mínimos em saúde de forma progressiva, sem esquecer que o “espírito da Constituição” estabelecia que 30% (trinta por cento), no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, seria destinado à saúde (artigo 55 do ADCT do texto original da Constituição Federal), conclui-se que a Emenda aprovada representa não apenas “um andar para trás”, mas um verdadeiro retrocesso social em matéria de saúde.

É fácil conjecturar que ocorrerá redução dos serviços na área da saúde com o congelamento do orçamento pelo prazo de 20 anos. Ora, conforme já se registrou acima, com

MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras de vírus HIV/AIDS, dá efetividade à preceito fundamental da Constituição da República (art. 5º, caput e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº. 271286/RS**. 2ª. Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 03 jan. 2018).

o desfinanciamento da saúde que ocorreu na primeira metade dos anos 1990, houve a redução dos serviços nesta área, um verdadeiro sucateamento do setor, com consequências graves para o sistema de saúde no Brasil (BARROS, 2004, p. 155).

Esse quadro de subfinanciamento ocorreu por um período relativamente curto em comparação ao que está previsto na EC 95/16, ou seja, por um período de 3 a 5 anos. Naquele espaço de tempo, observou-se que houve uma “perda de qualidade da atenção ofertada”. Também houve um aumento da “fila de espera para obtenção de consultas especializadas e cirurgias eletivas”, assim como ocorreu a “sub-remuneração dos profissionais de saúde” e a “ausência de insumos e medicamentos para assegurar atendimentos resolutivos” (BARROS, 2004, p. 155).

Dessa forma, comparando-se fatos que já ocorreram e estão devidamente comprovados e noticiados, a conclusão inevitável é que o congelamento do orçamento implicará, inexoravelmente, na redução, limitação ou restrição ao próprio direito fundamental à saúde, tanto em termos quantitativos e qualitativos, afetando as prestações materiais que estão sendo entregues à população.

De igual modo, a referida Emenda viola o mínimo existencial para o setor da saúde já alcançado no Brasil. Note-se que já há um conteúdo em mínimo existencial em serviços de saúde, e esses serviços atualmente são aqueles prestados pela rede pública. Aliás, de acordo com os ensinamentos de Lazari (2016, p. 134), e tendo em vista que o direito à saúde é amplíssimo, a saúde preventiva, restauradora e a saúde pós-estabelecimento são integrantes do mínimo existencial, afastadas deste conceito a saúde experimental e outras questões atinentes à saúde.

Com isso não se está defendendo que o Estado deve prestar tudo o quanto existe em termos de proteção à saúde do cidadão brasileiro, o que se defende aqui é que aquilo que já foi alcançado em termos de ações e serviços de saúde não pode ser retirado, limitado ou reduzido, sob pena de se incorrer em retrocesso social. Ainda, caso venha a ser diminuído, que a alternativa proposta pelo Poder Público preste contas de medidas compensatórias alternativas beneficiárias de outros direitos fundamentais.

Também a Emenda atinge o núcleo essencial do direito fundamental social à saúde, pois é bastante provável que os recursos congelados venham a afetar o Sistema de Saúde como um todo, atingindo inexoravelmente as ações e serviços de saúde que já foram concretizados. Na verdade, representará um novo sucateamento do sistema de saúde, nos moldes do que ocorreu entre 1990 e 1994, quando a saúde deixou de ser prioridade de um governo.

O núcleo essencial do direito fundamental à saúde no Brasil há de ser visto como progressivo.

Por fim, a Emenda Constitucional nº. 95 afeta o princípio da proteção da confiança, confiança que o povo brasileiro depositou no Sistema de Saúde hoje existente, de modo que a medida adotada, conforme referiu Fonseca (2016), “tira a esperança das pessoas”, sendo “um fator de aguçamento dos conflitos sociais”.

Não se desconhece que o Brasil está vivendo uma época de crise e escassez, e que há a necessidade de adoção de medidas e de escolhas trágicas. Também não se olvida estar diante de uma grave crise do Estado Social, e que diversos países se encontram com suas contas totalmente desequilibradas, como é o caso do Brasil. Não se está aqui a advogar que se deva manter essa situação de desequilíbrio econômico e financeiro, o que se pretende neste trabalho é alertar para os riscos de se fraudar a Constituição, de se diminuir direitos sociais, os quais são materialmente intangíveis. Experiências estrangeiras mostraram que, em época de crise, setores bastante sensíveis da sociedade são afetados, por vezes, em seus direitos mais fundamentais, os quais acabam por pagar a conta de erros cometidos por governantes incapazes e ineficientes.

Não há como se argumentar “que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes” (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 21). Eficiência alguma pode ter sucesso diante da perda de 743 bilhões a 1 trilhão de reais, conforme previsão de perdas estimadas pelos técnicos do IPEA.

Mesmo em uma situação de crise, a Constituição não pode ser violada em seu núcleo essencial, sendo que os direitos fundamentais sociais, como integrantes deste núcleo essencial, representam conquistas do ser humano. Permitir, em nome de uma crise, que matérias intangíveis sejam mitigadas, certamente representa um retrocesso social que não há de ser admitido nessa proporção.

A Constituição dirigente ainda vive aqui no Brasil e necessita ser cumprida. Mas há quem sustente que ela deva ser enterrada, já que morta está. Aqueles que sustentam a morte da Constituição dirigente o fazem citando a alteração de posicionamento de Canotilho (2014, p. 111-112) que, quando aborda o “problema da reversibilidade das prestações sociais”, passou a relativizar seu discurso anterior, afirmando que:

[...] o rígido princípio da não reversibilidade, ou em formulação marcadamente ideológica, o princípio da proibição da evolução reacionária pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de menos trabalho

menos salário, mas trabalho e salário para todos, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social. Mas mesmo aqui não há razão para os princípios do Estado de direito não valerem como direito a eventuais desrazoabilidades legislativas. Assim, por exemplo se o legislador tem discricionariedade política para alterar o regime de previdência e pensões, é de questionar a sua liberdade de conformação quanto a soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroactiva afectação de direitos subjectivamente radicados [...].

Assim, Canotilho (2010, p. 5) se declarou adepto a um constitucionalismo moralmente reflexivo, principalmente em virtude do descrédito de utopias e da falência dos Códigos dirigentes, que causariam a preferência de modelos regulativos típicos da subsidiariedade, de autodireção social e estatalmente garantida. O entulho programático e as metanarrativas da Carta Portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando necessário desideologizar o texto constitucional. O modelo da Constituição dirigente, hoje, também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, onde as Constituições são relegadas a um plano mais modesto de leis fundamentais regionais.³⁹

Mas, segundo Andreas Krell (2002, p. 69), essa mudança de entendimento do mestre português Canotilho teria tido forte influência da doutrina alemã e seria marcada pela própria “situação social alterada de Portugal ao seio do processo de integração econômica e política da União Europeia, que proporcionou ao país uma prosperidade e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes”, o que não pode ser aplicado ao Brasil sem os devidos ajustes.

No mesmo sentido é a opinião de Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 277), que aduz que o ensinamento modificado do Professor Canotilho

[...] deve ser tomado na sua devida proeminência, como primaz balizador aos debates sobre o dirigismo constitucional, orientação que, contudo, não impede a crítica e o eventual distanciamento em proveito de circunstâncias setoriais ou específicas. É a hipótese do Brasil que justifica uma análise singular e, em alguma medida, diferente de algumas das últimas proposições canotilhianas.

Contudo, essa “oratória não encontra paralelo no Brasil, porque a Constituição brasileira nunca se revestiu com este indumentário, já que provém de um contexto (sujeito) distinto” (OLIVEIRA, 2010, p. 277), onde o “*Welfare State* não passou de um simulacro” (STRECK, 2003, p. 197).

De igual modo, De Conto (2008, p. 75) refere que apesar das recentes alterações de postura de Canotilho, no sentido de sustentar a “morte da tese da Constituição Dirigente”,

³⁹ Neste sentido foi a palestra da Professora Alessandra Aparecida Souza Silveira, realizada em 17 de novembro de 2017, no auditório da Fundação Escola Superior do Ministério Público, em Porto Alegre –RS.

entende-se que o jurista português “se baseia na experiência de Portugal que, inserida no contexto da União Europeia, deve adequar-se a suas diretrizes”. Afirma que em Portugal existiu efetivamente um Estado Social, de modo diverso ao que ocorreu no Brasil, “onde ainda há uma enorme diferença entre o que está expresso no texto constitucional e o que a sociedade vivencia”.

Na mesma linha dos autores já citados, Lenio Streck (2003, p. 194-5) sustenta que é possível afirmar a “continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez que adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumprida é extremamente elevado)”. Streck (2003, p. 188) explica que Canotilho reformulou seu pensamento, entendendo que o “o direito constitucional ‘deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida’”.

Com efeito, Streck (2003, p. 191), na mesma linha do que sustentam De Conto, Krell e Fabio Oliveira, sustenta que a Teoria da Constituição Dirigente não morreu, e que a Constituição continua sendo uma “dimensão básica da legitimidade moral e material”, de maneira que continua “sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, etc.”.

Streck (2003, p. 194) afirma que:

[...] uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia [...] deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

Conforme explica o autor, a tese da Constituição dirigente e compromissária que Canotilho sustentava dizia respeito à Constituição Portuguesa de 1976, que possuía um texto com caráter revolucionário, já que inclusive “especificava a transformação do modo de produção rumo ao socialismo”, mas as sucessivas revisões do texto constitucional português retiraram dela este caráter. Diferentemente, a Constituição Brasileira não apresenta esta veia revolucionária, limitando-se a apenas “apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (*Welfare State*).” (STRECK, 2003, p. 192).

As Constituições do Brasil e de Portugal se baseiam em realidades distintas. O Brasil ainda precisa do constitucionalismo dirigente para seguir rumo ao alcance de seus objetivos, já que as promessas contidas no texto constitucional ainda não foram atingidas, e sua

realidade difere da realidade portuguesa. Portugal é um país que já efetivou e concretizou os direitos fundamentais e insere-se no contexto da União Europeia, o que não é o caso do Estado brasileiro, que, de acordo com o que já se suscitou, quando promulgada a Constituição em vigor, no mundo já se falava em crise do Estado do *Welfare State*.

É imprescindível invocar novamente a lição de Streck (2003, p. 194), no sentido de que quando se fala em uma Constituição dirigente não se está a sustentar um “normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”. O que se está a dizer é que:

[...] o que permanece da Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, neste contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.

[...]

Desse modo, levando em conta as peculiaridades europeias (lôcus da preocupação fundamental de Canotilho) e as diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o caráter social (não-revolucionário) da Constituição brasileira, é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro (STRECK, 2003, p. 195).

De fato, concorda-se com Streck (2003, p. 197), quando sustenta que é preciso “defender a cumprimento do texto constitucional”, pois que “a globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível.”

A verdade é que no Brasil os direitos fundamentais, notadamente os sociais, estão bastante distantes de sua concretização e efetivação, e De Conto (2008, p. 79) entende que sustentar a morte da Constituição dirigente “reflete a mentalidade liberal-individualista na qual ainda estão inseridos os intérpretes”. Para o autor, de acordo com essa mentalidade, o que importa é proteger a liberdade e a propriedade, de maneira que “os direitos sociais perdem as características de fundamentalidade, passando a ser mero programa, não vinculando o Estado obrigatoriamente”.

É indispensável que se cumpra a Constituição, que se lhe defenda, não se permitindo que uma maioria ocasional possa modificar aquilo que foi legitimamente escolhido pelo constituinte originário, especialmente naquilo que representa o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito, ou seja, a democracia e os direitos fundamentais⁴⁰.

⁴⁰ No sentido de que o Estado Democrático de Direito assenta-se nestes dois pilares: democracia e direitos fundamentais, ver Lênio Streck, “o papel da jurisdição constitucional da realização dos direitos sociais-fundamentais”, in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Ingo W. Sarlet (org). Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 170.

Dessa forma, considerando o princípio da proibição de retrocesso social, assim como o regime jurídico dispensado a todos os direitos fundamentais, sejam eles de primeira ou segunda geração, e analisada a posição da doutrina e da jurisprudência portuguesa em um contexto de crise, é possível dizer que a Emenda Constitucional que trata do Novo Regime Fiscal é inconstitucional.

Nos limites deste trabalho, a conclusão a que se chega é que tanto o legislador ordinário como o constituinte derivado estão limitados às chamadas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º da Constituição Federal), de modo que não poderão, de maneira constitucionalmente adequada, reduzir, suprimir ou diminuir direitos fundamentais sociais. Seja porque restarão ferindo o princípio do não retrocesso social, seja porque atingirão o núcleo essencial do próprio direito fundamental, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e seu correlato mínimo existencial, ou mesmo porque não estarão agindo de maneira proporcional, protegendo deficientemente o direito fundamental à saúde e violando a proteção da confiança que os cidadãos brasileiros depositaram no Sistema de Saúde já concretizado.

Portanto, não há como se falar em avanços, mas em verdadeiro retrocesso.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo primordial examinar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016, conhecida como Emenda do Teto dos Gastos Públicos, notadamente no que se refere ao financiamento da saúde. Examinou-se se ela representa um retrocesso social vedado constitucionalmente e se é proporcional, principalmente, no sentido de representar ou não uma proteção deficiente ao direito fundamental à saúde. Também se abordou se apenas a atividade legislativa seria afetada pela proibição de retrocesso ou se a redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais também seria atingida pelo referido princípio. E, por fim, se analisou se o legislador derivado, ao editá-la, agiu dentro de sua liberdade de conformação.

Para tanto, no primeiro capítulo estudou-se os direitos fundamentais, os custos dos direitos e a escassez de recursos. Conceituaram-se os direitos fundamentais como direitos humanos reconhecidos pela ordem constitucional positiva de um determinado Estado soberano, ligados à própria natureza humana, representando aqueles valores mais essenciais aos seres humanos, vinculados ao âmago da pessoa humana. Direitos que foram sendo conquistados ao longo dos tempos, por vezes, com o sacrifício de muitas vidas e incorporados paulatinamente à ordem jurídica, sendo consequências uns dos outros.

Observou-se que direitos fundamentais, direitos do homem ou direitos humanos não possuem o mesmo conceito e conteúdo. Os direitos humanos estão intimamente ligados à própria história humana e as gerações/dimensões de direitos ligam-se profundamente ao ciclo histórico em que foram reconhecidos; por sua vez direitos fundamentais são elementos essenciais de uma Constituição. Os primeiros direitos reconhecidos foram aqueles ligados ao ideal liberal, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, conhecidos como de primeira geração/dimensão. Com o desenvolvimento e o progresso, ocorre o fortalecimento da classe operária e o agravamento dos conflitos sociais, especialmente diante de ideias novas como o socialismo. O Estado Liberal teve de ceder espaço ao Estado Social, surgindo uma nova geração de direitos conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais.

Com a finalidade de concretizar esses novos direitos, o Estado deixa de ser meramente “absenteísta” para adquirir característica intervencionista, sendo que o Estado do Bem-Estar Social se desenvolve no século XX. A partir desse período, o positivismo jurídico é abandonado em prol do constitucionalismo compromissário, há um retorno aos mais importantes valores e princípios, momento em que a dignidade da pessoa humana apresenta-

se como princípio de fundamental importância, como núcleo do ordenamento jurídico, e dela decorrem todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade ou fraternidade.

No Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu diversos direitos fundamentais, prevendo-os nos artigos 5º e 6º, mas também em diversas outras partes de seu texto. De modo a proteger esses direitos, a Constituição lhes reconhece garantias, ou seja, os direitos fundamentais estão protegidos contra a ação corrosiva do legislador ordinário ou constituinte reformador através de cláusulas pétreas, sendo essa uma de suas características.

Embora os direitos fundamentais apresentem diversas outras características, neste estudo se demonstrou a importância de sua força vinculativa especialmente em relação aos Poderes Públicos. Essa força vinculativa significa que o Poder Público tem o dever de respeitá-los, concretizá-los e efetivá-los e, uma vez concretizados, não poderá eliminá-los, reduzi-los ou suprimi-los. Por sua vez, a vinculação negativa dos direitos fundamentais, que possui caráter protetivo, deu ensejo à teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a qual pretende evitar a corrosão do Direito, onde assumem grande relevância o princípio da proibição de retrocesso e o princípio da proibição de proteção deficiente. Dessa forma, a liberdade de conformação do legislador encontra limites no núcleo essencial do direito fundamental já concretizado em lei ou em normas de hierarquia superior, de modo que as cláusulas pétreas têm a função de impedir a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição.

Apesar de parte da doutrina divergir a respeito da inclusão dos direitos fundamentais sociais como protegidos pelas cláusulas pétreas, atualmente essa questão está superada, havendo consenso de que os direitos sociais efetivamente integram o núcleo intangível da Constituição Federal.

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em direitos de defesa ou negativos ou, ainda, direitos de liberdade, ao lado dos direitos a prestações ou positivos ou sociais, culturais e econômicos. Essa classificação dá margem a diversos problemas, especialmente porque os direitos econômicos, sociais ou culturais, na maior parte das vezes, exigem uma prestação ou ação estatal, dependendo de recursos públicos, os quais são bastante escassos. Todavia, a referida classificação não se mostra suficiente, na medida em que os direitos de liberdade também possuem custos para a sua efetivação, sendo todos eles onerosos.

Assim é que a discussão em torno dos custos dos direitos tem relevância em face da necessidade de se dispor de meios materiais e financeiros para concretizá-los, especialmente aqueles direitos que exigem prestação estatal. Sendo limitados os recursos financeiros, diante

de sua escassez, as decisões dos Poderes Públicos deverão pautar escolhas alocativas, o que se convencionou chamar de “escolhas trágicas”. Tais direitos, portanto, estariam condicionados à reserva do financeiramente possível, representando este princípio um limite à concretização dos direitos sociais.

Todavia, ainda que muitas vezes, em razão da escassez de recursos públicos, os direitos fundamentais estejam condicionados à reserva do possível, esses devem ser preservados (à luz do Direito Constitucional vigente). Nos tempos atuais, fruto da ideologia neoliberal atuante, observa-se uma tentativa de diminuir, suprimir e até mesmo aniquilar direitos, principalmente os sociais. Contudo, no Brasil, os direitos sociais sequer foram concretizados em sua plenitude, pois a Constituição Brasileira foi promulgada quando o capitalismo se encontrava em crise, de modo que boa parte desses direitos tem se mostrado ineficaz desde o seu nascedouro.

O princípio da proibição de retrocesso, do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação da Constituição, também é conhecido como entrenchment, ou *entrenchment*, ou, ainda, efeito *cliquet*, resulta em importante instrumento para a defesa do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, principalmente para tornar esse conteúdo estável, de modo a manter-se um nível mínimo de determinada concretude, mostrando-se extremamente importante na tutela dos direitos sociais contra medidas que impliquem em supressão ou restrição dos níveis vigentes de proteção social. Dessa forma, o princípio da proibição de retrocesso social é uma importante ferramenta para a defesa dos direitos, notadamente os sociais, tendo profunda ligação com as chamadas cláusulas pétreas e com a questão da liberdade de conformação do legislador.

Embora qualquer retrocesso deva ser comparado a um estado anterior que sirva de base para sua análise, o princípio da proibição de retrocesso implica na elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional, desde que haja concordância e enraizamento no entendimento jurídico sobre o nível de concretização legislativa atingida. Assim, quando reconhecidas normativamente as prestações sociais, o legislador ordinário ou o constituinte reformador não poderão excluí-las sem apresentarem medidas alternativas ou compensatórias, retirando-se desses a ampla disponibilidade de restringir direitos, devendo qualquer restrição ser devidamente fundamentada na necessidade de proteger outros bens jurídicos. Na verdade, trata-se de ponderar os direitos em jogo.

O Poder Público, ao invocar o princípio da reserva do financeiramente possível, deve fazê-lo de forma objetiva e fundamentada, pois a proteção dos Direitos Fundamentais engloba tanto a proibição de excesso como a proibição de proteção deficiente. Então, ao lado da

proibição de retrocesso, o princípio da proteção deficiente tem por objetivo proteger e preservar os direitos fundamentais, notadamente naquilo que já está concretizado legislativamente. Nesse prisma, o princípio da proibição de retrocesso configura-se como verdadeiro limite à independência do Poder Legislativo no Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, se fez um exame do Direito Comparado, abordando-se a crise do capitalismo e a crise econômico-financeira de Portugal. Examinou-se a crise do capitalismo e a nova ideologia neoliberal, que, de certa forma, se reflete na crise do próprio Estado de Bem-Estar Social. Foi possível observar que, sob o argumento de crise, governos adotam medidas e propõem atos normativos tendentes a relativizar direitos sociais e direitos adquiridos, adotando políticas de extrema austeridade, usando o discurso da inevitabilidade, da extrema necessidade e urgência dessas medidas. Essas medidas impactam sobremaneira o Direito, afetando a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente em um ambiente de escassez de recursos.

O Estado, sobretudo a partir do século XVI em suas feições modernas, vem enfrentando várias crises. Crise é um momento de desordem e tem como características a subitaneidade e a imprevisibilidade; duração normalmente limitada; a repercussão sobre o funcionamento do sistema. As crises que se abordaram no presente estudo dizem respeito à crise do capitalismo e do próprio Estado do Bem-Estar Social, pois, diante de um contexto de crise, ou seja, de dada situação que foge da normalidade, há quem entenda que medidas urgentes e excepcionais devem ser adotadas, inclusive mediante a relativização de direitos fundamentais.

Pode-se observar que o sistema capitalista, após as duas grandes guerras mundiais, vivenciou certa estabilidade (entre 1945 e 1975), o que fez com que se acreditasse que o capitalismo seria eterno da forma como restou praticado naquele período, o que levou ao retorno do dogma liberal como era em seu início, ou seja, àquele modelo do século XVIII, embora com algumas diferenças nos marcos da contemporaneidade. A partir dessa revitalização no século XX, ocorre a reinvenção do Estado mínimo, sendo esse novo modelo batizado como neoliberalismo.

O neoliberalismo tem como dogma a privatização das empresas públicas, a eliminação do Estado providência, a criação de condições para a hegemonia do capital financeiro, a liberdade de circulação de capitais, a liberdade das indústrias, de produtos financeiros, a redução dos direitos dos trabalhadores, entre outras ideias. Diferencia-se do liberalismo porque esse se caracterizava por ser bem mais regulador.

Diante da globalização, a crise enfrentada por um determinado país ou região afeta outras economias, outros países e regiões. É o que se observa como crise econômico-financeira que teve início nos Estados Unidos da América, em 2008, e se espalhou para diversos outros países, como Portugal e Brasil, tendo início no mundo dos negócios financeiros com a especulação, formatando as denominadas “bolhas” sem qualquer lastro na economia efetiva de sustentação. Diante do desequilíbrio financeiro global, a crise acabou por atingir os direitos fundamentais, notadamente os sociais, havendo, nesse contexto, uma crise do próprio Estado de Bem-Estar Social, pois, para manter a hegemonia do capital e do mercado, os governos usam o argumento da crise para reduzir direitos sociais.

Portugal acabou sofrendo os efeitos da crise mundial no contexto do século XXI pós-crise estadunidense, pois à época já se encontrava com sua economia fragilizada. Diante da crise, o governo português acabou por recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI), à Comissão Europeia e ao Banco Central Europeu (BCE), a chamada *Troika*, recebendo o empréstimo de 78 bilhões de euros, para pagamento em sete anos, com uma taxa média de juros de 5,1% ao ano. O acordo foi celebrado através de um Memorando de Entendimento, no qual o Governo de Portugal se comprometeu a adotar diversas medidas que se traduziram em uma verdadeira política de austeridade, dentre elas: aumentos de impostos, corte de salários e pensões, redução de cargos públicos, venda de estatais, cortes de despesas com educação e saúde, dentre outras.

Em decorrência da crise que atingiu Portugal e diante dos efeitos da política de austeridade, o Tribunal Constitucional Português teve que decidir diversas ações judiciais que questionavam essas medidas, sendo que nos acórdãos proferidos entre os anos de 2011 e 2013 foi adotada a chamada jurisprudência de crise, onde as questões orçamentárias passaram a constranger interpretativamente normas da Constituição. Com base no interesse público, sob o argumento de excepcionalidade da situação, o Tribunal acabou por proferir diversas decisões onde os aspectos do mundo real superaram a normatividade, as quais se tornaram legítimas restrições a direitos e reconheceram um verdadeiro direito de crise.

Embora parte da doutrina sustente que seria adequada a normatização de um direito de crise, não há justificativa constitucional para sua adoção, nem em Portugal, nem no Brasil. O texto da Constituição portuguesa, assim como o da brasileira, não prevê um estado de crise econômico-financeira, de modo que restringir direitos fundamentais sob tal argumento foge à normatividade constitucional. Dessa forma, não havendo um direito de crise nos moldes do estado de defesa, de emergência ou de sítio, para que se possam relativizar direitos fundamentais deve-se justificar essa necessidade em um bem jurídico de importância

preponderante simétrico ou proporcional aos direitos sacrificados, fazendo-se um juízo de ponderação.

Diante das semelhanças entre os sistemas constitucionais e os respectivos históricos é que se revela importante o estudo comparativo entre o que ocorreu em Portugal e o que está ocorrendo no Brasil, uma vez que, assim o país europeu, o Governo brasileiro tem recorrido à adoção de políticas de austeridade como solução para o equilíbrio orçamentário-fiscal. Contudo, vale lembrar que não foi o Estado do Bem-Estar Social ou a regulação dos mercados os responsáveis pela crise que se iniciou nos Estados Unidos em 2008 e, ao contrário do que sustenta a *Troika*, o Programa de Ajustes adotado em Portugal não resolveu os problemas do país, apenas os tornou mais agudos, gerando maiores desigualdades sociais, pobreza e desestrutura social. Em contrapartida, nos países onde o Estado Social é mais desenvolvido observam-se menores níveis de desigualdade e de pobreza, maiores níveis de emprego e menores índices de desemprego.

Assim como Portugal, o Brasil está passando por uma crise econômico-financeira, que teve início em meados de 2014. Diante de tal realidade, em 15 de dezembro de 2016, foi aprovada a Emenda Constitucional 95/2016, conhecida como Emenda do Teto dos Gastos Públicos, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir um Novo Regime Fiscal a ser adotado pelo Brasil e, dentre outros assuntos, estabeleceu um novo regime para as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde. Dessa forma, no quarto capítulo deste estudo, examinou-se a Emenda Constitucional dos Gastos Públicos, com vistas a verificar a sua constitucionalidade, a partir do estudo da disciplina dos direitos fundamentais, os quais são custosos e estão sujeitos a escassez de recursos, principalmente em uma situação de crise econômico-financeira.

Considerando que, no Brasil, a saúde é financiada de modo insuficiente, fenômeno observado desde a metade da década de 1970, senão antes, um dos aspectos que chama a atenção na EC 95/2016, é o fato dela congelar, por 20 anos, os gastos em ações e serviços de saúde, além de estabelecer a desvinculação de receitas e despesas em relação aos gastos deste setor.

Até o final da década de 1980, a saúde recebia recursos da Previdência Social e do Orçamento Fiscal. Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, o art. 194 estabeleceu que a saúde integraria a Seguridade Social, juntamente com a Previdência e a Assistência Social, e que seria financiada com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais. Também ficou estabelecido que os recursos da Seguridade Social, destinados às áreas da saúde, assistência e previdência social

seriam financiados de maneira equilibrada. Por sua vez, o artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previa que, enquanto não aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a qual deveria definir anualmente o percentual destinado à saúde, no mínimo 30% (trinta por cento) do orçamento da Seguridade Social, excluído o seguro-desemprego, seriam destinado à saúde. Dessa forma, a saúde concorria com a Previdência e a Assistência Social pelos escassos recursos disponíveis. Outro problema do setor era que tanto a Constituição Federal como a Lei 8.080/90 não explicitaram o que seriam Ações e Serviços Públicos de Saúde.

Nem a primeira, nem a segunda Lei de Diretrizes Orçamentárias previram a vinculação estabelecida pelo artigo 55 do ADCT, sendo que o percentual mínimo destinado ao Orçamento da Seguridade Social só foi restabelecido com a edição da Lei nº. 8.211/91, com vigência prevista para 1992, de modo que nos anos de 1990 e 1991, o percentual constitucional de 30% não foi cumprido, e a disputa pelos escassos recursos entre as áreas sociais se acirrou em 1993, quando as contribuições previdenciárias deixaram de compor as fontes de financiamento do SUS.

Em 1996 foi criada a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), o que incrementou o financiamento da saúde. Entre os anos de 1990 e 1994 houve um sucateamento do Sistema Único de Saúde, o que acabou por causar uma deterioração da saúde pública no Brasil. Já em 1998, com a edição da Emenda Constitucional nº. 20/98, a saúde deixou de participar do rateio da Seguridade Social, o que deixou a área sem fonte específica de custeio. Somente com a Emenda Constitucional nº. 29/2000, com a alteração do artigo 198 da CF, se asseguraram fontes específicas para a saúde pública, quando foi estabelecida base de cálculo para a aplicação mínima em ações e serviços públicos em saúde, enquanto o artigo 77 do ADCT determinava os percentuais mínimos com os quais deveriam contribuir cada um dos entes federados. Por fim, em 2012 foi aprovada a Lei Complementar nº. 141/2012, que regulamentou a Emenda Constitucional nº. 29/2000, definindo que para os Estados seria mantido o patamar de 12% (doze por cento) da receita de impostos e transferências; para os Municípios, o percentual de 15% (quinze por cento); e para a União, o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto. Essa Lei Complementar também determinou a forma como os valores a serem aplicados deveriam ser corrigidos, estabelecendo, ainda, vedação, em caso de variação negativa do PIB, de redução do valor a ser aplicado, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

Em 17 de março de 2015, sobreveio a Emenda Constitucional nº. 86/2015, modificando o método de cálculo do mínimo a ser gasto pela União com Ações e Serviços

Públicos de Saúde, vinculando a aplicação mínima a um percentual da Receita Corrente Líquida (RCL), de maneira escalonada: 13,2% da RCL em 2016, 13,7%, em 2017, 14,2% em 2018, 14,7% em 2019 e 15,0% em 2020. Essa Emenda Constitucional está sendo examinada no Supremo Tribunal Federal quanto a sua constitucionalidade, tendo sido deferida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº. 5.595, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sendo suspensos os arts. 2º e 3º. Com a suspensão cautelar dos artigos 2º e 3º da Emenda 86/2015, o piso anterior, ou seja, aquele estabelecido pela Emenda Constitucional nº. 29/2000, regulamentado pela Lei Complementar nº. 141/12, passou a vigorar, situação alterada pela superveniência da Emenda nº. 95/2016.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o financiamento da saúde vem sofrendo um decréscimo e regressiva participação da União. Dessa forma, considera-se que, por longos anos, se vem observando a mínima eficácia do direito fundamental à saúde, bem como uma proteção insuficiente deste direito fundamental social, ferindo-se, pois, além de outros, o princípio da proporcionalidade.

No final de 2016, foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 95/2016 (Emenda do Teto dos Gastos Públicos) e o grande ponto que se questiona nessa Emenda é que ela estabelece o congelamento dos gastos pela União em ações e serviços públicos de saúde por 20 anos, somente sendo reajustado pela IPCA. Assim, essa Emenda estabeleceu a desvinculação de receitas e despesas em relação aos gastos com a saúde, estabelecendo um congelamento do valor aplicado em 2016 por vinte anos, com mera atualização inflacionária pelo IPCA nos anos seguintes. Segundo estudo técnico elaborado pelo IPEA, restou concluído que a Emenda Constitucional 95/2016 acarreta uma redução de recursos para a saúde, seja em comparação com a Emenda Constitucional nº. 29/2000, seja em comparação com a Emenda Constitucional nº. 86/2015.

Sobre a Emenda Constitucional nº. 95/2016, enquanto alguns sustentam ser ela inconstitucional, representando verdadeiro retrocesso social para área da Saúde, outros sustentam que a Emenda é constitucional, necessária e adequada. Inclusive, a EC 95/2016 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda sem exame pelo Supremo Tribunal Federal até o momento da apresentação desta dissertação. Há também aqueles que advogam a necessidade da relativização de direitos prestacionais por conta de uma situação excepcional, como diante de uma crise econômica e mundial.

Quanto ao direito fundamental à saúde, este nada mais é do que o direito a prestações sanitárias estatais, de maneira que o indivíduo não tem direito a ter saúde, mas direito a sua proteção, promoção, prevenção e recuperação. Dessa forma, o orçamento destinado pelo

Estado para ações e serviços públicos de saúde não é um direito fundamental, mas uma garantia para a efetivação deste direito. Como garantia do direito fundamental, os pisos estabelecidos no artigo 198, § 2º, da Constituição Federal, estão protegidos pelo teor do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal como autêntica cláusula pétrea.

Ao estabelecer, através da Emenda Constitucional nº. 29/2000, os pisos a serem cumpridos pelas três esferas de governo para atendimento do direito fundamental à saúde, o legislador concretizou o direito fundamental social à saúde e o fez dentro de sua liberdade de conformação, de modo que estabeleceu um limite mínimo de prestações estatais, incorporando esse limite ao patrimônio jurídico dos cidadãos brasileiros. Observa-se que o constituinte derivado tinha por objetivo proteger esse direito fundamental contra qualquer ação corrosiva do legislador, seja ordinário ou constituinte reformador.

Quando a Emenda do Teto dos Gastos Públicos congelou estes pisos por um período de 20 anos, o direito fundamental social à saúde, devidamente concretizado pelas normatizações anteriores em escalonamento sujeito a atualizações e incrementos por índices oficiais (cujas prestações restaram incorporadas ao patrimônio da cidadania brasileira), restou atingido e ferido de morte numa transgressão inaceitável pela perspectiva das cláusulas pétreas. Vale dizer que, ao atingir o orçamento, meio pelo qual se concretiza e se efetiva um direito fundamental, a Emenda nº. 95/2016 está atingindo o próprio direito fundamental, uma vez que congelando o orçamento da saúde, fatalmente, está reduzindo o direito fundamental à saúde e diminuindo as prestações materiais a serem garantidas pelo Estado.

Com a Emenda Constitucional nº. 95/2016, o Estado brasileiro constitucionalizou um financiamento regressivo para o sistema de saúde, visto que, ao congelar o orçamento a ser aplicado na área da saúde pública, violou uma garantia fundamental prevista no artigo 198, § 2º, I da Constituição Federal e atingiu “em cheio” o direito fundamental à saúde. Sendo assim, de forma totalmente oposta à progressividade, que deve nortear a concretização dos direitos fundamentais sociais, a Emenda reduziu, suprimiu e limitou o direito fundamental social à saúde já concretizado.

O legislador, seja constituinte derivado ou ordinário, é livre em criar o direito, mas não em reduzi-lo, suprimi-lo ou limitá-lo, pois, uma vez concretizado o direito fundamental por meio de atos legislativos, não poderá haver redução, limitação ou supressão constitucionalmente adequada. Desse modo, ao adotar qualquer medida retrocessiva, deve o legislador constituinte derivado, ou mesmo o legislador ordinário, justificar adequadamente a necessidade da medida, realizando, em verdade, uma ponderação de bens. Sempre que o legislador afetar o grau já obtido de realização dos direitos sociais, essa afetação deve ser

dogmaticamente identificada como restrição de direitos fundamentais, sujeita, portanto, ao controle pelo Poder Judiciário. Assim, a restrição a direitos sociais somente é constitucionalmente legítima se o legislador puder invocar a proteção de outro bem que deva prevalecer.

Em tema de direitos fundamentais, notadamente os sociais, o legislador, seja ele constituinte reformador ou legislador ordinário, tem sua liberdade de conformação limitada ao grau de proteção já alcançado concretamente. Portanto, no que diz respeito à Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, ao congelar os pisos a serem aplicados pela União em ações e serviços de saúde pelo prazo de 20 anos, o Poder Constituinte reformador agiu de maneira desconforme à Constituição, atingindo um grau já concretizado de garantia de um orçamento mínimo e progressivo para a área da saúde. Com essa medida o legislador constituinte derivado extrapolou a sua liberdade de conformação, agindo de maneira inconstitucional.

Diante do congelamento orçamentário pelo prazo de 20 anos, conforme estudos elaborados por técnicos, possivelmente ocorrerá a diminuição das próprias prestações materiais em ações e serviços públicos de saúde. Caso a Emenda Constitucional dos Gastos Públicos permaneça em vigor, diante do aumento da população e com o aumento da expectativa de vida, fica evidente que os serviços em saúde serão progressivamente reduzidos e haverá um enfraquecimento dessa área.

No que diz respeito ao princípio da proibição de retrocesso, esse não se aplica apenas à atividade legiferante, mas também ao nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais ofertadas. Dessa forma, considera-se que a Lei Complementar nº. 141/2012, concretizadora do direito social à saúde, se elevou a direito constitucional intangível, diante do consenso radicado na consciência jurídica geral de que o grau de realização legislativa obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do Direito Constitucional, bem como de que o direito fundamental social à saúde deve ser concretizado de forma progressiva e se efetiva através de recursos financeiros para que se possam atender as prestações materiais correlatas.

Inevitavelmente, o congelamento do orçamento da saúde reduzirá o volume financeiro do Sistema Único de Saúde, o que ensejará, em 20 anos, redução do nível de organização fática dos serviços públicos básicos e do volume das prestações materiais, já que a população tende a crescer e a envelhecer. Contudo, as leis orçamentárias não podem diminuir o valor das verbas destinadas à efetivação e concretização dos direitos fundamentais, sendo que as leis ordinárias que concretizam esses direitos também não podem ser revogadas,

posto que essas leis se elevam à categoria de Direito Constitucional, havendo um verdadeiro processo de osmose Constituição-Lei. Nesse contexto, sendo o direito à saúde direito fundamental e compondo o orçamento e o financiamento deste direito uma proteção, uma garantia do direito fundamental à saúde, estará ele protegido pelas cláusulas pétreas, não podendo ser objeto de Emenda que o reduza, suprima ou limite.

Considerando que o direito à saúde, para ser concretizado, depende de prestações a serem fornecidas pelo Estado, as quais conseqüentemente necessitam de orçamento e de alocação de recursos, o congelamento do orçamento da saúde por 20 anos implica na redução, limitação ou restrição ao próprio direito fundamental e às prestações correlatas.

O caminho que está sendo trilhado pelo governo brasileiro não será adequado para solucionar o desequilíbrio das contas públicas e as escolhas realizadas não são adequadas para o objetivo a ser alcançado, sendo, portanto, desproporcionais e injustificadas.

Para serem legítimas, essas ações necessitam ser devidamente justificadas, devendo haver, ainda, a previsão de medidas compensatórias, o que não ocorre no caso em estudo.

A Emenda Constitucional nº. 95/2016 representa, portanto, um retrocesso social inconstitucional, não havendo que se falar em qualquer avanço, pois que não veio devidamente justificada, havendo, pela pressa com que foi aprovada, outras alternativas possíveis capazes de mitigar os problemas da crise financeira no Brasil.

O direito fundamental à saúde tem um grau bem maior de importância que o princípio orçamentário ou da necessidade de se ajustar as contas públicas, vez que o direito fundamental à saúde representa consequência constitucional do direito à vida.

Para se dizer que houve ou não um retrocesso social, deve-se analisar a situação anterior, e o “estado anterior” referência no que diz respeito ao financiamento da saúde é exatamente aquele estabelecido pela EC 29/200 e Lei Complementar nº. 141/12 ou mesmo a EC 86/15, que concretizaram um piso progressivo para o setor da saúde.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. O controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. **Jota [Jornal online]**, 02 fev. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-fiscal/o-controle-de-constitucionalidade-das-leis-orcamentarias-02022017>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- AGRA, Walber de Moura. O entrenchment como condição para efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- ALBUQUERQUE, Cristina; LUZ, Helena Amaro da. **Políticas Sociais em Tempos de Crise: Perspectivas, tendências e questões críticas**. Lisboa: Pactor, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- BANCO DE PORTUGAL. **Projeções para economia portuguesa 2017-2019**. Lisboa, mar. 2017. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/projecoes_mar17_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BARBARA, Vanessa. The end of the world? In Brazil, it's already here. **The New York Times**, New York, 05 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/05/opinion/the-end-of-the-world-in-brazil-its-already-here.html?_r=0>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 458-483, 2017.
- BARROS, Elisabeth. As Idas e Vindas do financiamento da política de saúde. In: ROCHA, Denise Rocha; BERNARDO, Maristela (orgs.). et al. **A era FHC e o governo Lula: transição?**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha. **Do consenso Keynesiano ao pós-consenso de Washington**. 2005. 97f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Uberlândia, Instituto de Economia, Programa de Pós-graduação em Economia, Uberlândia, 2005. Disponível em: <<http://www.ppge.ie.ufu.br/node/97>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolo; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 86, de 17 de março de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595 MC/DF**. Plenário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº. 271286/RS**. 2ª. Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.595/DF**. Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504938602/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-5595-df-distrito-federal-4003877-2920161000000>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

CAMPOS, Manuel Fontaine. A crise e a regulação internacional e europeia: o “Pacto Orçamental” como solução para a crônica indisciplina financeira do Portugal democrático? In: GONÇALVES, Pedro et al. (coord.). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: ICIPI, 2013. p. 81-94.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69-107.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPUCHA, Luís. Das políticas sociais à crise ou políticas sociais para superar a crise? In: ALBUQUERQUE, Cristina; LUZ, Helena Amaro da (coord.). **Políticas Sociais em Tempos de Crise: Perspectivas, tendências e questões críticas**. Lisboa: Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder, et al. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do sistema público de saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.18, p.49-71, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n18/10702.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018..

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

DE CONTO, Mário. **O princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ECONOMIA de Portugal hoje. **Mercados e Estratégias [Revista online]**, Portugal, 1º jun. 2017. Disponível em: <<https://www.mercadoseestrategias.com/news/a-economia-de-portugal-hoje>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

FONSECA, Pedro Dutra. A PEC do teto tira a esperança das pessoas. **Zero Hora**, Porto Alegre, 10 dez. 2016. Disponível em:

<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/economia/noticia/2016/12/pedro-dutra-fonseca-a-pec-do-teto-tira-a-esperanca-das-pessoas-8668101.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Paulo Springer de; Ronaldo Jorge Araujo; MENDES, Francisco Schertel. **Comentários sobre a PEC do teto dos gastos públicos aprovada na Câmara dos Deputados: necessidade e constitucionalidade da medida**. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2016. (Boletim Legislativo, n. 55). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pec-2412016-viola-clausulas-petras.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

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

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e a suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Claudio Ari (Coord.). **Os desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do "modelo jurídico" crise, direito e argumentação jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 929, p. 213-279, mar. 2013.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends of taxes**. New York, London: W.W. Norton & Company, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial: A pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 72, n. 1, p. 359-420, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bf25d9d3f-bb88-47c8-90f2-a7efe2701d2a%7D.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOURTIE, Pedro. Portugal no contexto da crise do euro. **Relações Internacionais**, Lisboa, n. 32, dez. 2011.

MAC CRORIE, Benedita. Os direitos sociais em crise? In: GONÇALVES, Pedro et al. (coord.). **A crise e o Direito Público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MASTRODI; Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 113-134, jul./dez. 2013.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, v. 12, n. 116, p. 1-22, set. 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 02 set. 2017.

MEDICINA TROPICAL. **Conceito de saúde segundo OMS/WHO**. Brasília, 04 abr. 2016. Disponível em: <<http://cemi.com.pt/2016/03/04/conceito-de-saude-segundo-oms-who>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

MEDIDAS do FMI em Portugal. **Economias**, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.economias.pt/medidas-do-fmi-em-portugal/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Armindo Ribeiro. **A crise e seus efeitos previsíveis no Direito**. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeiriomendes.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. Em vez da “contribuição extraordinária de solidariedade” uma “contribuição solidária de mobilidade”. **Público [Jornal online]**, Portugal, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/em-vez-da-contribuicao-extraordinaria-de-solidariedade-uma-contribuicao-solidaria-de-mobilidade-1627864?page=-1>>. Acesso em: 16 out. 2017.

MISHRA, Ramesh. “O Bem-estar das Nações”. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Org.). **Estados Contra Mercados: Os limites da globalização**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador-Bahia: JusPodivm, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Antônio Jose Avelãs. A crise atual do capitalismo: crise esperada e quase programada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 918, p. 185-222, abr. 2012.

NUNES, Antônio Jose Avelãs. **As voltas que o Mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. O constrangimento orçamental e a vontade da constituição a realização de políticas públicas na área da saúde. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 908, p. 23-109, jun. 2011.

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA. **Pedido de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar**. Brasília, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/02/ADI-EC-95_Versão-Definitiva-14fev17-Assinado.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

PENEDA, José Silva. Políticas públicas para um novo ciclo. In: RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e (Orgs.). **Governar com a Troika: políticas públicas em tempo de austeridade**. Coimbra: Almedina, 2015.

PETERLLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINHEIRO, Alexandre Souza. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 7, n.1, p.168-189, jan./jun. 2014.

PINTO, Élide Graziane. Da saúde ao Sistema Prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PINTO, Élide Graziane. Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude>>. Acesso em: 02 jul. 2017,

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, v.16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto público em saúde. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PINTO, Luísa; ANÍBAL, Sérgio. Portugal está a reconstruir a economia. Mas é sustentável? **Público [Jornal online]**, Portugal, 1º. mar. 2017. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/03/01/economia/noticia/esta-portugal-a-construir-um-crescimento-sustentavel-1763559>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PIOLA, Sérgio F. et al. **Financiamento Público Da Saúde: uma história a procura de rumo**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 216-237, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/296>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

PORTUGAL está superando crise econômica sem recorrer a fórmulas de austeridade, diz 'Economist'. **G1 Economia**, 08 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/portugal-esta-superando-crise-economica-sem-recorrer-a-formulas-de-austeridade-diz-economist.ghtml>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº. 187/2013**. Plenário. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 05 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº. 353/2012**. Plenário. Relator Conselheiro João Cura Marinho. Lisboa, 05 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bf25d9d3f-bb88-47c8-90f2-a7efe2701d2a%7D.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº. 396/2011**. Plenário. Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html?impressao=1>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal e Derecho Supralegal**. Tradutora Maria Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado. 1ª. Promotoria de Justiça Cível de Gravataí. **Recebimento Diverso nº. 00784.00413/2017**. Gravataí, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado. 1ª. Promotoria de Justiça Cível de Gravataí. **Inquérito Civil nº. 00784.00027/2010**. Gravataí, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado. Centro de Apoio aos Direitos Humanos. **Parecer nº. 00891.00102/2016-0**. Porto Alegre, 2016.

RUGISTSKY, Fernando. Para entender a PEC dos Gastos. **Revista Fevereiro: Política Cultura & Teoria**, Brasília, 04 nov. 2016. Disponível em: <<https://revistafevereiroblog.wordpress.com/2016/11/04/para-entender-a-pec-do-teto-dos-gastos/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 46, p. 193-244, abr./jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 97-124, abr./Jun. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.69-107.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SERVO, Luciana Mendes Santos et al. Financiamento e gasto público de saúde: histórico e tendências. In: MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco (Org.). **Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

SOARES, Adilson. Formação e desafios do Sistema Único de Saúde no Brasil: uma análise de investimentos realizados para a ampliação da oferta de serviços. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, p. 1565-72, jul. 2007.

STRECK, Lênio. O papel da jurisdição constitucional da realização dos direitos sociais-fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

URBANO, Maria Benedita. Estado de Crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro et al. (coord.). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: IICIP, 2013. p. 7-31.

VIANNA, Solon Magalhães. A seguridade social, o sistema único de saúde e a partilha dos recursos. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 43-58, 1992. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/6906/8375>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. As inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC nº. 55, de 2016 (PEC nº. 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). **Boletim Legislativo do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa**, Brasília, DF, n. 53, p. 1-48, nov. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol53>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília, DF: IPEA, 2016. (Nota Técnica, n. 28).

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**, São Paulo, p. 539-568, jul./dez. 2008.