

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

ANÁLISE DOS MECANISMOS QUE ABORDAM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

RVD

Recebido em
20.10.2020
Aprovado em
15.11.2020

ANALYSIS OF MECHANISMS THAT ADDRESS THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS PROVIDED FOR IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Rauner Ailton Batista Pereira¹

RESUMO

É de notório conhecimento de que o Estado arrecada grandes valores, contudo não se mostra como um gestor capaz, visto a forma como se omite na garantia e implementação de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988. O principal motivo utilizado desta inércia é não haver recursos para a concretização destes, porém alguns direitos necessariamente precisam ser atendidos, caso contrário estaria se violando a dignidade da pessoa humana prevista na Carta Magna e em diversos tratados internacionais. O presente trabalho apresenta mecanismos que precisam ser observados ante a aplicação dos direitos sociais, com a proteção dos direitos já garantidos e aplicados, bem como a proteção que o Estado tem para poder dividir os seus recursos nas mais diversas áreas. A análise é realizada no campo doutrinários e jurisprudencial, especialmente com a utilização de julgados exarados pelo STF, uma vez se tratar de matéria constitucional. Por fim, pretende-se a compreensão dos mecanismos existentes, desde a origem à forma de sua aplicação, para que seja possível, ao se observar uma previsão de aplicação ou afastamento de um direito social, ter o caminho percorrido pelo Estado, proporcionando uma análise constitucional de sua posição.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direitos Sociais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Vedação ao Retrocesso Social.

ABSTRACT

It is a well-known fact that the State collects great values, however it does not show itself as a capable manager, since it is omitted in the guarantee and implementation of social rights foreseen in the Federal Constitution of 1988. The main reason for this inertia used is that there are no resources for but some rights necessarily have to be fulfilled, otherwise the dignity of the human person provided for in the Constitution and in several international treaties would be violated. The present work presents mechanisms that must be observed before the application

¹ Pós-graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio. Graduado Bacharel em Direito pela Faculdade Castelo Branco. Advogado (OAB/ES n. 27.785). E-mail: raunerbatista@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4316-792X>.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

of social rights, with the protection of rights already guaranteed and applied, as well as the protection that the State has to be able to divide its resources in the most diverse areas. The analysis is carried out in the doctrinal and jurisprudential field, especially with the use of judgments issued by the STF, since it is a constitutional matter. Finally, the intention is to understand the existing mechanisms, from their origin to the form of their application, so that it is possible, when observing a prediction of application or removal of a social right, to have the path taken by the State, providing a constitutional analysis of his position.

KEYWORDS: Federal Constitution. Social Rights. Reservation of the Possible. Existential Minimum. Fence to Social Retrogression.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais encontram-se inclusos no rol dos direitos fundamentais descrito no Título II da Constituição Federal de 1988, sendo dotados de eficácia imediata, devendo o Estado procurar o melhor caminho para implementar as políticas corretas e garantir o acesso de toda a sociedade a esses direitos.

Ainda que alguns cidadãos relutem em questionar seus direitos, uma boa parcela da população, consciente daqueles e confiante no fortalecimento das instituições que visam garanti-los, busca no Judiciário a concretização das prestações descritas no artigo 6º da Carta Magna.

Assim, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam:

É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. (MENDES, BRANCO, 2017, p. 1.025)

Diante deste movimento, a Administração Pública se viu pressionada, com isto precisou buscar mecanismos com o fim de conter que toda a verba dos cofres públicos fosse destinada a demandas que, em alguns casos, são individuais e de difícil reversão positiva a toda a sociedade.

A partir deste prisma já se pode visualizar a aplicação da teoria da reserva do possível, pois, uma vez que a maioria dos direitos sociais constitucionalmente previstos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

se tratam de obrigações por parte do Estado, especialmente pecuniárias, a teoria permite que o escasso orçamento seria uma fundamentação legal para a escolha entre as políticas públicas.

A teoria da reserva do possível, no entanto, não pode fulminar os direitos sociais, quando da sua aplicação é preciso que essa observe a vedação ao retrocesso social e a obediência ao mínimo existencial. A proteção a dignidade da pessoa humana é um dos principais pilares da constituição, logo não se permitiria ao Estado desproteger socialmente os cidadãos através do motivo exclusivo da falta de recursos.

Exemplificando Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, e Daniel Mitidiero:

[...] Com efeito, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 663)

Ainda assim, o princípio da dignidade da pessoa humana precisa ser destacado, pois, por sua conta, é necessária uma proteção por parte do Estado, a fim de garantir aos cidadãos uma vida satisfatória, ainda que num padrão mínimo. Destarte, para a implementação dos direitos sociais e a garantia de que mínimos limites precisam ser devidamente respeitados apresentam-se os mecanismos estudados no presente trabalho, permitindo uma efetividade dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

A primeira análise a ser feita fica sobre a reserva do possível, com um breve relato e apresentação de seus nuances históricos, destacando suas dimensões e a maneira como o Supremo Tribunal Federal entende que deve ser aplicado.

Na sequência, aborda-se o mínimo existencial, demonstrando este importante parâmetro que tem como fim assegurar prestações sociais mínimas, com condições adequadas de existência digna às pessoas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

Por fim, um estudo sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, com o objetivo de garantir a população que, por motivos de escolhas possivelmente erradas, os legisladores não reduzam ou aniquilem direitos já incorporados, sem que haja um justo e explícito motivo.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho tem como principal propósito analisar os mecanismos que podem influenciar as políticas públicas até o momento da sua implementação, uma vez os direitos sociais serem um dos principais anseios da sociedade e de palpável visualização, que mereceriam ser mais prestigiados por todos aqueles a que cabem a garantia da Constituição, bem como daqueles que deveriam obedecê-la.

2 A RESERVA DO POSSÍVEL

Ao Estado cabe administrar as mais diversas receitas e despesas oriundas dos mais diversos ramos, e um desses custos é o da efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, uma vez existirem diretrizes a serem cumpridas por aquele mediante uma mínima prática intervencionista, através de determinadas obrigações prestacionais, que em muitos casos são custosas ao erário.

O direito à saúde é um bom exemplo da disciplina existente para alguns dos direitos sociais. A Carta Magna em determinados assuntos, como o saneamento básico teve um tratamento em termos genéricos, sem maiores especificações, enquanto ações e serviços para a promoção a saúde tiveram um tratamento mais detalhado. Portanto, o Estado ao atuar necessita obedecer, em alguns casos, ditames constitucionalmente previstos. (BARCELLOS, 2018)

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, e Daniel Mitidiero abordam a forma de custeamento dos direitos sociais:

[...] O financiamento dos direitos sociais é, portanto, aspecto central para assegurar a tais direitos níveis adequados de efetividade, de tal sorte que a sua previsão no orçamento público e cobertura pelo sistema tributário (mediante a arrecadação de tributos, taxas e/ou contribuições sociais) ocupa um pael de destaque nas agendas de diversos Estados, ademais de adquirir maior ou

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

menor relevância constitucional. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 666)

Observa-se, no entanto, que a realidade econômica e financeira do Estado, aceitando a máxima de que os recursos são escassos e as necessidades financeiras são numerosas, é complicada, pois não haveria a possibilidade de se atender a todas as necessidades que apareceriam, devendo, então, definir as prioridades e determinar em quais políticas públicas seriam alocados os recursos existentes. (MASSON, 2016)

A partir dessa premissa surgiu a teoria da reserva do possível, tendo como precedente histórico uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, apresentado por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) está ligada à famosa decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão (*Numerus-clausus-Urteil*), que versou sobre o número de vagas nas Universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor caso inexistentes as condições fáticas para sua efetiva fruição. Assentou-se, então, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais. (MENDES, BRANCO, 2017, p. 1.024)

A compreensão da teoria por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, e Daniel Mitidiero, apresenta que para sua ocorrência deveria o argumento se enquadrar em ao menos uma das seguintes três dimensões:

a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 657)

Analisando a primeira destas dimensões temos que a disponibilidade fática dos recursos precisa ser verificada através de uma razoabilidade no que tange a universalização da prestação exigida. Não pode o Estado visualizar sua capacidade fática de recursos frente a um único e individual caso concreto, necessita levar em consideração todas as demandas semelhantes e igualmente dignas de tutela. Caso não

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

se considere essa variação acaba por se comprometer a igualdade e a estabilidade orçamentária, uma vez o Poder Judiciário ser mais generoso ao se realizar uma microjustiça, não se mensurando uma macrojustiça existente e todo o impacto possível. (MASSON, 2016)

Quanto à disponibilidade jurídica, Marcelo Novelino apresenta sua interpretação:

A disponibilidade jurídica está relacionada à existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas judicialmente do Estado (princípio da legalidade da despesa). Nesse caso, deve-se analisar a disponibilidade de recursos materiais e humanos, levando em consideração a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, as quais deverão ser equacionadas com o sistema federativo brasileiro. A formulação e a implementação de políticas públicas são, em primeiro lugar, atribuição do Legislativo e do Executivo, cujos membros foram escolhidos para este fim. Diante de demandas igualmente legítimas, cabe ao administrador optar pela que considera mais importante no momento. (NOVELINO, 2016, p. 462)

Como última dimensão apresentada, a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade de ser requerida ao Estado são analisadas por Nathalia Masson:

Por fim, no que se refere à última das dimensões, pertinente à proporcionalidade da prestação invocada e a razoabilidade de a mesma ser pleiteada ao Estado, tem-se como necessário adequar à pretensão individual às reservas orçamentárias. Assim, a efetivação e realização dos direitos sociais dependeria da existência simultânea de dois requisitos: “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado”. (MASSON, 2016, p. 293)

A partir dessa análise, ainda que não se concorde totalmente com sua delimitação, a teoria da reserva do possível tem seu valor inerente e explícito, qual seja, a possibilidade de racionalização dos recursos públicos, através do impedimento de se direcionem recursos de forma errônea e equivocada.

No entanto, o âmago da questão, quando se analisa tal teoria, reside na utilização de argumentações vazias para disfarçar o desrespeito histórico do Brasil em face dos direitos sociais previstos na Carta Política em favor dos hipossuficientes. Acaba-se que as decisões políticas, em geral, são tomadas a fim de se favorecer uma parcela pequena da sociedade, em detrimento das pessoas que realmente necessitariam de uma proteção estatal. (AGRA, 2018)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

O Estado passou a se utilizar da teoria da reserva do possível de uma forma irresponsável, para poder se omitir em realizar e praticar as políticas públicas necessárias para a implementação e aplicação dos direitos sociais previstos, declarando não possuir condições financeiras, se permitindo programar para uma data futura.

Desta forma, o STF, através do julgamento da ADPF 45 MC/DF (Informativo n. 345), de relatoria do Ministro Celso de Mello, compreendeu que para se utilizar da teoria da reserva do possível deve existir um justo motivo:

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

A ADPF 347 MC/DF, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, determina que para se alegar a reserva do possível há a necessidade de apresentar um justo motivo, ao tratar sobre o Sistema Penitenciário Nacional, quanto a sua superlotação e as condições desumanas aos quais os custodiados se mostravam afetos, numa clara violação dos direitos fundamentais e humanos. Quando do relatório, assim afirmou:

Salienta que o argumento de escassez de recursos não pode prevalecer, por tratar-se da satisfação do mínimo existencial dos presos, o que afasta a limitação pela reserva do possível, assim como "a posição de garante do Estado em relação aos presos". No mais, alega que, a médio e longo prazos, a solução pretendida poderá gerar a redução de gastos públicos, considerado o custo médio mensal de cada preso, que ultrapassa dois mil reais.

Todavia, anterior ainda a quaisquer atos do Poder Judiciário sobre a efetivação dos direitos sociais, existia uma controvérsia sobre a legitimidade de este atuar tomando decisões relativas às alocações de verbas públicas. Tal discussão era levantada por se compreender ser de juízo de conveniência e oportunidade, dos Poderes Legislativo e Executivo, a maneira como os recursos financeiros seriam aplicados. (MASSON, 2016)

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

O AgR no RE 436.996-6/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, abordou tal tema, quando do julgamento sobre determinado município e sua obrigação de atuação sobre a educação infantil:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

Destarte, as políticas públicas relativas aos direitos sociais necessitam e devem ser executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário a observância, excepcionalmente, da determinação de executar e implementar quando da inadimplência ou de visualizada as más escolhas orçamentárias realizadas por aqueles.

Assim, quando do julgamento do RE 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo como discussão a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo do estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, fora assentada a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividades ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Por fim, vindo o Estado a alegar tal teoria, este terá a obrigação de provar a sua impossibilidade real, como discutido alhures, devendo comprovar não ter capacidade de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

arcar com tais obrigações, vindo a deixar de cumprir com outras políticas de suma importância.

O julgamento do REsp 1.185.474/SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, tratou a forma como a teoria deve ser aplicada, ao analisar o acesso a creche aos menores de zero a sei anos. Inicialmente o relator compreende que “quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada”.

Não poderia ser diferente, as políticas públicas, ordinariamente, são programadas e analisadas detidamente e previamente, a fim de que possam proteger e atingir a sociedade, em especial o público-alvo. Diante disso, “observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política”.

Ao se proteger e implementar os direitos sociais não se está privilegiando qualquer classe social ou qualquer outra parcela divisional da sociedade, mas estará cumprindo os ditames da Carta Magna.

A questão orçamentária do Estado deve observar essa imposição, pois, uma vez haja uma cobrança judicial de determinada implementação ou complementação de direito e ao se utilizar a teoria da reserva do possível, “a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”.

Entretanto, Bernardo Gonçalves Fernandes critica uma considerada postura “ativista” por parte do Poder Judiciário:

No estudo da reserva do possível, fica claro, portanto, que o uso de argumento de racionalidade econômica (escassez) desvia o curso obscurece os argumentos jurídicos por que ainda se pautam numa concepção de liberdade (conveniência) do Administrador Público de aplicação dos recursos financeiros públicos. A ausência de um espaço capaz de institucionalizar procedimentos de formação da vontade coletiva – à luz de um princípio democrático – acaba por legitimar posturas paternalistas e autoritárias por parte do Judiciário brasileiro, que assume o papel taumaturgo de decisão – a semelhança de um Poder

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

Moderador, ou de um Poder Constituinte permanente -, confundindo fiscalização com usurpação do espaço e espectro de decisões dos demais Poderes constituídos. (FERNANDES, 2017, p. 718)

A teoria da reserva do possível é um importante mecanismo para o Estado, permite o afastamento da obrigação em determinados casos com fulcro principal na questão financeira, em especial, a escassez de recursos. No entanto, não se permite a utilização única e exclusiva do argumento, é necessário que haja uma comprovação real e justificada da falta de recursos, pois está se tratando de uma obrigação constitucional que visa a proteção da dignidade da pessoa humana.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Em contraponto a teoria da reserva do possível, a garantia do mínimo existencial impossibilita de o Estado negar os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como os direitos sociais, previstos constitucionalmente, a fim de proteger e assegurar que as prestações sociais mínimas, com condições adequadas de existência digna às pessoas, serão disponibilizadas a toda a sociedade, sem qualquer tipo de distinção discriminatória.

Na descrição do previsto pela doutrina alemã existe uma diferenciação entre o que viria a ser um mínimo existencial e um mínimo vital, que são de fato conceitos diferentes, conforme descreve Flávio Martins Alves Nunes Junior:

Na doutrina alemã, o mínimo existencial tem se desdobrado em dois aspectos: um mínimo fisiológico, ou seja, as condições materiais mínimas para uma vida digna (sendo esse o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial) e também um mínimo existencial sociocultural, objetivando assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção, em razão de uma igualdade real, na vida social. Assim, enquanto o primeiro “encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termo de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material”. (NUNES JUNIOR, 2017, p. 1.055)

A partir deste ponto observa-se que a distinção entre as conceituações é essencial e explícita, pois a confusão entre os dois implicaria em uma redução drástica

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

ao que se deve garantir e proteger. O *mínimo vital* está intimamente ligado a uma garantia da dignidade da pessoa humana, prevista em diversas cartas políticas e convenções internacionais; e, o *mínimo existencial* se relaciona a uma dimensão sociocultural, a fim de garantir uma vida digna, restando ao Estado se programar as políticas públicas que devem ser aplicadas.

Examinando tal diferenciação, Flávio Martins Alves Nunes Junior:

Entendemos que o mínimo existencial dos direitos sociais corresponde ao conteúdo essencial desses direitos, ou seja, um núcleo irreduzível das normas definidoras de direitos sociais, que exigem por parte do Estado não apenas omissões, mas também ações. Outrossim, sob pena de transformarmos o mínimo existencial em um mero instituto teórico, sem efeitos práticos concretos, olvidando a força normativa da Constituição e o princípio da eficiência ou máxima efetividade, entendemos também que o mínimo existencial dos direitos sociais pode ser jurisdicionalizado, ou seja, exigido dos Poderes Públicos, pela via jurisdicional. (NUNES JUNIOR, 2017, p. 1.056)

Outra análise a ser realizada quanto a essa diferenciação é a maleabilidade, em certa medida, do mínimo existencial, conforme descreve Walber de Moura Agra:

O mínimo existencial ou densidade suficiente refere-se ao núcleo duro que, integralmente, não pode ser desprezado pelos órgãos estatais. A zona periférica refere-se à extensão à qual os direitos fundamentais devem paulatinamente evoluir, atendendo às diretrizes estipuladas pelo Supremo Tribunal Federal, sempre em sintonia com os fatores sociopolítico-econômicos. Entretanto, jamais haverá em engessamento evolutivo na concretização dos direitos fundamentais, que sempre estarão em constante desenvolvimento *pari passu* com o progresso da sociedade. A conclusão que se pode chegar é que sempre haverá uma zona periférica na definição dos direitos fundamentais, e que caberá ao STF velar pelo seu desenvolvimento sintonizado com as demandas sociais. (AGRA, 2018, p. 343)

O Estado pode, como informado, alegar a teoria da reserva do possível, visto a dificuldade financeira, por diversos aspectos, em cumprir com as suas obrigações previstas constitucionalmente. Todavia, para tal suscitação é necessário que comprove a impossibilidade financeira do Estado em tornar efetivas tais políticas públicas, ou até a falta de razoabilidade da prestação individual ou coletiva reclamada. (PAULO e ALEXANDRINO, 2017)

Essas discussões acabam por se acampar no Supremo Tribunal Federal, uma vez estarem discutindo normas constitucionais, assim a intervenção judicial no

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

controle de políticas públicas seria legítima, bem como por visarem proteger as condições da liberdade individual e também a mínima efetivação dos direitos sociais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O STF vem se posicionando no sentido de que a invocação da reserva do possível não pode vir em detrimento do mínimo existencial, ressalvado o disposto anteriormente. Julgado importante sobre o tema trata-se do AgR no RE 639.337/SP, também relatada pelo Ministro Celso de Mello, que assim fundamentou:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um completo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

A posição da Egrégia Corte se apresenta bastante enérgica, pois compreende a necessidade de o Poder Judiciário atuar de forma a compelir o Estado, em suas diversas esferas, a cumprir com sua obrigação constitucional, conforme se depreende do AgR no RE 745.745/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ao se referir a ADPF 45:

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas.

Conforme se compreende das decisões apresentadas é possível visualizar um posicionamento de que quando se tem em voga decisões de difícil solução, especialmente quando se discute a necessidade de um custeio dispendioso, o Judiciário enfrenta um dilema em atender um pedido de concretização de direito social e as dificuldades governamentais de racionalizar os escassos recursos financeiros. (PAULO, ALEXANDRINO, 2017)

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

Desta maneira, o STF se utiliza da presente teoria em julgados emblemáticos e de suma importância. Na área da saúde existe o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, no RE 581.488/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional. [...] Mas há, igualmente, o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de mínimo existencial. Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário.

Outra área de importância é a educação, que possui expressa referência nos direitos sociais constitucionais, através de uma correlação entre este direito e a dignidade da pessoa humana, e suas repercussões. O RE 410.715-5/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, abordou tal tema, percebendo a obrigação do Estado:

Os Municípios – que atuação, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fato de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

O Acesso à justiça também é um direito previsto na Carta Magna de grande repercussão na vida social das pessoas, e que precisa ser defendido e implementado

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

com todo o esforço possível, uma vez ser de notório conhecimento a falta de recursos da maior parte da população.

Assim, no julgamento do ED no AI 598.212/PR, relatada pelo Ministro Celso de Mello, determinando a instauração de uma Defensoria Pública:

Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. [...] É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder.

O mínimo existencial é respeitado de tal forma pelo Supremo Tribunal que procuraram mecanismos para tornar efetivos os direitos sociais, como explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A verdade é que o Supremo Tribunal Federal confere tamanha relevância ao desiderato constitucional de tornar efetivos os direitos sociais fundamentais que, em inúmeros casos, tem determinado até mesmo o **bloqueio de verbas públicas** do ente federado, em favor de pessoas hipossuficientes, a fim de lhes assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos, como corolário dos direitos à saúde e à vida. (PAULO, ALEXANDRINO, 2017, p. 247)

A importância da análise do mínimo existencial é enorme, os direitos sociais, em sua grande parte, são genéricos e não possuem uma determinação estrita para sua satisfação. Este mecanismo permite tanto ao Estado quanto ao Poder Judiciário,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

quando requerido, compreender o campo de necessidade da sociedade ou do indivíduo de um direito social, levando em consideração a situação fática social e pessoal.

4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A maleabilidade dos direitos sociais, no que tange a caracterização do mínimo existencial, não pode ser interpretada como um espaço em que o Estado poderá se utilizar a fim de aumentar e diminuir sua atuação conforme sua utilidade e necessidade. Ademais, o legislador infraconstitucional está vinculado aos direitos sociais previstos na Constituição, devendo trabalhar de forma a garanti-los e cumpri-los, bem como deve respeitar o núcleo duro da norma, não se podendo impor condições impossíveis de serem praticadas, sob pena de inconstitucionalidade da norma.

Para isso fora integrado o princípio da vedação ao retrocesso social, que está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, pois garante a sociedade uma estabilidade nas relações e na ordem jurídica.

Walber de Moura Agra demonstra quão importante é a finalidade deste princípio:

A finalidade do *entrenchment* é garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática. Como as normas são cada vez mais principiológicas, a determinação de seu conteúdo eliminaria a insegurança do sistema e igualmente evitaria a proliferação de antinomias. (AGRA, 2018, p. 337)

Visto isso, a motivação para o acolhimento da teoria se baseia no impedimento a edição de normas que visem revogar ou reduzir direitos sociais devidamente regulados e instituídos, sem a previsão de qualquer outro meio a manter as políticas públicas e os benefícios conquistados. (MASSON, 2016)

Porém, como alerta Flávio Martins Alves Nunes Junior, existem situações que precisam ser observadas, também tornando o princípio estudado maleável:

Em tempos de crise financeira, déficit orçamentário, cabe ao Judiciário apreciar as medidas restritivas, o retrocesso social operado e decorrente da inevitabilidade dos fatos, verificando se houve excessos razoáveis, desproporcionais, que firam o núcleo essencial dos direitos fundamentais. [...] (NUNES JUNIOR, 2017, p. 1.071)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

O STF, ao analisar o AgR no RE 693.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, se posicionou sobre o princípio:

[...] em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário. [...] Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Observa-se, portanto, que a cláusula visa uma proteção as conquistas sociais, pois, caso não existisse, o Estado teria uma permissão implícita de implementar e excluir políticas sociais sem qualquer justificativa. Coligando com o presente entendimento o Ministro Luis Roberto Barroso:

Entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. (apud MASSON, 2016, p. 295)

Contudo, diversas são as normas existentes no ordenamento jurídico pátrio, o que pode causar uma confusão generalizada, especialmente quanto à forma de aplicação do princípio estudado, pois uma vez aplicada indiscriminadamente, os direitos fundamentais poderiam ser engessados impossibilitando sua evolução.

Em análise das normas constitucionais, a discussão que emergiu fora a se os direitos sociais integrariam o conceito de cláusula pétrea, impossibilitando que sejam objeto de proposta de emenda constitucional e sua abolição das previsões da Carta Constitucional. Todavia, após o julgamento da ADI 1.946/DF, que decidiu ser o salário-maternidade uma cláusula pétrea, não mais subsiste qualquer dúvida sobre o tema. (VASCONCELOS, 2017)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

A importância maior se apresenta quando se visualiza as normas integradoras, que protegem em tantas esferas a sociedade, como relata Clever Vasconcelos:

As referidas normas integram o patrimônio jurídico das pessoas, de tal forma que não podem mais ser suprimidas, sob pena de caracterizar retrocesso. Esse princípio constitui um limite ao legislador que não pode esvaziar a aplicação da norma constitucional pela supressão da norma integradora.

Dentre os direitos sociais, encontramos também o direito à liberdade sindical, que se configura num desdobramento do direito à liberdade de associação (incisos XVI a XXI, art. 5º), com as peculiaridades voltadas ao exercício profissional, conforme se depreende da leitura do art. 8º, CF. (VASCONCELOS, 2017, p. 375-376)

Bernardo Gonçalves Fernandes conclui:

Assim sendo, temos que “o princípio da proibição do retrocesso” não deve e nem pode ser visto como um impedimento para modificações (legislativas) no âmbito dos direitos fundamentais, porém a revogação de normas que disciplinam direitos fundamentais sociais deve ser acompanhada de medidas alternativas que tenha a capacidade de compensar as eventuais perdas. Além disso, os Poderes Públicos devem recorrentemente buscar a concretização de direitos fundamentais sociais. (FERNANDES, 2017, p. 720)

Diante do apresentado conclui-se que a proibição se liga a eventuais desrespeitos a implementação da norma que veio a ser devidamente efetivada. Assim, o legislador infraconstitucional não pode vir a reduzir, por mera liberalidade, os direitos alcançados, fazendo retornar ao estado anterior e conseqüente inefetividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 deveria ser das primeiras políticas públicas a serem adotadas e observadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que a sua omissão acaba por prejudicar a todos os cidadãos que teriam direito ao acesso.

Argumentar de forma única e exclusiva a falta de recursos financeiros se mostra uma grande leviandade, pois é amplamente difundido o quanto o Estado gasta com futilidades e privilégios que se direcionam ao uma mínima parcela da sociedade, não se apontando que tais benefícios não são somente para os que compõem estes mandatos.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

Passados mais trinta anos da promulgação da Carta Magna brasileira é visível que ainda há uma longa estrada a ser percorrida, diversos direitos sociais, que são classificados como direitos fundamentais constitucionais, ainda precisam de uma mínima regulamentação para que possam ser praticados.

Os meios de influência para efetivação dos direitos sociais apresentados neste trabalho são, em sua maior compreensão, diretamente ligados a reserva financeira do Estado, e como ela deve ser observada, desde ao que ainda será introduzido e regulamentado até o que já se encontra praticado diariamente.

O Estado precisa, no momento em que se programa a receita que terá em suas mãos, estudar a melhor forma para manter e garantir os direitos já devidamente instituídos, tendo como objetivo ofertar o mínimo de condições adequadas de existência digna às pessoas, através das prestações sociais previstas.

Em caso de omissão por parte da Administração Pública, pode a população ou o cidadão pedir a intervenção do Poder Judiciário, suplicando que lhe seja garantido o mínimo existencial, sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, aquele deve demonstrar, através de argumentos robustos, o que poderia motivar a não oferta do direito requisitado, seja pela falta real de recursos, seja pela falta de razoabilidade no requerido, ou outro motivo condizente.

Os direitos sociais, por fundamentais que são, precisam ter por parte do Estado uma melhor proteção, não deveriam os mandatários se furtarem de garanti-los, uma vez estarem causando um prejuízo imenso, além de estarem desrespeitando a Constituição Federal, impedindo-a de impactar a vida social conforme fora desejado quando de sua elaboração e promulgação.

Diante disto, os mecanismos apresentados servem para auxiliar e proteger o Estado e a população, pois visam tornar os direitos sociais mais concretos e palpáveis. Ao analisar as políticas públicas é necessário que se leve em consideração a questão financeira, a fim de permitir que seja sustentável sua existência, mas levando em consideração a proteção a dignidade da pessoa humana e a proibição de restringir outros direitos sociais.

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 de Julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45 MC/DF** (Informativo n. 345). Relator: Ministro Celso de Mello: Data de Publicação: 26 a 30 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 20 de Julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE n. 410.715-5/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 22 de Novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE n. 436.996-6/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 22 de Novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE n. 639.337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 23 de Agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 12 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE n. 745.745/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 02 de Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ED no AI n. 598.212/PR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 25 de Março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>. Acesso em: 20 de Julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 581.488/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 03 de Dezembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 592.581/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 13 de Agosto de 2015. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p267-286>

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>.
Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **REsp n. 1.185.474/SC**. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento. 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2010-04-20;1185474-1012821>>. Acesso em: 09 de Agosto de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; MÉTODO, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.