

**THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA**

**OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**



Curso de Direito

Cuiabá – MT, 2014

**THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA**

**OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A presente Monografia, do Curso de Direito do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura - ICEC, requisito para conclusão do curso de graduação. Sob Orientação do Profº Esp. Robson Silva Salustiano.



Curso de Direito

Cuiabá – MT, 2014

ICEC

INSTITUTO CUIABÁ DE ENSINO E CULTURA

DIRETOR

Professor Pedro Américo Frugoli

COORDENADORA PEDAGÓGICA

Professora Nelma Sueli Marques Borges

Coordenador do Curso de Direito

Professor Teófilo Márcio de Arruda Barros Júnior

PROFESSORA DA DISCIPLINA DE TCC-II

Marta Lima R. de Arruda

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA**

**OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**Monografia de conclusão de curso** apresentada a Coordenação do Curso de Direito do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, defendida em \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_, tendo sido: \_\_\_\_\_ pela Banca Examinadora constituída pelos Professores:

**Robson Silva Salustiano** \_\_\_\_\_  
Professor de Direito **Orientador**

\_\_\_\_\_  
**Coordenador do Curso** **Presidente da Banca**

\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca**

**Dedico esta monografia**

Ao nosso Senhor Jesus Cristo.

Ao meu pai José Borges de Lima Sobrinho

À minha mãe Ana da Silva Mesquita de Lima.

À minha irmã Hevelin Mesquita Borges.

A todos os meus parentes, familiares e amigos.

A todos os professores do ICEC, pela paciência ao longo dos cinco anos.

Aos amigos e colegas da minha turma aqui no ICEC.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discorrer, de forma clara e concisa, mas visando sempre ao aprofundamento pertinente ao tema, sobre a aplicabilidade ou não da cláusula (teoria) da reserva do possível na efetivação pelo Administrador público dos direitos fundamentais sociais. No capítulo I foi feita uma análise histórica do surgimento do Estado. Aduziu-se que no Estado liberal conquistaram-se os direitos de primeira geração, que são os direitos negativos (liberdade, igualdade etc.) conquistados perante o Poder Público. Sem embargo do avanço do liberalismo estatal, foi nele que houve o aprofundamento das desigualdades sociais, pois se contentava com a igualdade meramente formal. O Estado social, por sua vez, trouxe a conquista de direitos prestacionais. Era o Estado que perseguia e buscava a igualdade efetiva e material, visando sempre à erradicação da pobreza. No capítulo II foi tratado sobre o neoliberalismo. O Estado neoliberal é aquele que estimula a iniciativa privada a atuar em parceria com o Poder Público na prestação dos direitos sociais. Destacou-se que há quem defenda que tal modelo de Estado representa um retrocesso social na conquista dos direitos fundamentais prestacionais. No capítulo III foi abordado sobre o conceito de direitos sociais e do termo políticas públicas. Abordou-se também sobre os princípios do mínimo existencial, da proibição do retrocesso social e da vedação da insuficiência das políticas públicas. No referido capítulo asseverou-se que o Estado tem o dever de prover para as pessoas o mínimo de condições materiais de sobrevivência a fim de lhes assegurar dignidade e qualidade de vida. No capítulo IV falou-se sobre a omissão do Poder Legislativo e Executivo na elaboração e implementação das políticas públicas e o seu controle pelo Poder Judiciário. Nele foi destacado que o Poder Executivo, quando acionado no Judiciário, tem fundamentado sua omissão ou prestação ineficiente dos direitos sociais na Teoria da Reserva do Possível. Explicou-se acerca da origem da mencionada teoria e sobre como a doutrina e a jurisprudência nacionais tem enfrentado esse argumento aduzido pelo Poder Público. Nesse ponto, foi observado que o Poder Judiciário, especialmente os tribunais superiores, tem adotado o posicionamento no sentido de que não subsiste o argumento da reserva do possível quando se tratar de direitos integrantes do núcleo do mínimo existencial.

**PALAVRA CHAVE:** Direitos Sociais. Políticas Públicas. Reserva do Possível.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	07
<b>1. DO FIM DO FEUDALISMO AO SURGIMENTO DOS ESTADOS MODERNOS</b>	09
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	09
1.2. O FEUDALISMO	09
1.3. O ESTADO ABSOLUTISTA	10
1.4. O ESTADO LIBERAL	12
1.5. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO	14
<b>2. O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS</b>	16
<b>3. OS DIREITOS SOCIAIS</b>	18
3.1. DISPOSIÇÕES GERAIS E CONCEITO	18
3.2. CLÁUSULA PÉTREA	19
3.3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	20
3.3.1. Políticas Públicas	20
3.3.2. A Garantia do Mínimo Existencial	22
3.3.3. Princípio da Vedação ao Retrocesso Social	23
3.3.4. Proibição da Insuficiência das Políticas Públicas	25
3.4. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE	26
3.4.1. Direito a Educação	26
3.4.2. Direito a Saúde	33
3.4.3. Direito a Alimentação e Assistência aos Desamparados	37
3.4.4. Direito ao Lazer	40
3.4.5. Direito ao Trabalho	41
3.4.6. Direito a Segurança Pública	41
3.4.7. Direito a Moradia	42
3.4.8. Direito a Previdência Social e Proteção à Maternidade e a Infância	43
<b>4. OMISSÃO ESTATAL E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	45
4.1. INSTITUIÇÕES E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	45
4.1.1. Defensoria Pública	46
4.1.2. Ministério Público	46
4.1.2.1. Método Extrajudicial de Defesa dos Direitos Sociais	47
4.1.2.2. Método Judicial de Defesa dos Direitos Sociais	47
4.2. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	48
4.3. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	52
4.4. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	53
<b>CONCLUSÃO</b>	57
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	59

## INTRODUÇÃO

No presente estudo discorreu-se sobre a aplicabilidade ou não da cláusula da reserva do possível na concretização dos direitos sociais pelo Poder Público.

O objetivo desta monografia é perquirir sobre os direitos sociais, com pontuais apreciações sobre os princípios que orientam o Legislador e o Administrador público na sua missão de dar efetividade a estes direitos. O intento específico aqui buscado é realizar criteriosa análise da doutrina jurídica sobre o tema, debruçar-se sobre a legislação que lhe é relacionada e trazer à apreciação jurisprudência relevante para investigação dessa matéria.

A matéria está dividida em 4 (quatro) capítulos que tratam desde o surgimento do Estado no período Absolutista até o advento da doutrina do Neoliberalismo; dos direitos sociais e os princípios que orientam o Poder Público na sua missão de prestar os serviços sociais; a omissão estatal e o controle judicial de políticas públicas; e a origem e análise doutrinária e jurisprudencial da Teoria da Reserva do Possível. O estudo foi dividido entre os seguintes capítulos:

O capítulo 1 (um), denominado “Do Fim do Feudalismo ao Surgimento dos Estados Modernos”, tem a finalidade de fazer toda uma análise acerca do fim do domínio dos grandes proprietários de terra chamados de “senhores feudais”, o surgimento do Estado no período da história conhecido como Absolutismo, passando pelo Estado Liberal e posteriormente o Estado do bem-estar social.

No capítulo 2 (dois) se falará sobre a adoção da doutrina do Neoliberalismo pelo Estado brasileiro e os seus efeitos no tocante a concretização dos direitos sociais.

O capítulo 3 (três) terá o objetivo de tratar sobre os direitos sociais. Neste tópico, será dado o conceito de direitos sociais e políticas públicas e se fará uma abordagem sobre os princípios do mínimo existencial, proibição do retrocesso social e vedação da insuficiência das políticas públicas. Tratar-se-á também acerca dos direitos sociais em espécie.

No quarto capítulo, denominado de “Omissão Estatal e Controle Judicial de Políticas Públicas” será abordado sobre a hipótese em que o Poder Público é omissor na implementação de políticas públicas, ou quando estas existem, faz a sua prestação de forma ineficiente.



O derradeiro capítulo deste trabalho visará estudar sobre a legitimidade do Poder Judiciário para o controle judicial de políticas públicas, a origem da teoria (cláusula) da Reserva do Possível e a sua aplicabilidade ou não no ordenamento jurídico pátrio.

## **DO FIM DO FEUDALISMO AO SURGIMENTO DOS ESTADOS MODERNOS**

### **1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O modelo de estado que existe hoje em quase todo o mundo ocidental começou a surgir com o fim do feudalismo.

Com a derrocada do feudalismo, surge o estado absolutista. No absolutismo, todo o poder político e econômico estava concentrado nas mãos do rei. Começava a surgir a idéia inicial de nação. As bases dos atuais estados modernos estavam firmando suas raízes no mundo ocidental.

O estado absolutista cedeu lugar ao estado liberal. Esse modelo de estado contribuiu para a conquista dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, igualdade etc.), os quais os burgueses foram os grandes beneficiados. Foi nesse estado também que as desigualdades sociais se aprofundaram ainda mais.

Surge posteriormente o estado social, também chamado de Estado do bem-estar social. Foi o estado que trouxe os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais (saúde, educação etc.), os quais passaram a exigir do poder público um comportamento positivo para a sua efetivação. Os governos começaram a elaborar políticas públicas para diminuir as grandes desigualdades sociais que foram aprofundadas no liberalismo econômico.

### **1.2. O FEUDALISMO**

Durante o período da história humana conhecido como Idade Média, a forma de organização social que existia na Europa ocidental era chamada de Feudalismo.

O feudalismo foi a forma de organização política, social e econômica dominante na Europa ocidental durante a idade média (...) o poder político estava fragmentado entre os senhores feudais e o rei(...) O rei tinha por responsabilidade garantir a proteção de seus vassalos, agora transformados em senhores feudais. Além disso, costumava ceder-lhe parte dos saques obtidos nas expedições guerreiras. Em troca, os senhores feudais juravam fidelidade militar e política ao rei, prestavam serviços administrativos e arcavam com as despesas de seus exércitos, que deviam socorrer o soberano quando necessário (...) Como as guerras eram constantes e aumentar o número de cavaleiros

e soldados não era tarefa simples os senhores feudais deram início a um grande processo de subenfeudação de suas terras. Ou seja, eles passaram a ceder parte de seus feudos a cavaleiros que, dessa maneira, tornavam-se senhores feudais(...) Todas essas transformações contribuíram para o fortalecimento dos grandes senhores feudais. Eles detinham o poder em seus feudos, nos quais o rei quase não tinha autoridade (...) <sup>1</sup>.

No século XI surge na Europa ocidental um novo grupo social denominado burguesia, formado principalmente por mercadores. Os burgueses queriam maior liberdade para comercializar suas mercadorias, no entanto, a fragmentação política e econômica dos reinos em vários feudos dificultava a expansão dos negócios<sup>2</sup>.

Neste cenário, os burgueses procuraram se aproximar dos monarcas, em busca de apoio. As camadas baixas da sociedade também começaram a ver no soberano um defensor dos pobres contra a opressão dos senhores feudais. Portanto, a partir do século XI em diante, de forma lenta e gradual, os monarcas foram submetendo à sua autoridade os poderes locais, nascendo as monarquias nacionais européias<sup>3</sup>.

### **1.3. O ESTADO ABSOLUTISTA**

A humanidade se organizou politicamente de diferentes maneiras ao longo do tempo. Durante a idade média, na Europa ocidental, o poder pulverizou-se entre os senhores feudais, cabendo a eles as atribuições que contemporaneamente são atribuídas aos estados, como por exemplo, a cobrança de impostos, a defesa territorial e a aplicação da justiça. A autoridade dos reis era praticamente simbólica, pois, os senhores feudais concentravam enormes poderes dentro dos limites de suas propriedades<sup>4</sup>.

A Europa atravessou diversos momentos de crise entre os séculos XV e XVII. Neste período, o continente foi assolado pela fome em diversas regiões, guerras religiosas, guerras entre os reinos europeus que procuravam ampliar seus limites territoriais e pelas revoltas populares<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. História: Volume Único. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2005. 109-111.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. *op. cit.*, p. 129.

<sup>3</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. *op. cit.*, p. 129.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. *op. cit.*, p. 159.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. *op. cit.*, p. 159-160.

Diante dessa situação, pensadores políticos como Thomas Hobbes (1588-1679) e Jacques Bossuet (1627-1704), entre outros, publicaram livros argumentando que somente um governo fortemente centralizado seria capaz de pôr fim a desordem reinante<sup>6</sup>.

A idéia de centralização do poder se espalhou pela Europa, despertando a consciência de que era preciso buscar a unidade e combater o sistema medieval. Nesse contexto, os antigos feudos começaram a dar lugar aos estados nacionais.

Para ascender à suprema posição almejada, os reis precisavam impor aos seus adversários a sua autoridade, tanto no plano interno quanto no externo. Era preciso submeter os senhores feudais, a igreja católica e, igualmente, o Sacro Império Romano Germânico ao comando geral. Os vários feudos dos senhores e de seus vassallos, que representavam o poder pulverizado começaram a dar lugar a formação dos estados nacionais. Erige-se o Estado moderno centralizado no absolutismo(...)<sup>7</sup>.

Portanto, a concentração total do poder do Estado nas mãos do monarca só foi possível em razão da conjuntura social, política e econômica da época.

No plano econômico, as monarquias absolutistas adotaram o Mercantilismo. Tal política econômica consistia em forte intervenção do estado na economia. O objetivo era alcançar o máximo de desenvolvimento econômico através do acúmulo de riquezas.

A burguesia, que outrora havia se aliado aos monarcas contra o feudalismo, agora começaria a se opor contra o absolutismo. É que, apesar do enorme poder econômico que os burgueses detinham, não participavam do poder político e dos privilégios do antigo regime.

Houve outros fatores que também contribuíram para a ruína do estado absolutista: a existência de seitas protestantes que almejavam liberdade religiosa; o interesse dos burgueses em superar o mercantilismo a fim de obter novas fontes de matéria prima e ampliar o mercado econômico; a aliança firmada pelos burgueses com os súditos das camadas inferiores da

---

<sup>6</sup> AZEVEDO, Gislaine Campos. SERIACOPI, Reinaldo. *op. cit.*, p. 160.

<sup>7</sup> SPARAPANI, Priscilia. O modelo de estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

sociedade, que também estavam insatisfeitos com o absolutismo etc.<sup>8</sup>.

No contexto explanado acima, o antigo regime entrou em crise, abrindo campo para o liberalismo.

#### 1.4. O ESTADO LIBERAL

Com a derrocada do antigo regime, surge o Estado liberal. Ele nasceu da luta contra os abusos do estado moderno (que era baseado em desigualdade, privilégios e arbitrariedades) e de sua forma de organização, dos abusos do poder da nobreza e da igreja na idade média<sup>9</sup>.

A tomada do poder político foi articulada pela burguesia. O combate foi travado na luta pelas ideias iluministas e das revoluções liberais, como a Revolução liberal e a Revolução francesa<sup>10</sup>.

O Estado liberal consagrou o triunfo da classe burguesa. O liberalismo abriu caminho para o surgimento do Estado de Direito, concebido como guardião das liberdades individuais. A postura estatal era de abstenção: não atuar no campo econômico e nem afrontar os direitos e liberdades individuais<sup>11</sup>.

O Liberalismo era a política econômica adotada pelo Estado, que consistia, em linhas gerais, na defesa da propriedade privada, da liberdade econômica, na mínima participação do estado nos assuntos econômicos da nação e na igualdade perante a lei.

Todavia, o Estado liberal não era exatamente um Estado Democrático de Direito, uma vez que a igualdade que existia era meramente formal<sup>12</sup>. Conforme assevera Maria Cecília Máximo Teodoro<sup>13</sup>:

Sendo a propriedade privada o pilar, na esfera privada vigia a liberdade individual e a liberdade contratual. Os sujeitos são livres para o exercício dos seus direitos de propriedade. Esta constitui limite à atuação estatal, cuja função precípua é respeitar esses direitos. Assim considerado, o sujeito, sendo

---

<sup>8</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

<sup>9</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. Crise do Estado Social e o Papel do Juiz na Efetivação de Direitos Trabalhistas. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: FADUSP, 2009. P. 17.

<sup>10</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. *op. cit.* p. 17.

<sup>11</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

<sup>12</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

<sup>13</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. *op. cit.* p. 27.

livre, pode vender o seu trabalho, o qual pode ser comprado por outrem. Nesse sentido, todos são proprietários: alguns de seus bens, outros de sua força de trabalho.

O liberalismo estatal não protegia a todos. O principal beneficiário dos direitos fundamentais de primeira geração conquistados perante o Estado foram os burgueses. Afinal, a grande massa da população não tinha propriedades para o governo proteger.

No berço do liberalismo ocorreu a Revolução industrial. Houve um grande avanço tecnológico. Os burgueses enriqueceram-se rapidamente, transformando-se em empresários capitalistas.

Por outro lado, a grande maioria da população não conseguiu se beneficiar de todo esse progresso. Essa população excluída formou uma nova classe social: o proletariado.

Os proletários, em geral trabalhadores das manufaturas e fábricas criadas na revolução industrial, tinham uma péssima qualidade de vida: viviam em moradias precárias e bairros insalubres; as fábricas nos quais trabalhavam não ofereciam condições dignas de trabalho; e os salários ofertados pelos donos das fábricas eram extremamente baixos.

Com efeito, o estado não se preocupou em proteger os operários. Sua maior preocupação, conforme já mencionado, era proteger o direito de propriedade, que inclusive era considerado um direito supremo. Os direitos sociais, como saúde, educação e seguridade social deveriam ser conquistados pelos próprios civis.

Surgiu no mencionado período o denominado Cidadão-proprietário. Para ser considerado cidadão, a pessoa deveria ter um percentual mínimo de renda. Como os proletários não eram donos de propriedades (só eram proprietários de sua força de trabalho), não tinham o direito de participar da vida política do estado através do voto<sup>14</sup>.

Nesse contexto, o Estado liberal contribuiu para que as contradições sociais se evidenciassem e agravassem ainda mais o quadro de diferenças sociais e econômicas do século XIX.

O Estado de Direito nasceu liberal em sua essência (...) (...) ocorre que a

---

<sup>14</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. *op. cit.* p. 27.

ausência de limites ao poder econômico, típica do liberalismo, gerou grandes desigualdades sociais que ensejaram um novo modelo de estado, assim chamado Estado Social de Direito, caracterizado, nos séculos XX e XXI pela intervenção como forma de proteger igualdade e direitos sociais, necessárias para a proteção da dignidade humana e a proteção do bem comum (...) <sup>15</sup>.

O cenário social do século XIX deixou evidente que o modelo de estado até então vigente, pautado nos ideais liberais, era absolutamente inviável. Um novo modelo de estado começa a surgir: o Estado do bem-estar social.

## 1.5. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A postura omissiva do estado no liberalismo demonstrou que o poder público não poderia permanecer inerte diante dos abusos de poder econômico que foram praticados pelos burgueses contra os proletários.

A Revolução industrial, a Revolução Russa e a primeira guerra mundial foram determinantes para que profundas modificações ocorressem no Estado ocidental, abrindo caminho para o advento do Estado do bem-estar social se instalar<sup>16</sup>.

O Estado social de direito, ao contrário do Estado liberal, que tinha uma atuação omissa, passa a adotar uma postura comissiva. Doravante, o estado passaria a interferir no campo econômico e na iniciativa privada, a fim de mitigar os abusos cometidos pelos detentores do capital de produção e angariar recursos financeiros para elaborar e executar políticas públicas com o escopo de realizar os direitos sociais dos quais a grande maioria da população carecia.

O Estado social não se contentou com a igualdade meramente formal, como acontecia no estado liberal. Todavia, esse modelo de estado também não demoraria para dar sinais de esgotamento em virtude da grande demanda existente.

Vários problemas começaram a surgir, dentre eles destaca-se a existência de uma legislação social muito onerosa, que afugentaria o investimento das empresas e do setor privado, o sentimento de dependência da população em relação aos serviços prestados pelo

---

<sup>15</sup> BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. Garantia de Direitos e Separação dos Poderes. Dissertação (Mestrado em Direito) - São Paulo: FADUSP, 2012. p. 11.

<sup>16</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

poder público, déficit na prestação dos serviços públicos, aumento da interferência estatal na vida privada e na sociedade civil etc. Tudo isso contribuiu para que o estado social tornasse improdutivo, ineficiente e excessivamente burocrático<sup>17</sup>.

Tanto o Estado liberal quanto o do bem-estar social trouxeram benefícios para a conquista dos direitos fundamentais. Trata-se de um processo gradativo e lento. O primeiro garantiu direitos negativos perante o estado, o segundo, exigiu um mais pró-ativo do Poder Público, a fim de mitigar as desigualdades sociais e distribuir riquezas.

Todavia, atualmente há uma corrente de pensamento denominada Neoliberalismo que prega um estado menos intervencionista que o estado social.

---

<sup>17</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*



## O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS

A expansão das atividades estatais fez com que o poder público se tornasse improdutivo, ineficiente e burocrático. Com isso, surgiu uma corrente de pensamento que prega a denominada doutrina do Estado mínimo, também chamado de Estado neoliberal, Estado Subsidiário ou do Capitalismo Regulamentar.

De acordo com essa corrente doutrinária, o estado só deveria atuar nos setores em que a presença do poder público fosse indispensável<sup>18</sup>.

O Brasil vem adotando medidas de cunho neoliberal. A atual Constituição Federal foi modificada em 1998, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, para que o poder público pudesse implantar as medidas da doutrina do Estado Mínimo. É a chamada Reforma Administrativa.

Os sinais da adoção do neoliberalismo são: a privatização de empresas estatais; extinção de entidades da administração pública; estímulo para que a iniciativa privada atue nas áreas em que estes entes estatais extintos atuavam; fomento para que o chamado terceiro setor assumira atividades não exclusivas do estado etc.

No Brasil, entidades privadas como as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) já estão prestando serviços públicos não exclusivos do Estado.

Destaca-se, apenas para exemplificar, o caso das OSCIP, que foram instituídas pela Lei nº 9.790/1999 e regulamentadas pelo Decreto nº 3.100/1999, os quais podem atuar nas áreas de assistência social, promoção de segurança nutricional e alimentar, promoção gratuita da saúde ou da educação etc<sup>19</sup>.

Há quem entenda que os dogmas do Estado Neoliberal representam um retrocesso na

---

<sup>18</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 131.

<sup>19</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *op. cit.* p. 148-150.

efetivação dos direitos sociais. Neste sentido, Priscilia Sparapani assevera que<sup>20</sup>:

(...) em relação ao Estado subsidiário (ou neoliberal) , ao contrário do que se afigura, ocorre que, sob o disfarce e a pretexto de alcançar o “fortalecimento” da sociedade civil e dos agentes privados para que possam substituir o estado na prestação dos serviços públicos, tais como saúde, educação, assistência social, entre outros, as classes privilegiadas buscam, na verdade, aumentar a miséria, a ignorância e dificultar o acesso aos direitos essenciais do cidadão.

Coexiste nos dias de hoje, a mescla do Estado Social – que interfere nas atividades dos indivíduos a fim de realizar o bem comum e o interesse público – com o modelo de estado que privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência<sup>21</sup>.

Portanto, contemporaneamente, os direitos sociais no Brasil são prestados tanto diretamente pelo poder público quanto pelas entidades privadas (OS, OSCIP, etc.) em colaboração com o poder público.

---

<sup>20</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

<sup>21</sup> SPARAPANI, Priscilia. *op. cit.*

## OS DIREITOS SOCIAIS

### 3.1. DISPOSIÇÕES GERAIS E CONCEITO

Os Direitos Sociais estão previstos no capítulo II, do título II, da Carta de 1988, inseridos no mesmo rol dos direitos e garantias fundamentais.

O artigo 6º da Constituição Federal preceitua que:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A doutrina, por sua vez, conceitua direitos sociais como:

(...) direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social (...) <sup>22</sup>.

No mesmo sentido:

(...) os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV, da CF/88) (...) <sup>23</sup>.

Os direitos sociais previstos na Constituição da República têm aplicação imediata (CF,

---

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197.

<sup>23</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2012. p. 1.302.

Art. 5º, § 1º). Todavia, não basta a mera previsão legislativa para a concretização destes direitos.

Para que os direitos sociais tenham efetividade, deve o Poder Público elaborar e executar ações a fim de que o rol de direitos estatuídos no artigo 6º e nos demais dispositivos da Constituição Federal sejam materializados de fato.

### 3.2. CLÁUSULA PÉTREA

A atual Constituição da República “(...) pode ser considerada como *super rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (...)”<sup>24</sup>.

Art. 60 da CF/88: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação de poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

(...)

O inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da CF preceitua que os direitos e garantias individuais não poderão ser alterados pelo legislador constituinte.

A doutrina diverge quanto à proteção dos direitos sociais pelas cláusulas pétreas do § 4º do art. 60 da CF.

Parte da doutrina argumenta que os direitos sociais somente seriam cláusulas pétreas se a Constituição tivesse falado em “direitos fundamentais”, no qual as espécies “direitos e garantias individuais” e “direitos sociais” estariam protegidos<sup>25</sup>.

Para esses doutrinadores, somente os direitos e garantias individuais seriam cláusulas pétreas. Outro argumento para a exclusão dos direitos sociais da proteção das cláusulas pétreas seria o fato de que estes direitos dependem de recursos financeiros para serem concretizados de

---

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 10.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 258.

fato.

De outro lado, parcela da doutrina aduz que os direitos sociais estão protegidos pela imutabilidade do § 4º do art. 60 da CF/88. De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>26</sup> “(...) situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.”

### 3.3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

É dever do Poder Público garantir o mínimo de condições e recursos materiais a fim de possibilitar a todos uma existência digna.

O administrador público, no momento de elaborar o orçamento estatal, tem o dever de destiná-los com prioridade para a execução das políticas sociais que se destinam à execução do mínimo existencial.

#### 3.3.1. Políticas Públicas

Conceitua-se políticas públicas como:

Instrumento de ação do Estado, em especial do executivo e do legislativo, de caráter vinculante e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados a realização dos fins do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário<sup>27</sup>.

Se é certo que o termo políticas públicas é de difícil conceituação, também é certo que envolve um conjunto de ações, ou medidas, praticado pelo Estado-Administração, com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e, via de consequência, ao próprio Estado de Direito<sup>28</sup>.

Os direitos fundamentais de primeira geração não exigem, em regra, ações positivas

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 258.

<sup>27</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Políticas Públicas. In DIMOULIS, D. (Org.) Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 447.

<sup>28</sup> SILVA, Alessandra Obara Soares da. Inexistência ou Ineficiência das Políticas Públicas e Controle Judicial. São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, v. 1, 2008. p. 3.

do Poder Público. Na concretização destes direitos, cabe ao Estado apenas o dever de criar os instrumentos jurídicos e as instituições que garantam o seu restabelecimento quando forem porventura violados. Por exemplo: quando constatada a privação arbitrária ou abusiva da liberdade de locomoção, poderá o paciente se valer do *habeas corpus* (instrumento ou garantia jurídica) para ajuizá-lo perante o Poder Judiciário (instituições estatais) a fim de restabelecer a sua liberdade.

Não se está dizendo que os direitos civis e políticos (direitos de primeira geração) não demandam receitas orçamentárias do Poder Público. Muito pelo contrário, podemos citar a título de exemplo a manutenção dos tribunais judiciários e demais instituições do país, que custam valores financeiros astronômicos do Estado.

Por outro lado, os direitos sociais exigem, em regra, ações positivas do Estado. Neles, os instrumentos jurídicos (ação civil pública) e o Poder Judiciário também são importantes na concretização destes direitos. Todavia, somente em casos de omissão ou insuficiência na concretização das políticas públicas poderá o Judiciário atuar.

Os direitos prestacionais exigem, conforme já repisado anteriormente, uma atuação positiva do Poder Público. E essa atuação se dá por meio de ações e políticas públicas elaboradas e executadas, via de regra, pelos Poderes Legislativo e Executivo.

(...) cabe ao Poder executivo elaborar planos de implementação e fomentos de políticas públicas e cabe ao Poder Legislativo aprová-los (leis orçamentárias). Aprovados os planos, decorre a obrigatoriedade de ação ao Poder Executivo que, mediante atos administrativos decorrentes do exercício de competência discricionária, desenvolverá uma política pública, quando e na forma que entender necessário (conveniência e oportunidade), garantindo-se, sempre, o mínimo existencial<sup>29</sup>.

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de que somente em hipóteses excepcionais poderá o Poder Judiciário determinar ao Administrador público a execução de políticas públicas.

(...)

POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E

---

<sup>29</sup> SILVA, Alessandra Obara Soares da. *op. cit.* p. 3.

### INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

(...)

- Embora inquestionável que resida, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de *formular e executar políticas públicas*, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, *especialmente* nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional<sup>30</sup>.

(...)

### 3.3.2. A Garantia do Mínimo Existencial

O ser humano necessita de alguns recursos materiais (alimentação, abrigo) para continuar mantendo a sua existência com dignidade e qualidade de vida.

Todavia, é fato notório e conhecido de todos que boa parte da população brasileira padece de recursos básicos para a manutenção de sua sobrevivência. Há milhares de pessoas, dentre elas idosos, crianças e adolescentes que sequer têm acesso ao mais elementar direito: alimentação adequada.

Ciente dessa situação, o legislador constituinte de 1988 previu expressamente em diversos dispositivos da atual Carta Fundamental um núcleo de direitos dos quais o cidadão que não conseguiu-os com seus próprios meios poderia exigí-los do estado.

O núcleo mínimo de direitos que o Poder Público tem o dever de garantir para todos estão inseridos principalmente no artigo 6º da Carta de 1988. A garantia de um mínimo de recursos materiais, ou seja, de direitos sociais, também deriva do Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material e dos objetivos de construir uma sociedade livre, justa

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, DJE de 15-09-2011.

e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, arts. 1º, III, 5º, *caput*, 3º, I e III).

(...)

- A noção de “*mínimo existencial*”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos Constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III) compreende um complexo 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. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (artigo XXV)<sup>31</sup>. – *original grifado*.

(...)

O mínimo existencial, assim, pode ser definido como a parcela mínima de direitos que um Estado deve observar para caracterizar-se como Estado de Direito material, assegurando, pelo menos, condições materiais mínimas para a existência digna da pessoa humana. É o verdadeiro núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo impossível de ser suprimido sem que se ofenda frontalmente o ordenamento jurídico<sup>32</sup>.

Gustavo Nogami<sup>33</sup> assevera que “no Estado Social e Democrático de Direito, o mínimo existencial apresenta a qualidade de direito subjetivo dos que dele necessitam perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social (...)”.

Portanto, os direitos sociais integram o núcleo do mínimo existencial de direitos dos quais toda pessoa humana tem o direito de exigir do Estado para a manutenção de uma vida com dignidade.

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, *DJE* de 15-09-2011.

<sup>32</sup> SILVA, Alessandra Obara Soares da. *op. cit.* p. 11.

<sup>33</sup> Breves Considerações Acerca do Controle Ministerial Sobre as Políticas Públicas. in VITORELLI, E. Temas Aprofundados do Ministério Público Federal. 2ª ed. JusPodivm, 2013. p. 84.



### 3.3.3. Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Os direitos humanos – que abrangem os direitos sociais – são frutos de lenta e gradual conquista ao longo dos tempos.

Segundo Thiago dos Santos Acca<sup>34</sup> “o princípio do não retrocesso social preconiza, basicamente, que ganhos sociais garantidos pelo Estado aos seus cidadãos não podem ser posteriormente suprimidos.”

O mencionado autor exemplifica o princípio aduzindo que “se há uma política pública de distribuição de remédios para pacientes com HIV o Estado não pode revogar essa política já que em determinado momento assegurou este direito à população<sup>35</sup>”.

Pedro Lenza<sup>36</sup> enfatiza que: “(...) nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.”

A Proibição do Retrocesso Social veda que o Poder Público deixe de prestar os direitos que foram conquistados ao longo da história pelos movimentos políticos e sociais. Uma vez conquistados os direitos, estes se tornam direitos subjetivos dos cidadãos frente ao Poder Público. Tal princípio vincula tanto o legislador quanto o administrador público (poder executivo), pois nem a lei nem a carência de recursos financeiros eximem o Estado de dar efetividade aos direitos conquistados e adquiridos ao longo do tempo.

(...)

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

- O princípio da proibição do retrocesso impede, *em tema de direitos fundamentais* de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistadas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso *em matéria de direitos a prestações positivas do Estado* (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito

---

<sup>34</sup> Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009. p. 62.

<sup>35</sup> ACCA, Thiago dos Santos. *op. cit.* p. 62.

<sup>36</sup> LENZA, Pedro. *op. cit.* p. 1316.

à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, *uma vez atingidos*, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

Em conseqüência desse princípio, o Estado, *após haver reconhecido* os direitos prestacionais, assume o dever *não só* de torná-los efetivos, mas, *também*, se obriga sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – *mediante supressão total ou parcial* – os direitos sociais já concretizados<sup>37</sup>.

(...)

### 3.3.4. Proibição da Insuficiência das Políticas Públicas

No presente trabalho já foi ressaltado que os direitos fundamentais sociais são concretizados através das políticas públicas estatais. Deve ser destacado também que o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal preceitua que a Administração Pública deve observar o Princípio da Eficiência.

O Poder Público tem o dever de elaborar as políticas sociais de modo a se obter a garantia de todos ao mínimo existencial. A omissão estatal na concretização dos direitos sociais, por si só, é inadmissível e configura violação do texto Constitucional.

Todavia, a prestação insuficiente ou ineficiente dos direitos sociais também configura vilipêndio à Carta Política. Tais direitos devem ser prestados de forma a se conseguir que todos tenham o mínimo de condições materiais (saúde, educação, alimentação etc.) de continuar vivendo com qualidade e dignidade.

Nesse sentido, Thiago Lima Breus<sup>38</sup> assevera que:

(...) não é dado ao aparato estatal proteger de forma ineficiente determinado direito, também não pode realizar a prestação material prevista em uma norma de direito fundamental, de modo a não suprir a pretensão jurídica que ele gera

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, *DJE* de 15-09-2011.

<sup>38</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação (Mestrado em Direito) - Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 221-222.

aos seus titulares ou destinatários. (...) Utilizando-se dos mecanismos da proporcionalidade e da razoabilidade pode-se verificar se uma prestação do Estado, prestada por meio de uma *política pública*, é insuficiente e, portanto, correspondente a uma violação à Constituição que deve ser reprimida. Isso porque os direitos fundamentais, ainda que submetidos a uma eficácia progressiva, exigem o cumprimento integral do seu âmbito de proteção, pelo que o seu amparo parcial deve ser objeto de questionamento, inclusive pelo Poder Judiciário.

“O Estado possui o dever de garantir proteção suficiente para todos os indivíduos contra eventuais violações de direitos fundamentais (...) <sup>39</sup>”. A prestação de serviços do Estado deve ser suficiente para assegurar efetivamente que a população hipossuficiente que depende dos serviços sociais tenha acesso aos recursos materiais indispensáveis para a sua sobrevivência.

### 3.4. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

De início, deve ser ressaltado que o rol dos direitos sociais inseridos no Capítulo II do Título II da atual Carta Política é meramente exemplificativo. Há outros direitos fundamentais sociais que se encontram difusos no próprio texto Constitucional<sup>40</sup>.

#### 3.4.1 Direito a Educação

O dever do poder público dar efetividade ao direito à educação é compartilhado entre todos os entes federativos.

Art. 23 da CF/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e a ciência;

(...)

A lei nº 9394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) tratou de

---

<sup>39</sup> NOGAMI, Gustavo. *op. cit.* p. 89.

<sup>40</sup> MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 199.

distribuir as atribuições de cada ente federativo segundo o grau de escolaridade ofertado pelo Poder público.

Art. 8º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

§ 1º - Caberá à União a Coordenação da Política Nacional de Educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

(...)

Art. 9º - A União incumbir-se-á de:

(...)

III – prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;

(...)

Art. 10 – Os Estados incumbir-se-ão de:

(...)

II – definir, com os municípios, formas de colaboração na oferta de ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do poder público;

V – assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.

(...)

§ único – Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e Municípios.

Art. 11 – Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V – oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do sistema.

(...)

O direito social à educação está disciplinado também na Seção I, do Capítulo III, do

Título VIII, da Constituição Federal.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

(...)

VII – garantia de padrão de qualidade;

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público e subjetivo.

§ 2º. O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa a sua responsabilidade da autoridade competente.

(...)

Verifica-se que o legislador constituinte dispensou especial atenção à universalização

da educação básica. Ficou evidente o anseio de erradicar o analfabetismo no país.

A Constituição assegura a todos o acesso à educação básica, que abrange o ensino fundamental e médio. A educação infantil e o ensino fundamental são direitos subjetivos, não podendo o poder público se escusar da prestação do mencionado direito aos seus titulares, sob pena de responsabilização da autoridade competente.

Todavia, o ensino médio, que também é modalidade de educação básica, será universalizado de forma progressiva. Cabe ressaltar que, como se trata de um direito social, uma vez prestado e garantido de forma efetiva aos seus titulares, não pode o poder público recusar-se posteriormente à prestação desses direitos, tendo em vista a aplicabilidade do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

No que tange ao acesso à educação superior, a Carta Fundamental preceitua que o poder público deverá ofertar, em condições de igualdade, o acesso aos níveis mais elevados de ensino.

No Brasil, o poder público vem facilitando o acesso às universidades aos hipossuficientes por meio de políticas públicas como o Programa Universidade Para Todos – PROUNI - (Lei nº 11.096/2005) e o Financiamento Estudantil – FIES – (Lei nº 10.260/2001).

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões no sentido de compelir o poder público a implementar as políticas públicas que garantam o acesso efetivo à educação básica prevista na Constituição Federal. A Corte não tem admitido a omissão estatal na concretização desses direitos.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS NA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO.

1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição.

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “(a) educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental (...).” 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 essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>41</sup>.

EMENTA<sup>42</sup>: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADE DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (...).

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeitos de

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603575, AgR. Rel. (a) Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 20/04/2010, DJe-086, Divulgação: 13-05-2010, Publicação: 14-05-2010.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, DJE de 15-09-2011.

seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, 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 fator 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 inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a



eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...)

O Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizaram, em 29.10.1997, a ADO n° 1698, requerendo a declaração de inconstitucionalidade em razão da inércia governamental na área de educação, a fim de se reconhecer a omissão do poder público na erradicação do analfabetismo<sup>43</sup>.

A Corte Suprema julgou improcedente o pedido. O STF entendeu que o Poder público não estava sendo omisso no dever de universalizar a educação básica.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS.

1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos.
2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação.
3. A edição da Lei n° 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n° 10.172/2001 (Aprova do Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do poder público dando cumprimento à Constituição.
4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> LENZA, Pedro. *op. cit.* p. 1.303.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1698, Rel. (a) Min. Cármen Lúcia, j. 25/02/2010, Plenário, DJE de 16/04/2010.

Importante destacar este trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

(...) com base na doutrina alemã da chamada *Annäherungslehre* – doutrina da aproximação -, que estamos muitas vezes diante de desafios que exigem não a satisfação completa, mas a realização de políticas que se aproximem do desiderato constitucional estabelecido.

### 3.4.2 Direito à Saúde

De acordo com o art. 23, inc. II, da CF/88: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

A Constituição também tratou do direito à saúde na Seção II, do Capítulo II, do Título VIII. Vejamos.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

(...)

De acordo com Marisa Ferreira dos Santos<sup>45</sup>, a saúde é um “(...) direito subjetivo de todos quantos vivem no território nacional, que tem o Estado (poder público) como sujeito

---

<sup>45</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. São Paulo: Saraiva 2013. p. 99.

passivo, eis que contempla todos os que tiverem a sua saúde afetada (...)”.

A mencionada autora ressalta que o acesso à saúde independe de filiação e contribuição para o financiamento da seguridade social. Todavia, nem sempre foi assim. Antes da criação do SUS o direito à saúde só era garantido aos contribuintes da Previdência Social.

De acordo com Ione Maria Domingues de Castro<sup>46</sup>:

Antes da criação do SUS, o Ministério da Saúde, com a ajuda dos estados e municípios, desenvolvia preponderantemente ações relativas à promoção da saúde e prevenção de doenças, com destaque para as campanhas de vacinação e controle de endemias. (...) em relação a essas ações, imperava a universalidade de acesso, o mesmo já não acontecia com os serviços de assistência à saúde. (...) A prestação de serviços de saúde pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência - INAMPS (autarquia do Ministério da Previdência de Assistência Social) também se restringia apenas à população que contribuía para a Previdência Social.

A citada autora ainda explica que<sup>47</sup>:

Ao final dos anos 80, terminou a exigência da comprovação da qualidade de contribuinte (apresentação de carteira) para ser atendido nos hospitais e ambulatórios do INAMPS e nos hospitais conveniados. A universalização da assistência médica caminhava a passos largos. Em julho de 1987, através de uma portaria da presidência do INAMPS e do Ministério da Previdência e Assistência Social, Criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), e foram então celebrados convênios entre o INAMPS e os governos estaduais. O SUDS tinha como princípios básicos: a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária. É o início de um sistema de saúde de cobertura universal, antes mesmo da criação do SUS através da Constituição Federal de 1988 e posteriormente da Lei 8080/90 (...).

O direito de cobrar do poder público a assistência à saúde foi garantido de forma universal e igualitária com o advento da Constituição de 1988. Atualmente, o Estado deve

---

<sup>46</sup> CASTRO, Ione Maria Domingues de. Direito à Saúde no Âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário? Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. p. 126.

<sup>47</sup> CASTRO, Ione Maria Domingues de. *op. cit.* p. 127.

elaborar as políticas sociais de saúde de modo amplo, não apenas para os contribuintes da previdência social, como acontecia em um passado recente.

A CF/88 previu a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) nos artigos 198 a 200. A lei 8080/90 tratou de regulamentar a organização e funcionamento do SUS e demais serviços correspondentes, além de dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O art. 4º, *caput*, da Lei 8.080/90, conceitua o SUS como: “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (...)”.

As diretrizes e princípios que norteiam as ações do SUS estão preconizados no art. 7º do referido diploma legislativo.

Art. 7º da Lei nº 8.080/90: As ações e serviços de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda os seguintes princípios:

- I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
  - II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
  - III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
  - IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
  - V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
  - VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
  - VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
  - VIII – participação da comunidade;
  - IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo;
- a) Ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

- b) Regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Em suma, podemos afirmar que os princípios doutrinários do SUS são, portanto, a *universalidade* (garantia de acesso de toda e qualquer pessoa a todo e qualquer serviço saúde) a *equidade* (qualquer pessoa terá acesso, em igualdade condições, aos diferentes níveis de complexidade de saúde ofertados pelo sistema) e *integralidade* (as unidades constitutivas do SUS configuram um todo indivisível capaz de prestar assistência integral).

Por sua vez, a organização do SUS está baseada na *regionalização, hierarquização, resolutividade, descentralização, participação dos cidadãos e complementaridade do setor privado*.

Alexandre Amaral Gavronski [*et. al.*] assevera que<sup>48</sup>:

Segundo os princípios da *regionalização* e da *hierarquização*, as ações e serviços de saúde devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, a saber, nível primário de atenção, nível secundário, nível terciário e nível quaternário, dispostos numa área geográfica delimitada e com definição da população a ser atendida (...) o acesso à população deve-se dar, eletivamente, por meio do nível primário de atenção, que deve estar qualificado para atender e resolver os principais problemas, Nesse nível, 85% da demanda se resolve e sua atenção se dá nas Unidades Básicas de Saúde, pois refere-se aos serviços de imunização, atendimento e internação nas clínicas básicas (ginecologia, obstetrícia, pediatria e clínica médica). Os demais problemas deverão ser referenciados aos serviços de maior

---

<sup>48</sup> Financiamento da Saúde / Grupo de Trabalho “Saúde”: ESMPU: Brasília, 2008. (Manuais de Atuação ESMPU; v. 4). p. 28-29.

complexidade tecnológica. O nível secundário resolve menos de 10% da demanda e é prestado nos chamados centros de especialidades (...) (sendo exemplos: oftalmologia, neurologia, otorrinolaringologia, cardiologia, dermatologia e especialidades paramédicas como nutrição e fonoaudiologia etc.). No nível terciário estão os hospitais de referência, que abrangem menos de 5% das necessidades em saúde e compreendem os serviços de média e alta complexidade (sendo exemplos: hemodiálise, medicina nuclear, tomografia, quimioterapia, radioterapia etc.). O nível quaternário corresponde a menos de 1% das necessidades da população e refere-se à altíssima complexidade (são exemplos as intervenções em genética, transplantes, exames hemodinâmicos, alguns procedimentos neurológicos e cardíacos).

A rede de serviços do SUS deve estar organizada de forma hierarquizada e regionalizada a fim de que os serviços de saúde alcancem todas as pessoas nos mais diferentes níveis de atendimento (do nível primário ao quaternário).

### **3.4.3. Direito a Alimentação e a Assistência aos Desamparados**

A Constituição de 1988 adota a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o legislador constituinte resolveu emendar o texto Constitucional no ano de 2010 (EC nº 64/2010) com o objetivo de incluir no art. 6º o direito à alimentação no rol dos direitos sociais.

Não há como falar em dignidade quando boa parte da população carece do direito mais fundamental: alimentação adequada.

Com o escopo de dar efetividade ao direito à alimentação, o poder público vem elaborando políticas públicas com perfil de segurança alimentar a fim de acabar com a fome no país. Destacam-se programas sociais como Bolsa Família, Primeiro Emprego, Programa Nacional de Alimentação Escolar, Programa Nacional de Agricultura Familiar etc.

A lei nº 11.346/2006 criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). Trata-se de mais um instrumento estatal que visa à efetivação do acesso à alimentação adequada a todas as pessoas.

Art. 2º - A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos

direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

(...)

Art. 4º - A segurança alimentar e nutricional abrange:

I – a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição de alimentos, incluindo-se a água, bem como a geração de emprego e redistribuição de renda;

II – a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos;

III – a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social;

IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica de alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial da população;

V – a produção de conhecimento e acesso à informação; e

VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

(...)

Art. 7º A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional da população far-se-á por meio do SISAN, integrado por um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, afetas à segurança alimentar e nutricional da população e que manifestam o interesse em integrar o Sistema, respeitado a legislação aplicável.

(...)

No tocante à assistência aos desamparados, podemos destacar, além das políticas públicas citadas anteriormente, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (Lei 8.742/1993, ou Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS) e o Fundo de Combate à Pobreza (ADCT nº 79 e EC nº 67/2010).

O instrumento de maior eficácia social na assistência aos desamparados e no combate à fome no País é o Programa Bolsa Família. O governo federal criou uma ferramenta denominada “controle social” que permite a sociedade civil participar da fiscalização e da implementação do Programa Bolsa Família.

Os Estados e os Municípios deverão criar as suas “instâncias de controle social” por meio de decreto expedido pelo Prefeito ou Governador. Elas devem ser permanentes. O controle social objetiva fomentar a participação da sociedade no planejamento, na fiscalização, no acompanhamento e na avaliação das políticas e programas públicos.

De acordo com a “Guia de Atuação das Instâncias de Controle Social<sup>49</sup>” elaborado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome:

As Instâncias de Controle Social desenvolvem as seguintes atividades:

- a) Acompanhamento do Programa Bolsa Família no município ou estado;
- b) auxílio na fiscalização do Programa Bolsa Família no município ou estado;
- c) apoio ao trabalho de outras políticas sociais para favorecer as famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família;
- d) verificação dos serviços de educação e saúde oferecidos no município;
- e) auxílio na identificação das famílias mais pobres e mais vulneráveis do município, para que sejam cadastradas e possam entrar no Bolsa Família;
- f) apoio à comunidade a participar, bem como sempre fiscalizar as atividades do Programa Bolsa Família, no município ou estado.

“(…) as ICS podem trabalhar com o SUAS no município para que as famílias do PBF sejam atendidas adequadamente pelo poder público. Juntos, SUAS e ICS têm a possibilidade de realizar ações que fortaleçam a família, podendo contar com a participação de grupos organizados da sociedade.

As “instâncias de controle social” são órgãos colegiados mistos, compostos de representantes da sociedade civil e do poder público. Por meio desse colegiado, tanto o Estado quanto a população podem fiscalizar a concretização e a destinação dos recursos do Programa Bolsa Família, além de permitir a identificação de outras famílias que não estejam incluídas no programa.

---

<sup>49</sup> Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Guia de Atuação das Instâncias de Controle Social. 2ª ed. Brasília, 2008. p. 5.



Por intermédio das ICS, outras políticas públicas também são fiscalizadas, permitindo que os direitos sociais alcancem efetivamente as pessoas que necessitam destes serviços, cumprindo a função do Estado de combater a desigualdade social.

#### **3.4. 4. Direito ao Lazer**

Segundo Márcio Batista de Oliveira<sup>50</sup>:

O lazer requer tempo disponível livre de obrigações cotidianas e das condições necessárias a realização de suas experiências. Condições que não podem ser garantidas pelo próprio indivíduo, como as econômicas, sociais e ambientais, as relativas à saúde, segurança, inclusão, participação. Faz-se necessária uma ação coordenada de toda a sociedade, com a presença do governo, das empresas, sindicatos, das famílias e das instituições de ensino. (...) O papel do lazer é uma das condições básicas da melhoria da vida das pessoas como forma de desenvolvimento humano, do grupo de pessoas como forma de desenvolvimento social, das gerações presentes e futuras como forma de desenvolvimento sustentável, para isso, é necessário a articulação de fatores econômicos, políticos e sociais.

A Constituição Federal, no art. 217, § 3º, preceitua que: “O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”.

O legislador Constituinte entendeu por bem que seria imprescindível para que todos tivessem direito de viver de forma plena e com qualidade de vida o acesso ao lazer.

De nada adiantaria ter acesso ao trabalho e aos demais direitos sociais se não fosse garantido aos trabalhadores o direito de desfrutar momentos de desporto e cultura ao lado de seus familiares e amigos. O lazer é essencial para a manutenção da saúde e da qualidade de vida de um povo. Tal direito deriva, também, do Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

#### **3.4. 5. Direito ao Trabalho**

---

<sup>50</sup> O direito ao lazer na formação do homem social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010.

O direito ao trabalho é o meio mais efetivo de o Poder Público proporcionar aos cidadãos uma existência digna. Por meio da obtenção de uma remuneração razoável, o trabalhador pode acessar outros direitos sociais como a educação, a saúde, o lazer etc.

Com o objetivo de realizar a justiça social no País, o constituinte previu na Carta de 1988 que *os valores sociais do trabalho* constituem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, CF). Previu, ainda, que a ordem econômica tem como base *a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa* (art. 170, *caput*, CF).

A Constituição Federal disciplina, igualmente, nos artigos 7º a 11, os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

### **3.4. 6. Direito a Segurança Pública**

Ana Lúcia Sabadell<sup>51</sup> conceitua segurança como “situação de tranqüilidade e ausência de perigo e de medo de agressão a bens e direitos individuais e coletivos (...)”.

De acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”

O Estado é detentor de instrumentos jurídicos (é o detentor do monopólio do direito de punir) humanos e materiais (policiais civis e militares e arsenais bélicos) para a consecução do objetivo de promover a segurança pública.

Importante destacar que o STF já proferiu decisão asseverando que o direito do cidadão à segurança pública é um direito indisponível, tendo o Estado a obrigação de promovê-la mediante a elaboração de políticas públicas.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER

---

<sup>51</sup> Segurança (Direito à). In DIMOULIS, D. (Org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 539.

DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o acesso efetivo a tal serviço.
2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido<sup>52</sup>.

### 3.4. 7. Direito a Moradia

O direito à moradia foi inserido no rol do artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Todavia, o texto original da Carta Política, no art. 23, IX, já preceituava ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promoverem programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Rafael Bertramello<sup>53</sup> assevera que:

O direito à moradia não é necessariamente o direito a uma casa própria, mas sim a um teto, um abrigo em condições adequadas para preservar a intimidade pessoal dos membros da família (art. 5º X e XI), uma habitação digna e adequada. Não há dúvidas de que a casa própria seria o meio mais efetivo de se concretizar o direito à moradia, todavia, esta não é a realidade social vigente.

O governo brasileiro tem envidado esforços no sentido de facilitar o acesso a casa própria por meio de diversos instrumentos de políticas sociais como o “Programa Minha Casa, Minha Vida” (instituído pela Lei nº 11.977/2009), o Sistema Nacional de Habitação de Interesse

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 559.646-Paraná, Rel. (a) Min. Ellen Gracie, j. 07/06/2011, Segunda Turma, *DJE* de 26/06/2011.

<sup>53</sup> Os Direitos Sociais: conceito, finalidade e teorias. São Paulo: Atualidades do Direito, 2013.

Social e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei nº 11.124/2005).

### **3.4. 8. Direito a Previdência Social e Proteção a Maternidade e Infância**

De acordo com Zélia Luiza Pierdoná<sup>54</sup>, a Previdência Social é um:

Direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, que garante recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral. É, no entanto, direito fundamental que depende do cumprimento de um dever fundamental correlato: necessidade de contribuição do segurado. Juntamente com a assistência social e a saúde, forma um conjunto de proteção social que a Constituição Federal denominou Seguridade Social.

O artigo 201 da Constituição Federal trata da Previdência Social. A Lei nº 8.213/1991 (Planos de benefícios da Previdência Social) disciplina o direito à previdência social no plano infraconstitucional.

O direito à previdência social e a proteção da maternidade e a infância são características do Estado do bem-estar social. É que, nestas hipóteses, o Poder Público é chamado a socorrer as pessoas nos momentos de maior vulnerabilidade econômica e social de suas vidas.

Segundo Miguel Calmon Dantas<sup>55</sup>, a maternidade “é o Estado de gestação que conduz a procriação; vínculo jurídico de parentesco direto entre uma mulher e uma pessoa estabelecido pela condição de filiação biológica e adoção”.

A proteção à maternidade e a infância estão inseridos na Carta Fundamental como direito previdenciário (art. 201, inc. II) e como direito assistencial (art. 203, inc. I). Ressalta-se que o artigo 7º, inciso XVIII, da CF/88, previu, também, o direito de licença à gestante.

---

<sup>54</sup> Previdência Social. In DIMOULIS, D. (Org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 464.

<sup>55</sup> Maternidade. In DIMOULIS, D. (Org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 360.

## **OMISSÃO ESTATAL E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

No presente trabalho já foi ressaltado que o dever de elaborar e executar as políticas públicas, notadamente aquelas previstas no texto constitucional, é dos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, não raras vezes, tanto o Legislador quanto o Administrador Público vêm sendo omitentes na implementação das políticas públicas.

Em face dessa omissão estatal, os cidadãos se vêem privados de direitos básicos. Há ainda a hipótese em que o Poder Público presta os serviços sociais de forma ineficiente e insuficiente.

Neste sentido, os titulares dos direitos têm ingressado com ações perante o Poder Judiciário exigindo o suprimento da omissão.

### **4. 1. INSTITUIÇÕES E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A defesa dos direitos sociais pode ser feita tanto no plano individual quanto no coletivo. A Defensoria Pública e o Ministério Público estão entre as instituições no qual a Constituição Federal concedeu legitimidade para peticionar no Judiciário a fim de buscar o suprimento da omissão estatal.

Um dos instrumentos jurídicos nos quais os legitimados (Ministério Público e Defensoria Pública) têm buscado a efetividade dos direitos sociais é a Ação Civil Pública (disciplinada pela Lei nº 7.347/1985).

Art. 5º da Lei nº 7.347/1985: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

(...)

#### **4. 1.1. Defensoria Pública**

A Defensoria Pública foi criada com o objetivo de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos que não têm condições de contratar advogado e arcar com as despesas processuais quando acessam o Judiciário (Art. 134 da CF).

Nesse sentido, a Defensoria Pública tem desempenhado um papel fundamental na concretização dos direitos sociais, uma vez que pode garantir, por exemplo, a tutela judicial dos direitos fundamentais sociais no viés individual. Exemplo: o defensor público postula a condenação do Poder Público a fim de disponibilizar um leito de Unidade de Terapia Intensiva para o seu assistido.

#### **4. 1.2. Ministério Público**

O artigo 127 da Constituição Federal dispõe que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O artigo 129 da atual Carta Política destaca dois instrumentos dos quais o Ministério Público pode se valer para a defesa dos direitos fundamentais sociais: o inquérito civil e a ação civil pública.

Art. 129 da CF/88: São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

O conceito de inquérito civil pode ser extraído da Resolução nº 87, de 6 de abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal:

Art. 1º - “O inquérito civil é procedimento investigatório, instaurado e presidido pelo Ministério Público, destinado a apurar a ocorrência de fatos que digam respeito ou acarretem danos efetivos ou potenciais a interesses que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais<sup>56</sup>.”

O inquérito civil é a ferramenta por meio do qual o Ministério Público pode realizar investigações a fim de obter elementos probatórios para lastrear a sua atuação, quando for constatado que de fato houve vilipêndio na efetivação dos direitos sociais.

#### **4. 1.2.1. Método Extrajudicial de Defesa dos Direitos Sociais**

As provas que são coletadas nos autos de inquérito civil servem para lastrear e fundamentar a atuação do Ministério Público.

A resolução dos problemas constatados não precisa ser feita obrigatoriamente pela via judiciária. Se não houver resistência do Poder Público, o MP poderá recomendar que o Estado adote medidas a fim de se sanar as irregularidades, ou pactuar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

#### **4. 1.2.2. Método Judicial de Defesa dos Direitos Sociais**

Quando houver resistência por parte do Poder Público na resolução das irregularidades constatadas nos autos de inquéritos civis, o MP poderá ajuizar Ação Civil Pública com o objetivo de condenar o Estado a prestar os direitos nos quais tem sido omissos.

Destaca-se que o membro do Ministério Público tem ampla liberdade para escolher o meio de solução para as omissões eventualmente constatadas nos autos dos procedimentos investigatórios. Se for verificado que os meios extrajudiciais (Recomendação ou TAC) não serão suficientes para resolver o problema, poderá o membro do MP ajuizar Ação Civil Pública

---

<sup>56</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Resolução nº 87, de 6 de Abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Regulamenta, no âmbito do MPF, a instauração e tramitação do inquérito civil.

antes mesmo de expedir recomendação ou firmar um TAC.

Alias o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para a defesa dos direitos fundamentais prestacionais.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECENTES.

1. *Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo*, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde<sup>57</sup>. *Grifo, negrito e sublinhado próprio.*

(...)

## **4. 2. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Quando se trata da legitimidade do Poder Judiciário para compelir o Administrador Público a dar efetividade aos direitos de segunda dimensão, costuma-se argumentar, principalmente por parte do Estado, que tal postura violaria o princípio da separação dos poderes e que a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada à cláusula da reserva do possível.

A determinação judicial compelindo o Poder Executivo a cumprir as políticas públicas estabelecidas pela Constituição de 1988 não viola a Separação dos Poderes. Nesse sentido, “A mera interferência de um órgão sobre o outro não consubstancia, por si só, violação ao equilíbrio idealizado por Montesquieu, podendo configurar simples controle recíproco decorrente do

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 809.018, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 28-09-2012, *DJe* de 10-10-2012.



próprio sistema de *checks and balances*.<sup>58</sup>”

Gustavo Nogami<sup>59</sup> ratifica seu posicionamento sobre a legitimidade do Poder Judiciário assinalando que “(...) o sistema de freios e contrapesos se apresenta como remédio eficaz contra os erros e desvios na condução das políticas públicas, propiciando o estabelecimento de controles múltiplos e recíprocos entre os órgãos estatais.”

Nossos tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, vêm admitindo o controle judicial de políticas públicas em hipóteses excepcionais, derrubando o argumento de que o controle de políticas sociais violaria o princípio da separação dos poderes.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECENTES. (...)

2. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes**<sup>60</sup>. – *Grifo, negrito e sublinhado próprio.*

3. Agravo regimental não provido.

(...)

- LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES<sup>61</sup> – (...).

<sup>58</sup> NOGAMI, Gustavo. *op. cit.* p. 78.

<sup>59</sup> NOGAMI, Gustavo. *op. cit.* p. 80.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n° 809.018, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 28-09-2012, *DJe* de 10-10-2012.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma,

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.339/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, exarou entendimento, inclusive, no sentido de admitir multa cominatória contra o Poder Público com o objetivo de compeli-lo a cumprir as determinações judiciais relacionadas às políticas públicas.

(...)

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”.

- **Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC.** A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, *legitimamente*, o devedor, *mesmo que se cuide do Poder Público*, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência<sup>62</sup>.  
- *Grifo, negrito e sublinhado próprio.*

Na doutrina há duas correntes que defendem posições antagônicas acerca da legitimidade do Poder Judiciário realizar o controle de políticas públicas: a corrente procedimentalista e a substancialista. Nesse sentido:

A **corrente procedimentalista** entende que o controle judicial de políticas públicas causa uma verdadeira crise institucional prejudicando o exercício da cidadania ativa, pois o indivíduo, enquanto simples sujeito de direito, fica totalmente dependente do Estado. Além disso, essa corrente, com base no princípio da separação dos poderes e da legitimidade do voto popular defende o argumento que as políticas públicas seriam assunto relacionado ao Poder Legislativo e Executivo, pois somente esses teriam legitimidade para realizar a implementação das políticas públicas. Dessa forma, permitir que o Poder Judiciário interferisse na execução de políticas públicas seria uma afronta ao

---

j. em 23/08/2011, DJE de 15-09-2011.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, DJE de 15-09-2011.

princípio da separação dos poderes. Já a **corrente substancialista** defende a tese de ser possível a intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial dos direitos fundamentais, estando esse posicionamento ligado a reserva do possível, que corresponde à capacidade econômico-financeira do Estado para sua implementação. Nesse contexto, prevalece a idéia de garantir o mínimo essencial para o exercício dos direitos fundamentais, sendo que por si só o argumento da separação dos poderes não é suficiente para refutar a intervenção do judiciário, tendo em vista que se deve analisar o caso concreto para estabelecer a necessidade de intervenção do poder judiciário<sup>63</sup>. (...)” – *Negrito e sublinhado próprio*.

Sem embargo da divergência doutrinária, tem prevalecido o entendimento de que é possível o controle judicial de políticas públicas. De acordo com Alessandra Obara Soares da Silva<sup>64</sup> “o controle judicial passa por duas indagações, quais sejam, se existe política e, se existente, se a política pública é adequada ao fim a que se destina.”

O Estado tem o dever constitucional de prestar alguns serviços (saúde, educação, construção de moradias populares etc.) a fim de se assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a omissão estatal – ausência total de políticas públicas – importa em vilipêndio à Carta Fundamental de 1988. “A decisão judicial, assim, nos casos de ausência de política pública, limitar-se-á a determinar que o Poder Executivo adote conduta, com cominação diária por descumprimento da decisão<sup>65</sup>.”

A prestação deficiente ou insuficiente de políticas públicas também pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. Nessa senda, Alessandra Obara Soares da Silva<sup>66</sup> destaca que:

(...) tratando-se de ineficiência da política implementada pela Administração Pública, caberá ao Poder Judiciário, dentro dos limites de análise do ato administrativo, decorrente de competência discricionária, apontar o vício existente na política pública em si e sinalizar a solução, atentando-se para o princípio constitucional da isonomia (...).

---

<sup>63</sup>MENDES, Larissa Sousa. NASCIMENTO, Eliana Freire do. A Possibilidade do Controle Judicial das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito. Bahia: Revista do Curso de Direito da UNIFACS, nº 135, 2011. p. 8-9.

<sup>64</sup> *Op. cit.* p. 16.

<sup>65</sup> SILVA, Alessandra Obara Soares da. *op. cit.* p. 17.

<sup>66</sup> *Op. cit.* p. 21.

Portanto, o Poder Judiciário tem legitimidade para atuar na hipótese de omissão na prestação dos direitos sociais ou quando estes são prestados de forma insuficiente. Afinal, o Poder Público tem o dever de garantir o mínimo existencial para todos. Havendo omissão ou ineficiência, o magistrado pode atuar de forma a garantir o mínimo de direitos sociais a fim de se restabelecer o núcleo essencial de recursos à existência humana.

### **4. 3. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Os direitos sociais são direitos prestacionais e possuem conteúdo econômico, ou seja, há necessidade de financiamento e de recursos a fim de que haja o efetivo gozo destes direitos pelos cidadãos.

Há necessidade de recursos financeiros para a construção de escolas, hospitais, construção de moradias populares, contratação de policiais militares e civis, enfim, para a realização dos direitos fundamentais à educação, saúde, moradia, segurança pública etc.

Todavia, a efetividade dos direitos prestacionais esbarra na finitude e na carência de recursos financeiros do Estado e no desperdício de receita por parte de alguns Administradores Públicos.

Sobre a origem da Teoria da Reserva do Possível, Wanderlei José dos Reis<sup>67</sup> assinala que:

A reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão. Em decisão conhecida como *numerus clausus*, a Corte enfrentou demanda em que, por não terem sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, ante uma política governamental de limitação do número de vagas no ensino superior, estudantes pleiteavam o direito de cursar o ensino superior público, baseados no art. 12 da Lei Maior daquele Estado, que assegurava a todos os alemães o direito de escolher livremente sua profissão. Ao decidir o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que a prestação positiva buscada encontrava-se sujeita à reserva do possível (...).

---

<sup>67</sup> O Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Vital e a Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. In Revista Jurídica CONSULEX, Ano XVI, n° 370, 2012. p. 64.

#### 4. 4. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Atualmente, os tribunais superiores vêm se posicionando no sentido de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado quando se discutir direitos fundamentais integrantes do chamado “mínimo existencial”.

(...)

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.

- A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria lei fundamental. Magistério da doutrina.

**- A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial,** que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial

dignidade a pessoa humana. Doutrina. Precedentes<sup>68</sup>. *Grifado, negrito e sublinhado próprio.*

(...)

(...)

- A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL<sup>69</sup> (...).

(...)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL.

(...)

(...) 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<sup>70</sup>.

(...)

---

<sup>68</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639.337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, *DJE* de 15-09-2011.

<sup>69</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 581.352, Rel. (a) Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 29.10.2013, *DJE* de 22-11-2013.

<sup>70</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 811.608, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, *DJ* de 04/06/2007.

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”** VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) <sup>71</sup>. – *Grifado, negrito e sublinhado próprio.*

Os direitos fundamentais que não integram o núcleo do “mínimo existencial” permitem a alegação por parte do Estado da cláusula da reserva do possível, pois somente a privação daqueles direitos considerados indispensáveis para a manutenção de uma existência digna pode impor limites à alegação da carência de recursos do Estado.

Nesse sentido, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade<sup>72</sup> asseveram que:

Somente em relação aos direitos fundamentais que não integram o chamado “mínimo existencial” é que o Poder Público poderá alegar insuficiência de

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 04/05/2004.

<sup>72</sup> Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado. São Paulo: Método, 2013. p. 104.

recursos e falta de previsão orçamentária para implementação de políticas públicas; nesses casos, contudo, não será suficiente a alegação da falta de recursos pelo Poder Público: esta deverá ser provada pela própria Administração; o acolhimento dessa alegação de falta de recursos não conduz à rejeição do pedido de tutela jurisdicional, e sim apenas o seu deferimento, disso resultando a condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária a implementação da política pública; e em seguida à inclusão, a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.

Portanto, o Poder Público não pode simplesmente invocar a cláusula da reserva do possível para se escusar de realizar e implementar políticas públicas a fim de realizar os direitos fundamentais sociais.

A Teoria da Reserva do Possível só pode ser aplicada em nosso ordenamento jurídico quando se tratar de direitos fundamentais que não integrem o mínimo existencial. Porém, trata-se de uma aplicabilidade temporária, uma vez que o Estado deverá incluir no próximo orçamento os recursos necessários a prestação destes direitos.

Por outro lado, se os direitos sociais submetidos à análise do Poder Judiciário integrar o rol de direitos do chamado “mínimo existencial”, a prestação material efetiva dos direitos não poderá esperar a execução do próximo orçamento, pelo contrário, deverá o Poder Público cessar sua omissão imediatamente.



## CONCLUSÃO

Ao encerrar o presente estudo, mostramo-nos satisfeito com a análise feita da legislação, da doutrina especializada e a orientação dos tribunais sobre a concretização dos direitos sociais e a aplicabilidade ou não da teoria – ou cláusula – da reserva do possível.

Nos capítulos I e II fizemos uma introdução sobre o surgimento dos estados e a sua evolução. Fez-se necessário abordar sobre a origem e desenvolvimento do estado, pois os direitos sociais são direitos exigidos pelo cidadão do Poder Público.

Asseverou-se que o estado liberal trouxe a conquista dos direitos fundamentais de primeira geração (igualdade, liberdade etc.), todavia, este era um modelo de estado que não perseguia o ideal de justiça social e proteção aos hipossuficientes, contribuindo para o aprofundamento das desigualdades sociais.

Mais tarde o estado do bem-estar social iria substituir o estado liberal. Foi nele que os direitos fundamentais de segunda geração foram conquistados, ou seja, o Poder Público assumiria a obrigação de prover os direitos sociais para aqueles que não pudessem acessar tais direitos com seus próprios recursos.

Os direitos sociais enunciados no artigo 6º da Constituição Federal são direitos indispensáveis a uma existência com dignidade e qualidade de vida, não sendo outra a razão porque o legislador constituinte os inseriu no mesmo título dos direitos e garantias fundamentais (os direitos sociais estão previstos no capítulo II, do título II, da CF/88).

Sem embargo da imprescindibilidade dos direitos sociais e da previsão estatuída no parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Fundamental de que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, não se pode esquecer que tais direitos possuem conteúdo econômico, ou seja, necessitam de financiamento do Poder Público para a elaboração de políticas públicas com o objetivo de torná-los de fato efetivos.

A falta de recursos financeiros é justamente um dos obstáculos à efetividade dos

direitos sociais.

Destacamos ao longo do estudo que a doutrina e a jurisprudência assinalam que há dentre os direitos fundamentais aqueles que integram um núcleo de direitos dos quais o ser humano não pode ser privado, sob pena de cair em indignidade: são os direitos integrantes do mínimo existencial.

É justamente o denominado “mínimo existencial” o fator principal para se admitir ou não o argumento do Poder Público de que não há recursos para prestar este ou aquele direito fundamental. Nesse sentido, a reserva do possível não pode ser alegada se o objeto do litígio for o rol de direitos integrantes do mínimo existencial.

Por fim, destacamos que, para alguns doutrinadores, em se tratando dos direitos fundamentais que não integram o mínimo existencial, a alegação do Poder Público será aceita temporariamente, uma vez que o magistrado orientará o Administrador a disponibilizar recursos no próximo orçamento para o adimplemento destes direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado. São Paulo: Método, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOGAMI, Gustavo. Breves Considerações Acerca do Controle Ministerial Sobre as Políticas Públicas. *in* VITORELLI, E. Temas Aprofundados do Ministério Público Federal. 2ª ed. JusPodivm, 2013.

REIS, Wanderlei José dos. O Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Vital e a Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. Revista Jurídica CONSULEX, Ano XVI, nº 370, 2012

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. São Paulo: Saraiva 2013.

AGUIRE, João Ricardo Brandão. TÁVORA, Nestor. (Org.) Vade Mecum Legislação. São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, Gislaíne Campos. SERIACOPI, Reinaldo. História: volume único. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

DIMOULIS, Dimitri (Org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ACCA, Thiago dos Santos. Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-105409/pt-br.php>>. Acesso em 14/02/2014.

BERTRAMELLO, Rafael. Os Direitos Sociais: conceito, finalidade e teorias. São Paulo: Atualidades do Direito, 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/rafaelbertramello/2013/06/29/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias/#ftn9>>. Acesso em 10/02/2014.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. Garantia de Direitos e Separação dos Poderes.

Dissertação (Mestrado em Direito) - São Paulo: FADUSP, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27082013-141654/pt-br.php> Acesso em 13/09/2013.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação (Mestrado em Direito) - Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>. Acesso em 23/02/2014.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. Direito à Saúde no Âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário? Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/pt-br.php>. Acesso em 10/10/2013.

MENDES, Larissa Sousa. NASCIMENTO, Eliana Freire do. A Possibilidade do Controle Judicial das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito. Bahia: Revista do Curso de Direito da UNIFACS, n° 135, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1697/1293>. Acesso em 23/02/2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Resolução n° 87, de 6 de Abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Regulamenta, no âmbito do MPF, a instauração e tramitação do inquérito civil. Disponível em: [http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol\\_87\\_%20ago\\_2006.pdf](http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf). Acesso em 15/02/2014.

Gavronski, Alexandre Amaral... [et. al.] Financiamento da Saúde / Grupo de Trabalho "Saúde": ESMPU: Brasília, 2008. (Manuais de Atuação ESMPU; v. 4). Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao>. Acesso em 10/10/2013.

Guia de Atuação das Instâncias de Controle Social. 2ª ed. Brasília/DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/biblioteca/secretaria-nacional-de-renda-de-cidadania-senarc/manuais/guia-de-atuacao-das-instancias-de-controle-social-ics/guia-de-atuacao-das-instancias-de-controle-social-ics>. Acesso em 10/02/2014.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. O direito ao lazer na formação do homem social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7406](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7406). Acesso em 10/02/2014.

SPARAPANI, Priscilia. O modelo de estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11257](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11257). Acesso em out 2013.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Inexistência ou Ineficiência das Políticas Públicas e Controle Judicial. São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, v. 1, 2008. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/730/512>. Acesso em 22/02/2014.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Crise do Estado Social e o Papel do Juiz na Efetivação de Direitos Trabalhistas. Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: FADUSP, 2009. Disponível em [http://www.teses.usp.br/index.php?option=com\\_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&=](http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&=). Acesso em 10/09/2013.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União de 20/9/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 8/12/1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União de 23/12/1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em 20/02/2014.

BRASIL. Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Diário Oficial da União de 13/7/2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110260.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade Para Todos – PROUNI. Diário Oficial da União de 14/1/2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Diário Oficial da União de 17/6/2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18/9/2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Diário Oficial da União de 8/7/2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm). Acesso em 22/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337, AgR. Rel.(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/08/2011, *DJE* de 15-09-2011). Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603575, AgR. Rel. (a) Min. Eros Grau, Segunda Turma, J. em 20/04/2010, DJe-086, Divulgação: 13-05-2010, Publicação: 14-05-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611114>. Acesso em 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1698, Rel. (a) Min. Cármen Lúcia, julgamento: 25/02/2010, Plenário, DJE de 16/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610036>. Acesso em 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 559.646-Paraná, Rel. (a) Min. Ellen Gracie, j. 07/06/2011, Segunda Turma, DJE de 26/06/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>. Acesso em 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE n° 581.352, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 29.10.2013, DJE de 22-11-2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>. Acesso em 23/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n° 811.608, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJ de 04/06/2007. Disponível em: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_811608\\_RS\\_15.05.2007.pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_811608_RS_15.05.2007.pdf). Acesso em 23/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 04/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Acesso em 23/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n° 809.018, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 28-09-2012, DJe de 10-10-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845>. Acesso em 23/02/2014.