



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**FERNANDA PRISCILA FERREIRA DANTAS**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL: DESAFIOS E MECANISMOS**  
**PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

**Natal/RN**

**2015**

**FERNANDA PRISCILA FERREIRA DANTAS**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL: DESAFIOS E MECANISMOS  
PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva.

**Natal/RN  
2015**

Catálogo da Publicação na Fonte  
Biblioteca Central Zila Mamede – Setor de Informação e Referência

Dantas, Fernanda Priscila Ferreira.

Direitos fundamentais sociais no Brasil: desafios e mecanismos para sua concretização / Fernanda Priscila Ferreira Dantas. – Natal, RN, 2015.

160 f.

Orientadora: Maria dos Remédios Fontes Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação

**FERNANDA PRISCILA FERREIRA DANTAS**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL: DESAFIOS E MECANISMOS  
PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

---

Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Presidente

---

Professor Doutor Paulo Afonso Linhares - UERN

1º Examinador

---

Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio - UFRN

2º Examinador

Natal/RN

03/09/2015

## AGRADECIMENTOS

Ofereço a minha mais profunda gratidão a Deus, a fonte da minha existência, da minha integridade, da minha capacidade, a razão e fonte de todas as coisas.

Aos meus pais, maiores representantes de Deus aqui na terra. Jamais vi amor, cuidado, atenção e carinho de pais de uma forma tão profunda. Sou eterna devedora à educação, criação, oportunidades e a tudo que eles sempre me ofertaram com tanto amor.

Aos meus irmãos, meus companheiros e amigos desde a mais tenra idade. Nossa infância e adolescência criaram laços eternos, que vão além do fato de termos a mesma origem genética. Agradeço pela confiança depositada em mim, pelo apoio, pelo carinho e pela atenção que em nenhum momento de minha vida faltou.

A Emerson, alguém que chegou à minha vida para acrescentar, para dar forças, ânimo e reforço em toda a longa jornada em que eu tentava conciliar as atividades e responsabilidades do mestrado com tantas demandas e desafios da vida hodierna.

Ao professor Dr. André Elali, que incentivou meus estudos no âmbito do Direito Econômico e Tributário e foi meu mentor no objetivo de entrelaçar os direitos sociais, meu objeto de estudo, com a economia. Sem seus livros, suas orientações, suas firmes posições e seu apoio, o presente trabalho certamente não teria a interdisciplinaridade e a estrutura que hoje possui.

Aos colegas de mestrado, servidores e colaboradores do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), bem como todos os docentes do referido programa, em especial, os professores Dra. Patrícia Borba, Dr. Artur Cortez Bonifácio e Dr. Yanko Xavier, que integraram a minha banca de defesa no processo seletivo para o mestrado e que agora integram a minha banca de conclusão desse. A contribuição e o exemplo acadêmicos desses docentes foram de grande valia para mim.

Por fim, de forma especial, à minha professora orientadora, Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva. Desde o dia em que a conheci, admirei-a pela postura, seriedade, aptidão e capacidade, não apenas como docente, mas especialmente como coordenadora do PPGD da UFRN, programa a que dispensou o seu mais profundo zelo e dedicação. Seu conhecimento, rigor científico, visão inestimável e senso crítico sempre me impressionaram e ainda impressionam. Desde o princípio, tenho aprendido muito com seus ensinamentos. Dedico toda a minha jornada de pós-graduação ao seu exemplo, ao seu apoio e à sua orientação. Sem isso, eu não estaria aqui. Serei sempre grata, por tudo.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico a Deus e aos meus amados pais.

“Não vos conformeis com esse mundo mas  
transformais-vos”

Romanos 12.2

## RESUMO

O trabalho em epígrafe, com o intento de contribuir com a problemática jurídica, econômica, política e social da violação dos direitos sociais, realiza uma abordagem atinente a diversos mecanismos de concretização dos direitos sociais no Brasil. Para tanto, principia o estudo tratando dos aspectos e caracteres importantes dos direitos em comento, como a sua previsão normativa, conceito, classificações; relação dos direitos sociais com o mínimo existencial; o princípio da reserva do possível e a necessidade de utilização desse princípio como mandamento de otimização dos recursos estatais e o déficit da concretização dos direitos sociais no país. Trata, nos capítulos posteriores, numa abordagem interdisciplinar, dos desafios e proposições para a concretização dos direitos sociais, trazendo, em cada capítulo, mecanismos para tal concretização. Assim, como objetivo geral, tem-se o de contribuir para a problemática discutida, ao apresentar proposições para a efetivação dos direitos sociais no cenário brasileiro. Como objetivos específicos, além de registrar os aspectos centrais dos direitos em alusão, tem-se o de promover a perspectiva do desenvolvimento econômico e da tributação como instrumentos postos ao Estado, os quais devem ser voltados para a promoção dos direitos sociais registrando, nesse contexto, que inexistente desenvolvimento econômico sem que haja a redução da pobreza, da miséria e da desigualdade social e aduzindo que deve haver uma relação diretamente proporcional entre a carga tributária do país e o índice de desenvolvimento humano e social; analisar a realização de controle orçamentário como medida imprescindível e salutar para a efetivação dos direitos sociais; evidenciar a importância da sociedade para a realização dos interesses sociais indisponíveis, afirmando a necessidade de implementação da democracia participativa e, nessa linha, traz o conhecimento da Constituição e o sentimento constitucional como elementos ensejadores do progresso constitucional. Por fim, apresenta um estudo sobre as políticas públicas, considerando que essas equivalem ao principal meio de promoção dos direitos sociais. Dessa forma, analisa as fases que integram as políticas públicas, que vão desde a percepção dos problemas sociais à avaliação e controle das políticas implementadas; debate acerca da discricionariedade administrativa na tratativa das políticas públicas; traz a classificação de políticas públicas essenciais, a relação destas com o mínimo existencial, parâmetros de controle e, por fim, a judicialização das políticas públicas, tida como legítima para sanar a omissão estatal inconstitucional e conferir eficácia e força normativa às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais. Utiliza, para alcançar os objetivos traçados, o método de abordagem bibliográfica e normativa, bem como realiza uma análise de entendimentos jurisprudenciais correlatos à matéria. Nas conclusões, resgata os aspectos mais importantes elucidados no trabalho, com o fito de conferir ênfase às proposições e mecanismos que contribuam para a solução da problemática discutida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais; Mecanismos; Concretização.

## ABSTRACT

The work referred to above, in order to contribute to the legal issues, economic, political and social of the violation of social rights, performs even firmer approach to various implementation mechanisms of social rights in Brazil. Therefore, it begins the study dealing with aspects and important characters of the rights under discussion, as its normative forecast, concept, classifications; respect of social rights with the existential minimum; the principle of reservation of the possible and the need to use this principle as optimization commandment of state resources and the deficit of the realization of social rights in the country. This, in later chapters, in an interdisciplinary approach, challenges and proposals for the realization of social rights by bringing in each chapter, mechanisms for such implementation. That way, as a general objective, it has been to contribute to the discussed problems, when present proposals for the realization of social rights in the Brazilian context. As specific objectives, as well as record the key aspects of the rights in allusion, the one has to promote the perspective of economic development and taxation as posts instruments that the State must be focused on the promotion of social rights by registering in this context that nonexistent economic development without reducing poverty, misery and social inequality and adding that there should be a directly proportional relationship between the tax burden in the country and the human and social development index; analyze the achievement of budget control as essential and healthy measure for the realization of social rights; highlight the importance of society to the achievement of unavailable social interests, affirming the need for the implementation of participatory democracy and, in this line, brings knowledge of the Constitution and the constitutional sense as elements that provide the constitutional progress. Finally, it presents a study on public policies, considering that these are equivalent to the primary means of the promotion of social rights. That way it analyzes the stages that integrate public policies, ranging from the perception of social problems for evaluation and control of the policies implemented; debate about the administrative discretion in when it comes to public policies; brings the classification of essential public policies, the relationship of these with the existential minimum, control parameters and, finally, the legalization of public policy, regarded as legitimate to remedy the unconstitutional state failure and give normative effectiveness and strength to the defining constitutional rules for fundamental social rights. It uses to achieve the objectives outlined, the bibliographic and normative approach method and performs an analysis of jurisprudence related understandings to matter. In the conclusions, it rescues the most important aspects elucidated at work, with the aim of giving emphasis to the proposals and mechanisms that contribute to the solution of the discussed problems.

**KEYWORDS:** Social rights; mechanisms; implementation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CARACTERES IMPORTANTES.....</b>	<b>17</b>
2.1. PREVISÃO NORMATIVA, CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES.....	17
2.2. OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL .....	22
2.3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO DOS RECURSOS ESTATAIS.....	26
2.4 O DÉFICIT NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	33
<b>3 O DESENVOLVIMENTO E A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>43</b>
3.1 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL.....	43
<b>3.1.1 A privação de liberdades e oportunidades .....</b>	<b>44</b>
<b>3.1.2 O desenvolvimento e a redução de desigualdades sociais .....</b>	<b>47</b>
3.2 A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E A LEGITIMIDADE DE TRIBUTAR .....	49
3.3 A JUSTIÇA SOCIAL E A TRIBUTAÇÃO NEGATIVA .....	53
3.4 A EXTRAFISCALIDADE DA TRIBUTAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS .....	57
<b>4 A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>63</b>
4.1 DIREITOS SOCIAIS, CUSTO DO DIREITO E O ORÇAMENTO PÚBLICO.....	63
4.2 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	66
4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA REVISITAÇÃO .....	73
4.4 A INTERVENÇÃO E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO EM SUA FASE DE PROPOSTA E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA.....	76
4.5 A INTERVENÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA POR MEIO DAS DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVAS.....	81
<b>5 A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>88</b>
5.1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988 E O CONTEXTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ .....	88
5.2 A FRAGILIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA .....	94
5.3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A NECESSIDADE DE SUA IMPLANTAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO .....	96

5.4 A SOCIEDADE COMO METÁFORA E COMO AGENTE POLÍTICO EMPÍRICO..	102
5.5 O CONHECIMENTO DA CONSTITUIÇÃO E O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTOS ENSEJADORES DO PROGRESSO CONSTITUCIONAL.....	106
<b>6 A ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>109</b>
6.1 COMPREENSÕES GERAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	109
6.2 AS FASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - PERCEPÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS À AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS IMPLEMENTADAS.....	112
6.3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS ...	116
6.4 POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PARÂMETROS DE CONTROLE.....	121
6.5 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	127
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>143</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro do referido ano, um dos maiores desafios trazidos pelo texto constitucional foi o de concretizar os direitos fundamentais sociais, que são frutos de conquistas gradativas e históricas da pessoa humana, a nível mundial, e que foram constitucionalizados, a partir da Segunda Guerra Mundial, nos ordenamentos jurídicos de grande parte dos países.

Elaborada em um contexto de ampla participação popular, a Constituição de 88, além de trazer uma ampla previsão normativa dos direitos sociais, instituiu também um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos Direitos Fundamentais Sociais, conforme preconiza o Preâmbulo constitucional.

O artigo 1º evidencia, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, concebida como o princípio nuclear do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição trouxe, ainda, como objetivos fundamentais do Estado, construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos moldes do artigo 3º da Lei Maior.

Um dos princípios que rege a Federação, em especial, no âmbito das relações internacionais, é o da prevalência dos direitos humanos. O artigo 5º, por sua vez, determina aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. Dessa sorte, registre-se que inúmeras outras disposições constitucionais fazem referência direta ao anseio do Constituinte originário em promover a dignidade da pessoa humana e o gozo dos direitos sociais para todos os brasileiros.

É nesse cenário que o presente trabalho, na linha doutrinária do novo constitucionalismo – que busca conferir força normativa à Constituição – tratará dos direitos sociais, objeto central do estudo, estimando demonstrar os principais desafios e os importantes mecanismos para a sua concretização.

Assim, a pesquisa em alusão se debruçará na problemática de cunho jurídico, político, social e econômico que é a violação e o déficit na concretização dos direitos sociais no Brasil. A problemática, estritamente jurídica, consiste na ausência de força normativa da Constituição no tocante à eficácia deficitária das normas definidoras de direitos sociais, vislumbrada a partir da flagrante omissão inconstitucional do Estado brasileiro em tornar efetivos esses direitos.

A suscitada problemática merece espaço para discussão, não apenas no sentido de fazer um discurso-denúncia quanto à omissão dos poderes estatais, mas, sobretudo, para buscar e ocasionar fórmulas para a sua solução. Ademais, o referido discurso-denúncia será ampliado

para além da omissão inconstitucional do Estado, na medida em que conferirá responsabilidade à sociedade e às instituições que também devem representar o interesse social indisponível, como o é o Ministério Público, por exemplo.

Será conferida ênfase à apresentação de soluções para a problemática apresentada, na compreensão de que se faz extremamente necessário que o Direito transcenda do plano teórico para a realidade. Assim, desde já, registre-se que o compromisso maior do presente estudo é, senão, o de apresentar os desafios e buscar mecanismos para a efetivação dos direitos sociais no Brasil, na perspectiva de que já foi deflagrado o caminho para o progresso constitucional, basta que se persista nele.

A justificativa para a abordagem proposta revela-se na premissa de que o núcleo imodificável da Constituição e de maior valor axiológico, consistente nas normas de direitos fundamentais, merece apreço e tratamento diferenciado por parte dos poderes estatais, da doutrina, dos juristas e aplicadores do Direito, uma vez que a concretização dessas normas, além de representarem a destinação expressa do Estado Democrático de Direito, equivale à maior necessidade e anseio da população brasileira.

O Direito deve, de fato, servir como instrumento de transformação social. Não consiste essa ciência em apenas dever ser que não é refletido na conformação das estruturas sociais. Deve, assim, ser perseguido o objetivo central de expor formas de concretização dos Direitos Sociais contribuindo, assim, para a problemática enfrentada.

Para a consecução dos objetivos traçados, será apresentado, inicialmente, o conceito, a previsão normativa, as classificações e os aspectos importantes relacionados aos direitos sociais, para propiciar o fundamento constitucional e a legitimidade legal e doutrinária necessárias para as propostas realizadas no trabalho em epígrafe.

No plano conceitual, será esboçado que os Direitos Sociais correspondem a prestações positivas que devem ser prestadas pelo Estado como forma de propiciar condições dignas de saúde e de existência à população, em face do seu caráter de fundamentalidade, figurando, assim, como pressupostos para o gozo de outros direitos fundamentais, como os direitos de liberdade, os também chamados de direitos de primeira geração.

A discussão quanto ao mínimo existencial será realizada no capítulo inicial, na pretensão de esboçar sua conceituação como o conjunto de condições mínimas para uma existência digna, através do atendimento das necessidades básicas do cidadão, tais como alimentação, saúde, moradia, vestuário e educação. Será tratado o reconhecimento do mínimo existencial como direito fundamental, pela doutrina e jurisprudência hodierna, amparados nas disposições da própria Constituição Federal de 1988.

De forma imperiosa, será discutido o princípio da reserva do possível, em face da sua extrema relevância para o tema em questão, uma vez que os direitos sociais, como dito, correspondem a prestações positivas por parte do Estado e, portanto, demandam a alocação de recursos para a sua promoção, ficando, assim, submetidos, de uma certa forma, à limitação natural desses recursos, abordando, nesse contexto, a necessidade de reconhecimento e aplicação do princípio da reserva do possível como mandamento de otimização dos recursos e gastos estatais, uma vez que, se os recursos são escassos, esses devem ser otimizados e seu gasto deve voltar-se para as prioridades elencadas pela Constituição, Lei Maior que rege o país, as instituições, a atividade estatal e, não diferentemente, o orçamento.

Com o intento de demonstrar, em números, a realidade vislumbrada diariamente pelos cidadãos brasileiros no tocante à violação dos direitos sociais, será exposto o déficit na concretização desses direitos, a partir de dados obtidos em pesquisas voltadas para esse fim, como forma de demonstrar que a problemática refletida carece, expressivamente, de esforço para a sua resolução.

No capítulo três, o desenvolvimento econômico e a tributação serão abordados como instrumentos que devem ser utilizados para a promoção dos direitos sociais e do desenvolvimento social, numa perspectiva de que o real desenvolvimento econômico requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade, tais como a pobreza, a carência de oportunidades econômicas, a ausência de gozo do direito à educação, a ausência de saúde e de moradia adequada, a destituição social sistemática bem como a negligência dos serviços públicos. A tributação, por sua vez, na condição de constituir a principal fonte de arrecadação do Estado, a qual possibilita o custeio das despesas públicas e o funcionamento do aparato estatal, será delineada no tocante à relação dessa com a concretização dos direitos sociais, uma vez que, como exposto, é a partir do poder de tributar do Estado que este obtém os recursos necessários para a implementação das políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais.

Assim, defender-se-á que a atividade estatal e o poder de tributar apenas possui legitimidade se a tributação for efetivamente utilizada como instrumento de redução das desigualdades sociais, deflagrando-se, assim, a patente ilegitimidade no poder de arrecadar do Estado, quando este possui uma alta arrecadação tributária em detrimento de sua omissão na ordem econômica e social. Não subsiste como legítima e constitucional a arrecadação maciça do Estado e, de forma paralela, a sua omissão como agente promotor do desenvolvimento social. Demais aspectos atinentes à tributação e justiça social serão abordados, como forma de trazer instrumentos e possibilidades de promoção e maior eficácia para os direitos em apreço.

Em seguida, no capítulo 4, será apresentado o controle orçamentário como expressivo mecanismo de concretização dos direitos sociais. Para tanto, considerar-se-ão as premissas básicas de que os direitos sociais demandam um custo para sua concretização, que se dá, via de regra, através das políticas públicas. O custo e as verbas públicas que serão utilizadas para esse fim são previstas e alocadas através do orçamento. O planejamento do Estado no orçamento e a devida alocação dos recursos públicos para a promoção dos mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais é uma necessidade. É nesse sentido que será analisado o orçamento público como forma de promover uma maior concretização dos direitos sociais no Brasil.

Defender-se-á, ainda, que o controle da atuação da administração pública representa um dos meios mais hábeis para garantia do acesso à ação estatal. Nesse plano, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando existe interferência do poder judiciário, por exemplo, no poder executivo, para garantir a implementação de políticas públicas ou a concretização de determinados direitos sociais.

Por sua vez, o capítulo 5 tratará da importância da participação da sociedade para o alcance da força normativa alusiva aos direitos em questão. Para propiciar uma visão quanto à repercussão que pode ocorrer em face da participação da população nas questões políticas e constitucionais, inicialmente será narrada a participação da sociedade brasileira no processo constituinte de 1987-1988 e o contexto histórico da Constituição Cidadã, revelando, assim, as conquistas e a expressiva participação que se deu, naquela época, deflagrando, em continuidade, a fragilidade da democracia participativa, evidenciada a partir da ausência de representação dos interesses sociais por parte dos políticos eleitos e que poderá ser minimizada quando houver a implementação da responsabilização e da cassação dos mandatos dos políticos que não representarem, de fato, os interesses de seus eleitores.

Por fim, em face das políticas públicas constituírem o objeto e o instrumento basilar para a consecução dos fins delineados no presente trabalho, a saber, a concretização dos direitos prestacionais, no capítulo 6 serão tratados aspectos e parâmetros necessários para a elaboração e implementação das políticas em comento. Para tanto, será conferida uma abordagem sobre os aspectos gerais das políticas públicas; as suas fases respectivas, compreendidas entre a percepção dos problemas sociais à avaliação das políticas empregadas; a análise da discricionariedade administrativa relacionada à sua implementação e a discussão e propostas atinentes à judicialização das políticas públicas, por tratar-se de fenômeno de vultuosidade em nosso ordenamento jurídico e no cenário do Poder Judiciário Brasileiro.

A metodologia empregada para a consecução dos objetivos traçados é a de análise normativa, doutrinária e jurisprudencial. Estima-se evidenciar, em todo o tempo, a partir da

análise interdisciplinar da matéria discutida, sem a pretensão de exaurir o tema, em razão da sua amplitude, a pretensão esperançosa de contribuir com proposições, mecanismos e repercussões práticas para a concretização dos direitos sociais no Brasil.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CARACTERES IMPORTANTES**

Com o fim estimado de propor formas de concretização dos Direitos Sociais, inicialmente se faz necessário tratar do conceito, da previsão normativa e das classificações atinentes ao objeto central de estudo, com vistas a propiciar o fundamento constitucional e a legitimidade legal e doutrinária para as propostas realizadas no trabalho em alusão.

### **2.1. PREVISÃO NORMATIVA, CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES**

Os Direitos fundamentais sociais possuem expressa previsão legal no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que assim preceitua: são Direitos Sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além do citado artigo, diversos dispositivos constitucionais consagram normas relacionadas aos direitos sociais.

No preâmbulo, o constituinte originário instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o pleno exercício dos Direitos Fundamentais Sociais, o exercício da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, sendo esses os valores supremos de uma sociedade fraterna.

O Art. 1º da Constituição Federal de 1988 prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Numa análise sequenciada do texto constitucional, vislumbra-se que dentre os objetivos fundamentais da República estabelecidos, tem-se o de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Dentre os princípios norteadores da Federação, tem-se a prevalência dos direitos humanos, nos moldes do artigo 4º, inciso II, da Constituição de 1988.

O art. 23 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, determina que, dentre as competências comuns dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, está a de zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de forma a promover a integração social dos setores menos favorecidos.

Nessa temática, aduz o artigo 170, o qual principia o título da ordem econômica e financeira, que a mencionada ordem tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna. O art. 193, que trata da ordem social, dispõe que a ordem social objetiva o bem-estar e a justiça social.

Por sua vez, o artigo 203 da Constituição Federal de 1988 determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, de forma que se promova a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e, ainda, o amparo às crianças e aos adolescentes carentes.

No tocante ao direito à saúde, um dos mais importantes direitos sociais, sem o qual padece o direito natural primordial a qualquer ser, qual seja o direito à vida, o Constituinte Originário prelecionou que 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 o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à educação também teve um capítulo a seu dispor na Constituição Federal de 1988, declarando o artigo 205 que a educação constitui um direito dirigido a todos (universalidade), correspondendo a um dever do Estado (por meio de prestações positivas), bem como da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração de todos.

Assim, restam evidenciados inúmeros dispositivos e previsões contidas no texto da Constituição Federal de 1988, cuja parte do seu núcleo imutável e de teor mais valorativo corresponde aos direitos fundamentais, nos quais os sociais, como dito, estão inclusos.

Assentada a previsão legal desses direitos na Constituição Federal de 1988, destaque-se que há previsão normativa dos tais em tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. Entretanto, a previsão normativa em diplomas internacionais não corresponde ao objeto do presente estudo.

Em razão da posição que ocupam no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais possuem proteção especial e prioritária, conforme escolha realizada pelo constituinte originário. Equivalem a normas positivadas com grande teor principiológico<sup>1</sup>.

No plano conceitual, José Afonso da Silva<sup>2</sup> define os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, equivalendo a prestações positivas que devem ser proporcionadas, direta ou indiretamente, pelo Estado. São ditadas pelo texto constitucional e

---

<sup>1</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 42.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 286.

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; estimam realizar a igualização de situações sociais desiguais e, por isso, figuram como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao criarem condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real. Além disso, tal igualdade fática proporciona a condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesse pórtico, são classificados como direitos de status positivo, também chamados de prestações, que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, nos termos já esboçados. Ademais, o termo “direitos sociais” se justifica em face do seu objetivo, o qual corresponde à melhoria de vida de toda a sociedade, através da implementação de políticas públicas e medidas concretas de política social<sup>3</sup>.

Jorge Miranda, em prefácio à uma obra tratativa de direitos sociais<sup>4</sup>, anuncia que:

“Nos direitos, liberdades e garantias parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem muito respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afetada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada. Com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade atual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efetiva que se começa a realizar (...) Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção.”

A característica de fundamentalidade conferida aos direitos sociais implica a indicação de que eles correspondem a situações jurídicas necessárias a realização, convivência, sobrevivência e vida digna da pessoa humana. São direitos fundamentais do homem, uma vez que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Definição e características dos direitos fundamentais, in Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J Gomes Canotilho** / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 124 e ss.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. Prefácio realizado na obra: **Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente**, Cláudia Maria da Costa Gonçalves / 3ª Edição / Curitiba: Juruá, 2013, p. 12.

<sup>5</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 287.

Pode-se afirmar que esses direitos foram criados para proteger e promover a dignidade da pessoa humana que, além de figurar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, integra o núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que é utilizada como parâmetro de interpretação para todo o sistema constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, deve ser materializado na vida das pessoas. Uma vez que a Constituição assegura uma vida digna ao cidadão, não há como falar no atendimento dessa dignidade sem que os cidadãos possuam moradia, alimentação, saúde, educação e outros elementos básicos e necessários a uma vida digna<sup>6</sup>.

Marcelo Novelino<sup>7</sup> acentua que os direitos fundamentais sociais são caracterizados especialmente pela universalidade, pois se destinam a todos os seres humanos; historicidade, uma vez que possuem evolução sequencial de fatos encadeados e com relação lógico-temporal entre si; imprescritibilidade, já que são sempre exercíveis ou exercidos e pela concorrência, que consiste na possibilidade do exercício de direitos de forma cumulada.

Convém destacar que os direitos fundamentais revelam conquistas decorrentes das vontades e necessidades do povo e não do Estado, servindo, para tanto, como limitação, dever/obrigação dirigidos a todos os órgãos estatais, conforme dispõe todo o texto constitucional.

No que toca à aplicabilidade desses direitos, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, parágrafo primeiro, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – Título II da Constituição, de que fazem parte os direitos sociais – têm aplicação imediata<sup>8</sup>. Assim, trata-se de uma norma de eficácia plena, na classificação de José Afonso da Silva<sup>9</sup>, estando apta a produzir efeitos desde o início de sua vigência<sup>10</sup>.

A esse respeito, interessa destacar a eficácia social, a significar que a norma, após ter sido devidamente formada quanto ao seu aspecto procedimental, foi legitimada pelo assentimento da sociedade. A norma efetiva não está na ordem jurídica de apenas superficialmente nela figurar. Não se trata de uma moldura graciosa ou uma produção de estilo.

---

<sup>6</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 42.

<sup>7</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.134.

<sup>8</sup> Art. 5º, § 1º, Constituição Federal de 1988 - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 151.

<sup>10</sup> Esta teve início em 05 de outubro de 1988.

Equivale a algo que pressupõe e exige sua aplicação, eficácia e transformação na realidade de vida dos cidadãos<sup>11</sup>.

Ademais, é importante frisar que tais direitos não podem ser considerados normas programáticas, no sentido de equivalerem apenas a programas dirigidos ao Estado, destituídos de força normativa. Pretende-se discutir e afastar a concepção de que as normas definidoras de direitos fundamentais sociais são normas programáticas que dependem de atuação legislativa infraconstitucional para a sua aplicação<sup>12</sup>.

As normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa<sup>13</sup>.

Entretanto, em que pese a pretensa harmonização de interesses políticos e sociais, Eros Grau, ao tratar do caráter reacionário da construção das normas classificadas como programáticas que, no máximo, instituiriam promessas, cujo cumprimento dependeria da ação do legislador ordinário, afirma o equívoco quanto a essas possuírem eficácia apenas quando houver a contraposição aos atos ou às normas com ela incompatíveis<sup>14</sup>.

O referido autor analisa a jurisprudência Alemã para explicar que a teoria das normas programáticas torna vulnerável a hierarquia da Constituição, quando desenvolve um argumento de não vigência ou até mesmo de não aplicabilidade de norma constitucional, caso inexista lei regulamentadora. Além disso, “o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao poder legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional”<sup>15</sup>.

Pontue-se ainda que a criação de normas programáticas, considerando-as no sentido acima exposto, de meros programas dirigidos aos poderes públicos e destituídos de força normativa, mais que impor um obstáculo à aplicação e concretização do direito, anula o poder de reivindicação das forças sociais, pois, se parte do que foi reivindicado encontra-se contemplada no grupo de normas programáticas, a população deverá se acomodar com a perspectiva de que esses direitos um dia serão concretizados<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 122-123.

<sup>12</sup> De forma análoga às normas de eficácia limitada que, na classificação de José Afonso da Silva, correspondem às normas constitucionais que carecem de regulamentação infraconstitucional para produzirem efeitos.

<sup>13</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 173.

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 127.

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 127.

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 125.

Ademais, condicionar a aplicação de direitos previstos constitucionalmente à edição de leis ou decretos é algo que deve ser rejeitado pela doutrina, posto que essa condição implica reconhecer maior força à lei e ao decreto que a própria Constituição<sup>17</sup>. Devem ser assegurados instrumentos de garantia da efetivação dos direitos fundamentais, em casos nos quais a lacuna normativa poderia servir de alibi para o não cumprimento de norma constitucional, em razão dos fins a que se destina o Estado Democrático de Direito e diante da vulnerabilidade da dinâmica de Poder<sup>18</sup>.

A função garantidora da Constituição revela, de forma indubitável, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, inclusive prevista de forma expressa no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior, de forma que deve ser extraída a máxima efetividade, descobrindo os caminhos que levem à proteção e concretização dos direitos fundamentais, e não furtando a operacionalidade sob o argumento de falta de norma regulamentadora<sup>19</sup>.

Assim, pretende-se afastar a concepção de que as normas definidoras de direitos sociais as quais, nos termos da Constituição, possuem aplicabilidade imediata, sejam consideradas como normas programáticas, no sentido de reduzi-las a programas dirigidos ao Estado e destituídos de força normativa e imperatividade perante os poderes estatais. Afastar ainda a concepção de que os direitos sociais dependem de regulamentação infraconstitucional para sua efetivação também é um passo que se revela necessário.

## 2.2. OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A discussão relativa ao mínimo existencial surgiu no Direito Alemão, que constitui uma das fontes mais significativas do Direito Constitucional Brasileiro. A esse respeito, convém notar que, muito embora, na Lei Fundamental da Alemanha (de 1949), não exista previsão constitucional expressa dos direitos sociais específicos (de caráter prestacional), a discussão relativa à concepção de mínimo necessário para uma existência digna teve grande espaço na doutrina, no âmbito legislativo, na esfera administrativa e jurisprudencial daquele país<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social**, RDP 57-58/254, Ed. RT, Janeiro-junho/1981.

<sup>18</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 128.

<sup>19</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 121.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações in **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível** / org. Ingo

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1975, já havia reconhecido, explicitamente, em sua decisão, o direito a condições mínimas de existência digna<sup>21</sup>, que adveio do direito à assistência social, reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão desde 1951.

Hodiernamente, além do Tribunal Constitucional, o Tribunal Administrativo Alemão bem como a doutrina e os juristas concebem explícita e inequivocamente a existência e reconhecimento do mínimo existencial como direito fundamental definitivo. Convém destacar trechos de decisões do Tribunal Constitucional Alemão que reconhecem o mínimo existencial<sup>22</sup>:

A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível.

Pelo exposto, constata-se que o Direito Germânico reconheceu, há algumas décadas, o direito fundamental à garantia de condições mínimas para que o cidadão possua uma existência digna. O Brasil, por sua vez, tem incluído nas concepções doutrinárias e jurisprudenciais estudos e aplicações da teoria ou concepção do mínimo existencial, esboçando disposições constitucionais que fundamentam a existência e proteção do referido instituto.

O direito ao mínimo existencial, neste âmbito, pode ser conceituado como o direito à satisfação das necessidades básicas, compreendidas como a saúde e a autonomia do ser humano<sup>23</sup>, autonomia essa que compreende a alimentação, a moradia e o vestuário, os quais correspondem ao mínimo existencial físico, em paralelo ao mínimo existencial cultural que engloba a educação, a sociabilidade e afins.

Em outras palavras, pode-se dizer que o alcance do mínimo existencial se dá na esfera de um mínimo fisiológico (relacionado à garantia de necessidades existenciais básicas) e do mínimo existencial sociocultural, o qual objetiva garantir ao indivíduo um mínimo de inserção no contexto social<sup>24</sup>.

---

Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

<sup>21</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial, in **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 295.

<sup>22</sup> BVerfGE 40, 121 (133), In: Rodolfo Arango, Der Begriff der sozialen Grundrechte. BadenBaden: Nomos Verl. – Ges, 2001, p. 53.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576.

<sup>24</sup> Vide o relato de J. M. Soria, “*Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums*”, in: JZ 13/2005, p. 647-648.

Assim, o mínimo existencial significa o conjunto de direitos fundamentais que possibilitam uma existência digna, um direito às condições mínimas de existência humana reta que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas<sup>25</sup>.

A doutrina brasileira, em paralelo a restrição formada pelo princípio da Reserva do Possível, tem considerado que há um núcleo de essencialidade dos direitos sociais que, se não forem concretizados, coloca o indivíduo em situação gravosa, surgindo então a ideia de mínimo existencial, diante do qual o Estado é obrigado a prestar assistência, salvo em hipótese comprovada de impossibilidade em caráter absoluto<sup>26</sup>.

A problemática do mínimo existencial se confunde com a própria questão da pobreza. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de incidência fiscal e que ainda exige prestações estatais positivas. Na ausência do mínimo existencial debatido, desaparecem as condições de sobrevivência e de liberdade do homem. Defende-se, com ele, que a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual presos, doentes mentais, indigentes ou quaisquer outros cidadãos não podem ser privados<sup>27</sup>.

O mínimo existencial encontra fundamento em diversos princípios e disposições constitucionais, como o princípio da igualdade, que assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que essa resulta da desigualdade social; o princípio da dignidade da pessoa humana; os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre outros. O direito em alusão postula prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exige a face negativa, consistente na impossibilidade imposta ao Estado de não invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência<sup>28</sup>.

Convém citar que o STF<sup>29</sup>, de forma análoga ao Tribunal Constitucional Alemão, também tem reconhecido a necessidade de garantir aos indivíduos a intangibilidade bem como a integridade do núcleo denominado de mínimo existencial.

---

<sup>25</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35.

<sup>26</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 295.

<sup>27</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 69.

<sup>28</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 69.

<sup>29</sup> Despacho exarado na ADPF 45.

Para Ana Paula Barcellos<sup>30</sup>, o mínimo existencial em epígrafe nada mais é que o conteúdo elementar e básico da dignidade da pessoa humana, assumindo a posição de regra jurídica e não simplesmente de princípio como o é a citada dignidade. A referida autora entende que apenas as demandas prestacionais que compõem o mínimo existencial podem ser exigidas perante o judiciário, dependendo os demais direitos fundamentais sociais da atuação política<sup>31</sup>.

Entretanto, vislumbra-se que não merece apreço o mencionado entendimento, uma vez que, nos termos inclusive já delineados, em face da essencialidade, fundamentalidade e aplicação imediata dos direitos sociais preceituados pela Lei Maior, todos os direitos sociais possuem exigibilidade perante a Administração Pública, se essa omissa for<sup>32</sup>.

É digno de nota que, no que diz respeito à aplicação da teoria ou do direito fundamental ao mínimo existencial no Brasil, tem havido um significativo equívoco e perigoso retrocesso, tendo em vista que, por inúmeras vezes, os direitos sociais são postos de lado, no que tange à sua concretização, sob a égide de que, se garantido for o mínimo existencial (que, no contexto brasileiro, convencionou-se como sendo um conjunto de direitos aquém do rol de direitos sociais), tal garantia já seria suficiente para o indivíduo possuir uma existência digna.

Dessa forma, nota-se que a referida teoria, de origem germânica, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro sem considerar as peculiaridades sociais e jurídicas que cada um desses países possui. Assim, percebe-se o possível equívoco em associar uma teoria utilizada em um país de primeiro mundo, desenvolvido, onde a legislação e os direitos sociais se materializam na sociedade, como é o caso da Alemanha, com a realidade sócio-política e econômica inteiramente distinta do Brasil. Trata-se de uma flagrante falha hermenêutico-jurídica.

Portanto, compreende-se que a aplicação do mínimo existencial no Brasil, na forma de conferir exigibilidade apenas a esse núcleo e não a todos os direitos sociais, constitui um retrocesso, haja vista que a concretização dos direitos sociais tem sido submetida e restrita à concretização de um suposto mínimo existencial que é inferior, no seu núcleo de garantias, aos direitos em alusão.

---

<sup>30</sup> **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305-306.

<sup>31</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 248.

<sup>32</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 299.

Assim, deve ser afastada a aplicação do direito fundamental ao mínimo existencial, na hipótese de tal aplicação afastar a concretização dos direitos sociais, posto que a Constituição Federal garante direitos fundamentais sociais que representam um conjunto de direitos dotado de essencialidade, visto que são estritamente necessários à consecução de uma vida digna. De tal modo, reduzir um rol de direitos que são considerados fundamentais, essenciais ao homem, para um novo mínimo (sujeito a convenções doutrinárias e jurisprudenciais) que está aquém daqueles direitos amplamente resguardados pela carta política do Brasil configura um retrocesso que deve ser evitado, pelo que se entende.

### 2.3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO DOS RECURSOS ESTATAIS

A dimensão econômica dos direitos fundamentais sociais tem sido veementemente discutida, uma vez que tais direitos demandam, em regra, um custo ao Estado para a sua concretização.

A reserva do possível corresponde a um princípio que, no contexto brasileiro, tem sido utilizado como escusa para a concretização dos direitos fundamentais sociais. Ela pretende subjugar que tais direitos demandam a ponderação com os demais, também tidos como fundamentais, considerando que há princípios constitucionais que colidem com a implementação dos direitos sociais. É o caso do princípio da separação dos poderes, por exemplo<sup>33</sup>.

Ao corresponderem ao corolário do Estado Democrático, os direitos fundamentais vinculam todos os órgãos dos poderes públicos à sua fiel observância, de forma que as decisões sobre a definição de políticas devem resguardar esses direitos e valores. Se existe escassez de recursos, a reserva do possível deve ser utilizada em proveito do atendimento da efetivação das normas fundamentais de caráter social ou programático, assegurando-se, assim, uma assistência e eficácia mínima ao cidadão<sup>34</sup>.

A respeito da invocação, pelo Estado, do princípio da reserva do possível como fato impeditivo apenas quando se trata da concretização dos direitos sociais, destaque-se, desde já, uma possível incongruência perpetuada através dos tempos: também os direitos ditos negativos

---

<sup>33</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287.

<sup>34</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 130.

implicam gastos para o Estado. É preciso deixar claro que, embora, na maioria dos casos, os direitos de defesa sejam menos custosos que os direitos a prestações positivas, em ambos os casos existem custos envolvidos e, *a priori*, nada justifica uma precedência daqueles sobre esses<sup>35</sup>.

De forma análoga ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível foi inicialmente invocada e, portanto, trazida do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na ocasião do julgamento do caso conhecido como “*Numerus Clausus I*”, que correspondeu a uma política adotada na Alemanha, em 1960, objetivando limitar o número de estudantes que ingressavam em cursos concorridos.

No julgamento do caso elencado foi questionado por jovens alemães o direito previsto na Lei Fundamental quanto à escolha de sua profissão<sup>36</sup>, independentemente da existência de vagas no curso e universidade procurados<sup>37</sup>.

O TCF Alemão diferiu, na ocasião, o direito de ingressar nas universidades (sob a escolha de sua profissão) do direito a criação de novas vagas, esclarecendo que o direito do cidadão alemão de escolher sua profissão depende da reserva do possível, a qual é condição razoável que se espera da sociedade<sup>38</sup>.

Nessa ótica, a discussão reside na ponderação dos direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais, na qual um direito fundamental social só poderia ser restrito se outro direito fundamental tivesse peso maior, prevalecendo na ponderação.

Ocorre que uma grande problemática está na efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma dos direitos fundamentais sociais se encontra em condições de dispor da prestação reclamada<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> A exemplo, cite-se que relatórios de execução orçamentária por programa do Estado do Rio de Janeiro apontou gastos de (...) um bilhão, duzentos e cinquenta e três milhões com processamento judiciário (...) cento e sessenta e seis milhões com manutenção e aperfeiçoamento das ações da defesa civil. Embora esses gastos não sejam exclusivamente voltados à efetividade dos direitos civis e políticos, é inegável que os números afastam qualquer argumentação na defesa da suposta gratuidade deles. Ademais, quando há o trabalho ostensivo de forças públicas (bombeiros e voluntários) para conter que um incêndio devaste todas as propriedades privadas ao redor dele, onerando significativamente os cofres públicos e deixando como maiores beneficiários os particulares proprietários daquelas propriedades, não há dúvidas de que os direitos individuais também dependem fundamentalmente de vigorosa ação estatal e demandam custo para a possibilidade de seu gozo, conforme FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130-132.

<sup>36</sup> Art. 12 da Lei fundamental.

<sup>37</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Logo, **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 286-287.

<sup>38</sup> BverfGE 43, 291, comentado por Alexy, p. 399, na tradução espanhola, p. 423.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

Nesse contexto, é de suma importância atentar-se para o seguinte fato, nas palavras de Ingo Sarlet<sup>40</sup>, no que diz respeito à falaciosa forma que a reserva do possível tem sido utilizada, senão vejamos:

(...) falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a reserva do possível, significa especialmente impor o ônus de comprovação do poder público de que inexistem recursos indispensáveis a satisfação dos direitos em comento, bem como deve ser comprovada a eficiente aplicação dos mesmos.

Nos termos expostos, o referido doutrinador denuncia a forma falaciosa com a qual tem sido suscitada a reserva do possível no Brasil, o que difere significativamente do país de origem desta teoria. Os princípios da eficiência e da moralidade merecem enfoque na presente discussão, uma vez que a atuação da administração pública deve ser pautada na administração da escassez de recursos e otimização da efetividade dos direitos sociais.

É necessário haver a substituição da reserva do possível pelo princípio da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais sociais, fazendo uma releitura da reserva do possível fática<sup>41</sup>, uma vez que o problema maior não é a escassez dos recursos públicos, mas sim, a má gestão desses, bem como sua aplicação em confronto com as prioridades definidas pela Constituição de 1988.

As necessidades humanas básicas, ou seja, os direitos fundamentais sociais, constituem o limite mínimo da reserva do possível, abaixo do qual podem configurar situações de inconstitucionalidade. Assim, as limitações de recursos não podem justificar que o Estado deixe de prestar serviços básicos de saúde aos que não podem custeá-la. De igual forma, não pode o Estado, sob o argumento de escassez de recursos, abandonar cidadãos expostos à desnutrição, deixando-os na rua. As limitações de recursos não podem justificar, ainda, que o Estado não garanta o acesso à justiça, à previdência social, ao ensino fundamental; que não fomenta programas de assistência à maternidade, à infância, aos adolescentes, aos idosos, aos deficientes, que necessitem de serviços sociais enquanto garantia de dignidade<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

<sup>41</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 201-202.

A reserva do possível reflete dois tipos de consideração: a chamada reserva do possível jurídica ou reserva do orçamento, que se constitui basicamente na defesa da legalidade orçamentária e a reserva do possível fática, que é a ausência de recursos nos cofres públicos. O primeiro argumento possui solução quando se aplica o método da ponderação de princípios, o segundo, por sua vez, deve ser acolhido apenas quando puder ser comprovado, no caso concreto, que inexistem recursos estatais para concretizar direitos sociais<sup>43</sup>.

A primeira consideração citada compreende o acolhimento do princípio da destinação de maior quantidade possível de recursos ao adimplemento de direitos fundamentais prestacionais, uma vez que existe substancial diferença entre a inexistência de recursos e a destinação indevida dos mesmos, sem observância às prioridades constitucionais<sup>44</sup>.

Com relação ao exposto, o que se verifica no contexto brasileiro não é a escassez de recursos, como já referenciado, mas, sim, a ausência de priorização e de destinação de maior quantidade possível de recursos para o adimplemento dos direitos fundamentais sociais. Ausentes tais circunstâncias, não há como conceber válida e legítima essa argumentação estatal que pretende, senão, justificar sua omissão inconstitucional.

Nessa direção, se faz necessário que haja o controle social e judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos, de forma a minimizar os efeitos negativos e impeditivos à concretização dos direitos fundamentais, isso porque a possibilidade de satisfação dos direitos sociais resguardados na Constituição guarda extrema vinculação com as escolhas e alocações de recursos públicos<sup>45</sup>.

Assim, pondera Ingo Sarlet<sup>46</sup> que a reserva do possível não é uma tese suficiente para afastar a responsabilidade que o Estado tem no que toca à efetivação dos direitos sociais, já que a vida e a dignidade da pessoa humana são valores que devem prevalecer sob a égide da Constituição de 88.

---

<sup>43</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

<sup>44</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 33-34.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 36.

É preciso registrar que o condicionamento da realização de direitos sociais à existência de cofres públicos fartos significa tornar nula a sua eficácia. A reserva do possível não é presunção absoluta ou relativa de inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo da discricionariedade administrativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais. Além disso, se o viés jurídico da reserva do possível encontra fundamento nas regras e princípios constitucionais, o aspecto fático dessa teoria não possui qualquer sustentação normativa, de modo que esse tem sido utilizado para conceber uma leitura meramente pragmática da Constituição que, por sua vez, deve ser rechaçada<sup>47</sup>.

Portanto, a reserva do possível, antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve servir como ordem de otimização dos direitos fundamentais, já que cabe ao Estado o dever de promover as condições máximas de efetivação dos direitos sociais, tendo em vista a proibição do retrocesso e o reconhecimento dos direitos de caráter fundamental<sup>48</sup>.

Por fim, o que se vislumbra na realidade brasileira é a aplicação ou suscitação da reserva do possível, sem que haja, de fato, conflito entre os direitos fundamentais. Defende-se, na vertente do princípio da reserva do possível que, na concretização dos direitos sociais, devem-se considerar as possibilidades financeiras do Estado. Todavia, desde que esse cumpra os ditames legais e comprovadamente demonstre que empregou, de forma eficiente, os recursos existentes para fazê-lo.

Assim, no contexto brasileiro, vislumbra-se que esta é, senão, mais uma linha de argumentação teórica que serve para justificar o injustificável, o intolerável, o que não se pode aceitar (a violação e a não concretização dos direitos fundamentais) por um Estado Democrático de Direito, em face da obrigação que a este é imposta pela Constituição Federal, nos moldes dos termos já explicitados, de forma que não subsiste, diante dessa realidade, a alegação de que o Estado não pode atender às demandas sociais, posto que está limitado ao que é possível, em termos de recursos públicos e lei orçamentária.

---

<sup>47</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

Resta demonstrado o retrocesso e a indevida aplicação da teoria supracitada, na forma falaciosa que tem ocorrido. Nesse contexto, suscite-se trecho do voto do ministro do STJ, à época, Franciulli Netto<sup>49</sup>:

Defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, o ser humano é a única razão do Estado.

Verifica-se a plausibilidade do citado posicionamento, na medida em que esse apresenta, de certa forma, uma recusa ao princípio da reserva do possível, considerando que, como exposto acima, o ser humano é senão a única razão do Estado, todavia, não tem sido, notadamente, a prioridade desse.

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas como transporte, fomento econômico, serviço da dívida, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde<sup>50</sup>.

Ademais, importa registrar trecho de um julgado<sup>51</sup> do STF, o qual nesse sentido expõe:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com 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.

Resta demonstrado que o próprio Supremo já reconheceu como ilegítima e prejudicial a conduta negativa do Estado de arguir a reserva do possível como matéria de defesa que justifique o injustificável, que é a não adoção de políticas públicas, bem como a falta de priorização de recursos públicos para a concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, limitações de recursos não podem justificar que o Estado deixe de prestar serviços básicos de saúde aos que não podem custeá-los ou que deixe ao relento, expostas à desnutrição, pessoas que moram nas ruas. Quanto aos direitos básicos, aos direitos sociais, não se pode transigir. Assim, no que toca às necessidades humanas básicas, a reserva do possível é muito mais garantia de dignidade que escusas dos poderes públicos, de forma que somente

---

<sup>49</sup> Resp 353.147, Autuação: 05/10/2001, Relator: Min. Franciulli Netto - Segunda Turma, Data: 18/08/2003.

<sup>50</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

<sup>51</sup> ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004.

acima do paradigma das necessidades básicas, cabe ao Legislativo, ao Executivo e à sociedade civil definirem a reserva do possível<sup>52</sup>.

Ademais, quanto a presente questão de escassez de recursos, tem-se que a insuficiência de um bem pressupõe a condição de que esse não existe em quantidade suficiente para satisfazer a todos. Gustavo Amaral<sup>53</sup> apresenta uma classificação no tocante aos graus de escassez. Essa pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural ou artificial.

Dentre os principais tipos, tem-se que a escassez natural em maior grau corresponde ao tipo de escassez em que não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, podendo chegar ao ponto da satisfação por meio de condutas não coativas dos cidadãos, ou seja, no caso de condutas voluntárias dos particulares.

Merece destaque a concepção de escassez artificial que é aquela em que o governo, por opção própria, pode tornar o bem acessível a todos a ponto da satisfação. Logo, o Estado utiliza o argumento de que há escassez numa ordem natural, em que nada pode ser feito para aumentar os recursos disponíveis para determinado fim quando, na verdade, trata-se de uma escolha estatal tornar recursos escassos e exíguos para, por exemplo, concretizar direitos sociais. Essa escolha pode ser verificada, por exemplo, quando o Estado opta por gastar mais com publicidade do que com políticas públicas de saúde<sup>54</sup>.

Considere-se a existência de uma relação entre a essencialidade e a excepcionalidade, apresentadas em um plano cartesiano. Inexistindo qualquer grau de essencialidade de um direito, não há motivo para uma escolha trágica por parte da Administração entre dois direitos fundamentais<sup>55</sup>. De outra sorte, se não houver nenhuma excepcionalidade, isto é, razão para deixar de atender a uma demanda, então todos devem ser atendidos e o dilema alocativo de recursos não se dará.

No que toca às citadas escolhas trágicas<sup>56</sup>, tem-se, numa análise econômica do Direito, que essa indicaria que, se os recursos são escassos, certamente nem todas as necessidades

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º edição Revista e Atualizada, Editora Juruá, 2013, pág. 170.

<sup>53</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

<sup>54</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

<sup>55</sup> Destaque-se o informativo nº 579 do STF que trata da ocorrência de escolhas trágicas pela Administração Pública, que, como exposto, exprimem o estado de tensão entre a necessidade estatal de concretizar direitos sociais e as dificuldades orçamentárias existentes.

<sup>56</sup> Cite-se como exemplo de uma escolha trágica a decisão de como gastar recursos insuficientes da Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. Os recursos deverão ir para a Campanha contra o cigarro ou para construir hospitais? Ou não seria mais recomendável pagar melhor os médicos ou então contratar novos funcionários? (...) conforme TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang

sociais poderão ser atendidas<sup>57</sup>. A solução deve considerar não apenas a essencialidade do direito, mas também o número de pessoas que serão atingidas por determinado recurso empregado em políticas públicas.

Dessa forma, quanto mais importante para uma existência digna for um bem, maior o grau de essencialidade e, quanto mais essencial for uma prestação, mais excepcional deverá ser a razão de seu não atendimento, formando assim uma correlação entre os graus de cada uma das variáveis. Assim, caberá ao aplicador considerar o peso dessas variáveis num dado caso concreto no qual, se verificada a prevalência da essencialidade da demanda e do direito em detrimento da excepcionalidade, a prestação deverá ser realizada.

No âmbito da escassez de recursos estatais, em face do grau de essencialidade dos direitos sociais, a fundamentalidade dessas prestações deve ser considerada pelos poderes do Estado que gerem os recursos públicos, cabendo-lhes aplicá-los com a prevalência das políticas públicas concretizadoras de direitos sociais.

## 2.4 O DÉFICIT NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Como visto, os direitos sociais surgiram com o intuito de possibilitar aos indivíduos melhores condições de vida social e econômica, reduzindo a desigualdade e objetivando propiciar a justiça social<sup>58</sup>. Nesse sentido, demandam a adoção de prestações positivas, também chamadas de políticas públicas, por parte do Estado, para a sua concretização.

As políticas públicas, por sua vez, carecem de planejamento, de recursos, de vontade política e de esforço conjunto dos poderes estatais para que tenham êxito. Na fase de planejamento e execução orçamentária, imprescindível se faz haver a priorização dos direitos sociais em face das demais rubricas do orçamento, em atenção aos ditames da Constituição Federal de 1988 e, considerando a essencialidade e fundamentalidade desses direitos, sem os quais não há que se falar em igualdade, liberdade ou dignidade.

Todavia, no contexto brasileiro, como será alhures debatido, inexistente a referida priorização que decorre de mandamento constitucional, de forma que os recursos escassos e

---

Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

<sup>57</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 60.

<sup>58</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional In **Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015, p. 03.

limitados à reserva do possível são utilizados para subsidiar clientelismo, troca de favores, corrupção, desvio de poder e o exercício ilícito da função pública, resultando na violação desenfreada da Constituição, no tocante ao seu núcleo de maior valor axiológico e centralidade, que corresponde aos direitos fundamentais, pressupostos da dignidade da pessoa humana.

Logo, questiona-se: “um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito’”<sup>59</sup>?

Para Konrad Hesse, a capacidade de regular e de motivar da Constituição está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, sob pena de existir um conflito entre a Constituição escrita e os fatores reais do poder dominantes, de forma que a Constituição escrita torna-se um pedaço de papel que sucumbe ante a realidade do país<sup>60</sup>.

Vislumbra-se que a Constituição de 1988, no que tange à sua missão social, tem sofrido limitações pelos fatores reais do poder dominantes no país, de forma que o interesse social e os fins sociais a que se destina o Estado Democrático de Direito instituído em 05 de outubro de 1988, têm sido fragilizados e negados pelo exercício do poder estatal.

No âmbito da violação dos direitos sociais, convém citar alguns dados que revelam o alcance e a expressividade dessa violação, os quais comprometem condições mínimas de existência de grande parcela da população brasileira.

Dentre os direitos sociais, tem-se o ensino infantil. A fim de demonstrar um retrato da crise estrutural que assola o ensino infantil, montou-se, com base nos dados do IBGE e demais instituições de pesquisa correlatas, o percentual de menores sem vagas em creches, por estado<sup>61</sup>. Abaixo têm-se dados de alguns estados, a título demonstrativo:

Estado	Porcentagem de crianças até 5 anos fora das creches
Rondônia	86,1%
Acre	85,5%
Amazonas	84,5%
Tocantins	82,0%
Alagoas	80,8%
Pará	79,9%

<sup>59</sup> BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 78.

<sup>60</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, p. 02.

<sup>61</sup> CUSCIANO, Dalton Tria. Direito ao ensino infantil: Como o judiciário o vem construindo? In **Direito, Regulação e Políticas Públicas**, org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014, p. 317-318.

O contexto fático relativo à concretização desse direito fundamental é tão grave que a meta estipulada para o ano de 2012, de acordo com o Plano Nacional de Educação, foi a de que o país tivesse metade das crianças com idade para frequentar o ensino infantil matriculadas em creches<sup>62</sup>.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em relatório divulgado, registra que o Brasil atingiu apenas duas das seis metas de educação estabelecidas há 15 anos, pela Cúpula Mundial de Educação, em Dakar, no Senegal, com 164 países, ocorridas em 2000. Para o período de 2000 a 2015, dentre as metas não alcançadas pelo Brasil, em que pese ter sido alcançada por boa parte dos países, tem-se a relativa à educação na primeira infância, a qual foi alcançada por, aproximadamente, 50% dos países e o Brasil não alcançou; a meta de garantir acesso igualitário à educação para jovens e adultos; alcançar uma redução no índice de analfabetismo em 50% e melhorar a qualidade de educação e garantir resultados mensuráveis de aprendizagem<sup>63</sup>.

O relatório citado<sup>64</sup> divulgou ainda que a educação no Brasil não tem sido tratada com a devida prioridade pelos poderes estatais; que milhões de crianças estão fora da escola; que a desigualdade na educação aumentou, com os mais pobres e desfavorecidos excluídos do gozo do direito social à educação, minando seu desenvolvimento e crescimento, marginalizando-os.

Na pretensão de demonstrar dados atinentes ao déficit de concretização dos direitos sociais, é imprescindível tratar da violação do direito à saúde. A dificuldade inicial de tratar do tema reside, inicialmente, no seguinte aspecto: as sociedades capitalistas, historicamente, têm produzido e reproduzido padrões distintos e, não poucas vezes, desumanos de viver e morrer. O sistema capitalista, mais do que qualquer outro, conseguiu traduzir em dinheiro as diversas prestações de saúde, de forma que todas envolvem valor de mercado (plano de saúde, remédios, dentre outros)<sup>65</sup>. A esse respeito, registre-se<sup>66</sup>:

Cumpra relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como dói acontecer – por se equiparar à

---

<sup>62</sup> CUSCIANO, Dalton Tria. Direito ao ensino infantil: Como o judiciário o vem construindo? In **Direito, Regulação e Políticas Públicas**, org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosillo, Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014, p. 318.

<sup>63</sup> Relatório e notícia disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/04/brasil-cumpre- apenas-2-de-6-metas-mundiais-para-educacao-diz-unesco.html>. Acessado em 21 de julho de 2015.

<sup>64</sup> Relatório e notícia disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/04/brasil-cumpre- apenas-2-de-6-metas-mundiais-para-educacao-diz-unesco.html>. Acesso em 21 de julho de 2015.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3<sup>o</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 234.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 302.

aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

Assim, vislumbra-se que a violação do direito social à saúde equipara-se à pena de morte, que confronta a Constituição e que tem sido crescente no cenário brasileiro, sem que haja, ao mesmo tempo, a responsabilização devida dos gestores públicos. Como exposto, o direito à saúde demanda o reconhecimento de um direito originário a prestações materiais diretamente decorrente e previsto na Constituição, que constitui uma exigência de qualquer Estado, sobretudo do que se destina a promover o gozo dos direitos sociais em questão.

No tocante ao direito à saúde, problemas orçamentários e de gestão culminam num processo de retrocesso social, cujo resultado é o de que centenas de vidas humanas têm sido ceifadas. A insuficiência do Sistema Único de Saúde é generalizada e esse direito fundamental, que integra o conceito de mínimo existencial, tem sido negado a um incontável número de brasileiros.

A esse respeito, cite-se o estudo divulgado pelo Conselho Federal de Medicina sobre os investimentos do governo federal na saúde. Em que pese tratar-se de direito fundamental cuja aplicação é imediata e cuja essencialidade e prioridade é inquestionável, dos R\$ 47,3 bilhões utilizados em investimentos realizados pelo governo federal em 2013, o Ministério da Saúde foi responsável por apenas 8% desse valor<sup>67</sup>.

No âmbito dos órgãos do Poder Executivo, a Saúde aparece em quinto lugar na lista de prioridades no chamado “gasto nobre”, de forma que as obras em rodovias, estádios, mobilidade urbana e até armamento militar como blindados, aviões de caça e submarinos nucleares foram priorizados quanto à destinação de recursos públicos em detrimento da construção, ampliação e reforma de unidades de saúde e da compra de equipamentos médico-hospitalares para atender o SUS<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Conforme Estudo divulgado e disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/02/24/saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-pais-diz-cfm.htm>. Acessado em 21 de julho de 2015.

<sup>68</sup> Conforme Estudo divulgado e disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/02/24/saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-pais-diz-cfm.htm>. Acessado em 21 de julho de 2015.

Do total de R\$ 9,4 bilhões disponíveis para investimentos em unidades de saúde em 2013, o governo federal investiu apenas R\$ 3,9 bilhões. Tais valores ficaram aquém dos investimentos nos Transportes (R\$ 11 bilhões), Defesa (R\$ 8,8 bilhões), Educação (R\$ 7,6 bilhões) e Integração Nacional (R\$ 4,4 bilhões). O quadro ilustrativo abaixo releva os gastos com saúde pública e os créditos autorizados, mas não utilizados em investimento, pelo governo federal, no período de 2001 a 2013<sup>69</sup>:

Investimentos Ministério da Saúde*			
Ano	Dotação Autorizada	TOTAL PAGO**	TOTAL PAGO - Dotação Autorizada
2001	7.459.780.323,29	3.037.391.932,96	-4.422.388.390,32
2002	5.368.371.794,08	4.150.344.442,80	-1.218.027.351,28
2003	2.579.319.830,22	1.233.137.547,85	-1.346.182.282,38
2004	4.124.665.049,01	2.008.889.630,36	-2.115.775.418,65
2005	4.036.913.152,10	1.494.711.651,23	-2.542.201.500,87
2006	5.083.045.587,63	2.338.612.074,06	-2.744.433.513,57
2007	6.876.138.115,63	2.035.461.431,16	-4.840.676.684,47
2008	5.166.114.574,41	1.624.668.086,13	-3.541.446.488,27
2009	5.491.206.814,49	2.080.112.079,84	-3.411.094.734,65
2010	5.588.995.279,72	2.776.670.549,32	-2.812.324.730,40
2011	6.466.850.119,68	2.675.293.700,22	-3.791.556.419,47
2012	12.881.102.956,33	3.713.428.530,36	-9.167.674.425,97
2013	9.382.218.738,00	3.889.387.748,08	-5.492.830.989,92
<b>TOTAL</b>	<b>80.504.722.334,60</b>	<b>33.058.109.404,37</b>	<b>-47.446.612.930,23</b>

Fonte: SIAFI / Elaboração: CFM. \* Valores atualizados pelo IGP-DI, da FGV.  
\*\* Inclui os restos a pagar pagos

A partir da análise da tabela acima exposta, verifica-se que a dotação orçamentária, consistente nos valores autorizados pelo orçamento para uma determinada finalidade, qual seja a de investimento na saúde pública, tem oscilado no decorrer dos anos, no país. Diante da extrema necessidade de investimento no Sistema Único de Saúde, considerando especialmente o quadro de deficiência do sistema e a relevância e fundamentalidade maior desse direito fundamental, a dotação autorizada para essa rubrica deveria ser crescente e não revelar oscilações e decréscimos, como a tabela acima evidencia.

Importa frisar ainda que, da dotação autorizada pelo poder público destinada à saúde, os dados revelam que a média é de que menos de cinquenta por cento do valor inicialmente autorizado é efetivamente pago pelo poder público, ou seja, do valor previsto em orçamento para gasto com saúde pública, menos da metade é gasto e empregado no referido sistema e em políticas públicas voltadas para a promoção desse direito fundamental.

Logo, revela-se o que será discutido no capítulo que tratará do controle orçamentário. Não é suficiente que o Poder Público, na elaboração da lei orçamentária, realize uma dotação

<sup>69</sup> Conforme Estudo divulgado e disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/02/24/saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-pais-diz-cfm.htm>. Acessado em 21 de julho de 2015.

de valores plausíveis e necessários à concretização do direito social em comento. O controle também deve ocorrer na execução do orçamento como forma de impedir que o Poder Executivo, na gestão e execução orçamentária, deixe de investir os valores dotados e autorizados para os direitos sociais nas políticas públicas respectivas.

Revela-se, assim, que o problema não é a escassez de recursos, mas sim a ausência de cumprimento dos ditames sociais, de forma que carece a atuação estatal de controle social, controle do Ministério Público, controle do Judiciário, não apenas a alocação dos recursos, mas também a gestão e execução da dotação autorizada, como forma de garantir que os recursos públicos sejam devidamente empregados para alcançar a concretização dos direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988.

Em continuidade à análise do déficit na concretização dos direitos sociais no Brasil, convém trazer registros quanto ao direito à alimentação. Estudos do IBGE demonstram que, em 2013, cerca de 53 milhões de pessoas no Brasil encontravam-se em situação de falta de recursos para comprar comida e ameaçados pela fome<sup>70</sup>.

Em alusão ao direito social ao trabalho, é digno de nota que a taxa de desemprego subiu nos meses iniciais de 2015, chegando a 8%, conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No mesmo trimestre de 2014, o índice foi de 7,1%; no trimestre encerrado em janeiro deste ano, em 6,8%; e nos primeiros três meses de 2015, em 7,9%<sup>71</sup>. Dados esses que revelam a crescente crise afeta e compromete ainda mais o gozo dos direitos sociais no Brasil.

Quanto ao direito à moradia, os dados da Secretaria Nacional de Habitação, do Ministério das Cidades, revelam que o déficit habitacional no Brasil foi estimado em 5,572 milhões de domicílios, dos quais 83% estão localizados em áreas urbanas. Se for considerada a

---

<sup>70</sup> Estudos e relatórios disponíveis em: <http://www.valor.com.br/brasil/3829144/72-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil-mostra-ibge> . Acessado em 21 de julho de 2015.

<sup>71</sup> É a maior taxa para o trimestre desde o início da pesquisa, em 2012. No trimestre encerrado em abril, havia 8 milhões de pessoas desocupadas, conforme dados disponíveis em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/desemprego-fica-em-8-no-trimestre-ate-abril-diz-ibge.html>. Acessado em 24 de julho de 2015.

Ademais, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a taxa de desemprego no Brasil deve continuar crescendo nos próximos dois anos e atingir 7,1% em 2015 e 7,3% em 2016. Em 2014, mais de 201 milhões de pessoas estavam sem emprego, o que representa 31 milhões a mais do que antes do início da crise financeira mundial, em 2008. Segundo a OIT, deverá haver cerca de 3 milhões de novos desempregados no mundo em 2015 e 8 milhões nos quatro anos seguintes, conforme [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119\\_taxa\\_desemprego\\_df\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119_taxa_desemprego_df_rb). Acessado em 24 de julho de 2015.

renda dos afetados pelo déficit, constata-se que 89,6% dos afetados têm renda familiar mensal de até três salários mínimos<sup>72</sup>.

Segundo dados do IBGE, apenas 52,5% dos domicílios brasileiros têm abastecimento de água, esgoto sanitário ou fossa séptica, coleta de lixo e até dois moradores por dormitório, condições consideradas adequadas pelo referido Instituto. Segundo os dados do Censo Demográfico de 2010, são 30 milhões de domicílios brasileiros que possuem essas características, de um total de 57,3 milhões<sup>73</sup>.

A amplitude de violação e de problemas afetos ao direito social à segurança também merece nota. A segurança pública no Brasil tem sido tema de amplo debate e revela a extrema necessidade de adoção de políticas públicas necessárias para a concretização do direito social em questão, tendo em vista os dados alarmantes de aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, sobretudo nos grandes centros urbanos, em face das dificuldades e deficiências relativas ao âmbito dos presídios e cadeias públicas, a realidade de superlotação e fuga nos mesmos, a violência policial, a ineficiência preventiva das polícias e demais instituições afetas, dentre outros.

Constata-se, pelo exposto, dados que revelam, inequivocamente, a violação ampla dos direitos fundamentais sociais e o déficit de concretização provocado pelos entes estatais, em face de sua omissão inconstitucional e de sua má gestão das verbas públicas, que atendem a outros fins que não os sociais.

A ausência de concretização dos direitos sociais também é decorrente das ações e políticas públicas que supostamente promovem a inclusão mas disfarçam a exclusão. Projetos públicos de cidadania, em regra assistencialistas, enfraquecem os beneficiados ao transformá-los em receptores agradecidos de favores vindos do Estado<sup>74</sup>.

Os resultados dessas políticas públicas disfarçadas e, especialmente, da omissão estatal na implementação de políticas públicas efetivas, podem ser vislumbrados nas cidades onde se

---

<sup>72</sup> NASSAR, Paulo André. Direito à Moradia: O que os juristas têm a ver com isso? in **Direito, Regulação e Políticas Públicas**, org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho, Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014, p. 329.

<sup>73</sup> O estudo realizado pelo IBGE demonstra que O levantamento mostra 2,3 milhões de moradias (4,1%) não apresentam nenhuma dessas condições. Entre as regiões do país, o Norte apresentou o pior quadro, com apenas 16,3% de domicílios considerados adequados. Enquanto isso, no Sul (68,9%) e no Sudeste (59,35%) mais da metade das casas está ligada a redes de saneamento básico.

Há desigualdade também quando se leva em conta a cor dos moradores: 63% dos brancos vivem em domicílios adequados, enquanto esse percentual cai para 45,9% entre os pretos e 41,2% entre os pardos, conforme dados disponíveis em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/ apenas-525-das-moradias-do-brasil-tem-condicoes-adequadas-diz-ibge.html>. Acessado em 24 de julho de 2015.

<sup>74</sup> SATO, Leny. **A Cidadania negada: políticas públicas e formas de viver**/organização Maria Helena Souza Patto – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009, p. 14.

abrigam como podem os que não gozam do direito à moradia; nas favelas que cresceram mais de 100% nos últimos anos; na precariedade das escolas públicas, que formam analfabetos escolarizados; nas regiões urbanas e rurais do país, em que milhões sobrevivem abaixo da linha de pobreza; nas centenas de brasileiros que trabalham em regime de escravidão; nos corredores de hospitais públicos cujos pacientes aguardam em filas e macas o atendimento necessário<sup>75</sup>.

O que vislumbra-se, no Brasil, são exclusões sociais e um processo cruel de nulificação das pessoas, uma vez que as mesmas vítimas podem e geralmente são alcançadas simultaneamente por diferentes modos e expressões de exclusão. A negação dos direitos sociais é caracterizada por diárias violações e privações sociais do mínimo essencial à sobrevivência digna dos mesmos<sup>76</sup>.

A exclusão moderna é um problema social posto que abrange a todos: a uns, porque os priva do básico para viver com dignidade, como cidadãos; a outros porque lhes impõe o terror da incerteza quanto ao próprio destino e ao destino dos filhos e dos próximos. Até mesmo os doutores da lei, a parcela detentora do poder aquisitivo da população podem ser presas da “desumanização própria da sociedade contemporânea”<sup>77</sup>.

Como já delineado, os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder. As constituições escritas não têm expressividade e real força normativa, nem são duráveis, a não ser se exprimirem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social<sup>78</sup>.

Esse é o grande desafio do Constitucionalismo pós-moderno: em face do alargamento da positivação constitucional das aspirações humanas, o grande desafio reside em concretizar as disposições constitucionais, ou seja, reduzir a distância entre o Direito da Constituição e a realidade que vigora à sombra dessa<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> SATO, Leny. **A Cidadania negada: políticas públicas e formas de viver/organização** Maria Helena Souza Patto – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009, p. 15.

<sup>76</sup> PATTO, Maria Helena Souza. **A Cidadania negada: políticas públicas e formas de viver/organização** Maria Helena Souza Patto – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009, p. 593.

<sup>77</sup> MARTINS, J. de S. **A sociedade vista do abismo. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais.** Petrópolis: Vozes, 2002, p.18-19.

<sup>78</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p 53.

<sup>79</sup> Pontue-se: “Com o alargamento da positivação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdade e de mais igualdade, o grande desafio dos ordenamentos nacionais passou a ser o da efetividade das normas constitucionais, ou seja, a superação da distância a mediar o Direito da Constituição e a realidade que vigora à sombra da Constituição, vale dizer, entre o 'sein' e o 'solen' constitucional. Tal se aplica com especial relevo às nações com paisagem social típica de terceiro mundo (concentração de renda, bolsões de miséria, analfabetismo, subnutrição, desleixo ambiental, dependência econômica e tecnológica, deficiência dos serviços públicos etc.), mas que, com justificada magnanimidade, incorporam em suas leis supremas o catálogo ampliado de direitos humanos segundo a tendência contemporânea, conforme exemplifica o caso brasileiro. Esse desafio, consoante já pudemos observar, retrata a luta sem tréguas entre os valores da liberdade e os valores da igualdade, que constitui, na feliz expressão de Legaz Y Lacambra, a essência do drama político de nossos dias”, conforme

Para existir a referida concretização, mister se faz que haja a destinação suficiente de verbas públicas, no planejamento orçamentário e em sua execução, como forma de garantir a implementação e eficiência das políticas públicas efetivadoras de direitos sociais.

Deve ser, assim, superado o problema da indevida alocação de recursos públicos, verificado na existência de municípios onde se gasta – amparado na lei orçamentária – mais dinheiro em divertimentos populares (contratação de “trios elétricos”) ou na manutenção da Câmara do que em toda a área de saúde pública. Se o orçamento público, que será devidamente tratado em capítulo posterior, não atende aos preceitos da Constituição, esse fato pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo<sup>80</sup>, com a intervenção necessária dos demais poderes e do controle social.

O conteúdo das despesas públicas está vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo Constituinte Originário. Isso porque a Constituição estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobleva a promoção da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. Assim, constata-se a despesa pública como meio hábil para atingir essas metas<sup>81</sup>.

Desde já, ressalte-se que nessa área de alocação orçamentária prioritária para concretizar direitos sociais, não incide manifestação discricionária nenhuma. Isso porque haverá de reconhecer-se uma priorização no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expresso desejo do Constituinte de 1988 em erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), bem como serem objetivos fundamentais dessa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Dessas normas, insertas no Título I (dos Princípios Fundamentais), decorre a primazia dos direitos sociais<sup>82</sup>.

Desse modo, tratar-se-á de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários

---

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 21-22.

<sup>80</sup> KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 57.

<sup>81</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 283.

<sup>82</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In **Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Executivo<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> CLÉVE, Clémerson Merlen. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3. Curitiba, 2003, p. 299.

### **3 O DESENVOLVIMENTO E A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

O Estado Democrático de Direito, diferentemente do Estado Liberal, deve assegurar que os direitos e interesses sociais que carecem de prestações positivas para a sua promoção, sejam devidamente concretizados na sociedade. Dessa maneira, não se pode conceber a legitimidade de qualquer atividade estatal que esteja dissociada ou apartada do interesse público, dos fins sociais.

Nesse contexto, para a consecução dos fins a que se destina o modelo estatal em alusão, tem-se que esse deve fazer uso de sua atuação e intervenção no âmbito do desenvolvimento econômico para promover o desenvolvimento social; bem como deve utilizar o seu poder de tributar, não para agravar ainda mais as condições de miséria e de pobreza em que se encontra parcela significativa da população. Deve, doutro pórstico, em todas as suas formas de atuação, agir para a garantia do mínimo existencial e do gozo de direitos fundamentais sociais estritamente intrínsecos à dignidade da pessoa humana, a partir da gestão e aplicação dos recursos advindos da tributação, com esse fim.

É nessa perspectiva que o desenvolvimento e a tributação serão abordados como mecanismos estatais que devem contribuir para a promoção dos direitos sociais, conferindo legitimidade constitucional às atividades referidas.

#### **3.1 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL**

Tendo em vista as disposições da Constituição Cidadã, que instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, não se pode conceber a perspectiva de desenvolvimento voltada para atender a meros fins privados, de grupos particulares que detém o poder, sem que esse propicie melhores condições de vida aos cidadãos, sem que atenuie os altos índices de pobreza, de fome, de miséria em um dado país.

É nessa perspectiva, de necessidade de desenvolvimento uno, econômico e social, que será tratada a privação das liberdades e oportunidades e o desenvolvimento atrelado à redução das desigualdades sociais.

### 3.1.1 A privação de liberdades e oportunidades

Numa perspectiva de desenvolvimento como liberdade, tem-se que aquele consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercerem ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais é constitutiva do desenvolvimento. Logo, o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade, tais como a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos<sup>84</sup>.

Conforme a perspectiva acima tratada, não há que se falar em desenvolvimento, quer seja econômico ou social, se existe a privação de liberdade dos indivíduos quanto as suas escolhas e oportunidades. Inexiste desenvolvimento se há pobreza, carências de oportunidades econômicas e fragilidade dos serviços públicos, fatores concebidos como privadores da liberdade<sup>85</sup>.

O preconizado desenvolvimento é o que deve ser buscado pelo Estado e que deve ser resguardado pela esfera privada, pelo mercado, no âmbito econômico. Isso porque, como já assentado, inexiste desenvolvimento se parcelas significativas da população encontram-se privadas do mínimo existencial, de oportunidades básicas, as quais visem propiciar uma existência digna. O desenvolvimento que deve ser buscado e promovido pelo Estado Brasileiro é, assim, o que produza riqueza, mas que redistribua a renda; o que promova o crescimento econômico da indústria, do turismo, das empresas, sem excluir cada vez mais, num abismo sem fim, os demais contingentes sociais.

Portanto, o desenvolvimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo, à melhora da vida dos cidadãos, com as liberdades desfrutadas, com a riqueza que são distribuídas, com a concretização de direitos sociais para o maior número de cidadãos.

Apesar de a economia brasileira ser baseada no sistema capitalista, a harmonização deste com os valores sociais se faz necessária, pois essa harmonização impulsiona o verdadeiro desenvolvimento, consubstanciado no crescimento econômico com a erradicação da pobreza,

---

<sup>84</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

<sup>85</sup> A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica, conforme SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18 e 23. Dessa forma, as liberdades econômica e social são estritamente associadas e acabam sendo consequência uma da outra.

com a redução das desigualdades sociais e regionais, com a tutela do consumidor e do meio ambiente. Em suma, pretende-se alcançar o bem comum, já que o correto conceito de desenvolvimento econômico não está relacionado com o bem-estar de alguns grupos, mas sim de toda a estrutura social<sup>86</sup>.

Milhões de cidadãos em todo o mundo, sobretudo nos países em desenvolvimento, são privados de uma existência digna, de uma liberdade básica para sua sobrevivência. A maioria da população desses países não usufrui de um eficiente sistema de saúde, de educação, não possuem moradia digna ou condições mínimas de alimentação.

Trata-se de realidades que devem ser transformadas pelo Direito, na sua conjuntura política, econômica e social, uma vez que o Direito, como instrumento de poder, deve promover a transformação social e a harmonia dos valores da sociedade. Não deve ser instrumento de satisfação de interesses minoritários, dos que estão no poder em detrimento de toda a população que carece de desenvolvimento, de liberdade, de oportunidade, de dignidade.

Ao Direito compete, pois, uma tarefa de promoção do desenvolvimento e de correção das desigualdades econômicas, sociais e culturais, para além de um simples papel de defesa das liberdades individuais<sup>87</sup>.

Deve ser considerado, ainda, o desenvolvimento que prime pelo valor da Justiça, conforme acentua Rawls<sup>88</sup>:

“Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento (...) cada pessoa tem uma inviolabilidade baseada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar. Por esta razão, a justiça nega que a perda da liberdade de uns dê direito a um maior benefício dividido pelos outros. Não permite que o sacrifício imposto a uns poucos tenha ainda maior peso em decorrência de uma soma crescente de vantagens a serem compartilhadas por outros.”

---

<sup>86</sup> ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais** / André Elali. – São Paulo: MP Ed., 2007, p.18.

<sup>87</sup> Isso porque os direitos de conteúdo econômico, social e cultural equivalem a direitos positivos a uma prestação por parte do Estado, exigindo para a sua efetivação uma certa atividade dos poderes públicos. Não se trata de direitos contra o Estado mas de direitos a obter dele certas prestações positivas. Correspondem a obrigação de meio e não de resultado. Não querem dizer que o Estado, num momento histórico concreto, seja obrigado à satisfação integral correspondente, que seja obrigado a garantir o resultado, dado que importam em despesas elevadas - mas apenas que ele deve aplicar a diligência, a competência e o interesse adequados à satisfação das necessidades, cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 4º edição, revista e atualizada. Coimbra editora, 2003, p. 147-8.

O Estado deve ter uma atuação de zelo e de eficiência, sobretudo para maximizar os recursos então disponíveis. Esse deve ser, inclusive, o real sentido consequente da utilização do princípio da reserva do possível.

<sup>88</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.

Um desenvolvimento que desconsidere o bem estar de alguns para conceber privilégios e oportunidades a outros despreza a concepção de justiça e deve ser afastado do desenvolvimento buscado, o desenvolvimento ideal.

É importante considerar que o desenvolvimento econômico também é considerado como direito humano, uma vez que, independente da nacionalidade, em decorrência da condição humana que toda pessoa possui, deve ser garantido o acesso igualitário a todos, de oportunidades, de desenvolvimento, de cidadania, de existência mínima e digna.

No âmbito interno, tem-se que o desenvolvimento corresponde a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados na Constituição Federal de 1988<sup>89</sup>, bem como equivale a uma das competências privativas da União<sup>90</sup>. Logo, não assiste fundamento jurídico que justifique a omissão estatal quanto à promoção do desenvolvimento, que implicará no gozo de direitos sociais, quer seja diretamente pelas políticas públicas, quer seja pela regulação da iniciativa privada que deve atuar, como já demonstrado, não apenas para gerar lucro e riqueza para alguns grupos, já que o verdadeiro desenvolvimento econômico deve atingir toda a estrutura social, redistribuindo e não concentrando riquezas.

Num plano de desenvolvimento e de sistema social ideal, para John Rawls, esse sistema reside na existência de uma constituição justa, liberdade política e de consciência, igualdade equitativa e de oportunidades, onde o Estado assegura oportunidades iguais de educação e de cultura para os seus cidadãos, indistintamente, seja a partir do subsídio de escolas particulares, seja implementando um sistema de ensino público de qualidade. Esse sistema ideal de sociedade e desenvolvimento também se impõe e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha da ocupação e, por fim, implica na garantia do Estado a um mínimo social, seja por intermédio de benefícios familiares e de transferências especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente, por meio de dispositivos tais como a complementação progressiva de renda (denominado imposto de renda negativo)<sup>91</sup>.

Não se trata da ideia de redistribuição para fomentar maior igualdade. O fundamento constitucional em questão é que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de

---

<sup>89</sup> Art. 3º **Constituem objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - **garantir o desenvolvimento nacional;**

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifos nossos) – Constituição Federal de 1988.

<sup>90</sup> Art. 21. Compete à União:

(...) IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

<sup>91</sup> RAWLS, JOHN. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 343-344.

treinamento e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais<sup>92</sup>.

### 3.1.2 O desenvolvimento e a redução de desigualdades sociais

No contexto ora apresentado, vislumbra-se que o desenvolvimento consiste no crescimento da economia associada à redução da pobreza e da miséria; na produção de lucros e na redistribuição de renda para a sociedade; no fomento à ordem econômica, que impulsiona o crescimento da ordem social.

O desenvolvimento econômico trata-se de um dos princípios essenciais do direito econômico. A ideia de desenvolvimento veicula, desde logo, aspectos de equidade social dependentes de uma intervenção dos poderes públicos na esfera da produção e da repartição. Não se trata de uma mera acumulação do produto nacional bruto. O crescimento deve obedecer a certas condições que a própria Constituição estabelece. Deve ser um crescimento equilibrado, equitativo e eficiente<sup>93</sup>.

Merece, assim, destaque, a perspectiva ora apresentada: o Estado deve intervir na esfera de produção e repartição da riqueza, deve atuar diretamente na ordem social e econômica, não só pela regulação e intervenção, mas pela adoção de políticas públicas. O desenvolvimento pressupõe uma equidade social que só será possível com a atuação estatal.

É bom que se registre que esse processo de mudança não significa a condenação da riqueza: ao contrário, o que se deve fazer é proteger a força da economia privada, mas ofertando condições para a melhor distribuição de renda<sup>94</sup>.

A proteção da força da economia privada é vislumbrada, por exemplo, nos incentivos e investimento do governo na economia, prima pela ordem social, uma vez que a iniciativa privada, a despeito de concentrar a maior parte de riquezas e lucros produzidos, tem a sua relevância no papel econômico e social ao promover emprego, renda, oportunidade e subsistência para milhares de trabalhadores de todo o país. A economia, sem incentivo e apoio

---

<sup>92</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 197.

<sup>93</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 4<sup>o</sup> edição, revista e atualizada. Coimbra editora, 2003, p. 160.

<sup>94</sup> A esse respeito, proteger ou fomentar a economia e atividade privada parece um paradoxo, todavia, não o é. O fato é que os custos governamentais e empresariais somente aumentam com a pobreza. Se houvesse um equilíbrio entre as regiões e entre as classes, pelo menos no sentido de não haver vertentes radicais de pobreza concentrada, aumentar-se-ia a circulação dos recursos financeiros, o consumo, a produção, o próprio custo governamental de 'auxiliar' os mais necessitados, conforme ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais* / André Elali. – São Paulo: MP Ed., 2007, p. 73.

estatal, promoverá o retrocesso no desenvolvimento econômico e social que, por sua vez, gerará ainda mais desemprego, miséria e pobreza.

Não subsiste possibilidade de existência do desenvolvimento social sem que haja o desenvolvimento econômico, de forma antecedente ou paralela. Partindo dessas considerações, não se deve rechaçar a produção de riqueza pela iniciativa privada. Do contrário, deve protegê-la e regulá-la, de forma que esta zele pelos princípios e fundamentos constitucionais da ordem econômica e cumpra com os designios da Constituição e do verdadeiro desenvolvimento, que é estritamente atrelado à ordem social e à eliminação de miséria, pobreza e desigualdade social.

Dessa forma, uma nova abordagem também deve ser conferida ao preconizado desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro: a economia não deve crescer e desenvolver-se sem que isso possibilite um desenvolvimento social.

O desenvolvimento deve ser percebido como desenvolvimento econômico, porém esse tendo como objetivo a melhoria das condições sociais. Nessa direção, não se pode falar em desenvolvimento, ainda que haja crescimento econômico, se não houver concomitantemente boas condições de saúde, moradia, educação, lazer, emprego, enfim, o gozo efetivo dos direitos sociais pela coletividade<sup>95</sup>.

O grande problema do crescimento econômico, tal como esse tem se dado, é a sua insuficiência como critério de análise do bem-estar da sociedade, dissociado dos objetivos constitucionais de desenvolvimento social e distribuição de riquezas. Esses fatores decorrem da ausência de regulação suficiente e efetiva do Estado, da insuficiência de investimentos na economia, bem como da total omissão desse no âmbito das políticas públicas.

No contexto do desenvolvimento, o mercado, associado ao Estado, possui um importante papel vertido na geração de emprego, circulação de renda, produção de riquezas, dentre outros. Além disso, o mercado poderá também atuar no fornecimento de serviços básicos à população, a depender do grau de eficiência na atuação do Estado. É necessário, no mínimo, que o Estado fiscalize a atuação do mercado e dos agentes econômicos para que esses não criem distorções ou desigualdades na sociedade, na busca da satisfação de seu próprio interesse<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> CABRAL, Indhira de Almeida; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais** in: Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a ótica do direito econômico / organizadores: Fabiano André de Souza Mendonça, Vladimir da Rocha França, Yanko Marcius de Alencar Xavier. – Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 215.

<sup>96</sup> SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a ótica do Direito e Economia**. Natal, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p. 113.

Ademais, consoante ao já debatido, verifica-se que a ordem econômica possui uma relação intrínseca com a redução das desigualdades sociais e regionais, relação essa estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Deve, portanto, a atuação da ordem econômica também voltar-se para esse fim, qual seja a redução de desigualdades sociais.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 3º, estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Por sua vez, o artigo 170 da referida Constituição estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados alguns princípios, dentre os quais, o da redução das desigualdades regionais e sociais (VII).

Vislumbra-se que o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento econômico nacional, com o crescimento da economia e a promoção da Justiça Social. Trata-se de uma realidade que deve ser estimada e buscada pelo Direito Econômico, com o fim de assegurar a realização de valores e preceitos constitucionais voltados ao bem estar econômico e social e, por conseguinte, de servir de mecanismo de concretização dos direitos sociais.

### 3.2 A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E A LEGITIMIDADE DE TRIBUTAR

Conforme conceitua o artigo 3º do Código Tributário Nacional, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Uma das principais características do Estado contemporâneo é o fato de sua principal fonte de financiamento ser o tributo. É por meio dele que o Estado auferir a receita necessária para prestar os serviços de que a sociedade necessita. Ao optar pelos tributos como principal fonte de receita pública, o Estado adota o modelo denominado de “Estado Fiscal”.

É caractere peculiar do Estado Fiscal que os tributos constituem a principal fonte de receita pública, de maneira que a tributação possui uma importante função na manutenção das estruturas sociais. No contexto desse fenômeno de intervenção, tem-se a política fiscal, a qual possui como uma de suas funções a função distributiva, que representa o papel do governo em realizar a distribuição de riquezas.

Entretanto, figura como patente ilegitimidade no poder de arrecadar do Estado, quando esse possui uma alta arrecadação de tributos em detrimento de uma atuação efetiva na ordem

econômica e social. Não subsiste como legítima e constitucional a arrecadação maciça do Estado e, de forma paralela, a sua omissão como agente promotor do desenvolvimento social.

É necessário destinar a maior quantidade de recursos possível para o adimplemento de direitos fundamentais prestacionais, uma vez que, conforme já explicitado no tópico em que foi tratado o princípio da reserva do possível, há uma diferença entre inexistência de recursos e alocação indevida de recursos em inobservâncias das prioridades constitucionais<sup>97</sup>.

Dworkin, importante filósofo do Direito, concluiu que os direitos prestacionais exigíveis do Estado devem ter uma extensão na hipótese das pessoas serem chamadas para celebrar um contrato de seguro. Uma apólice com ampla cobertura acabaria por exigir um prêmio muito alto. Transpondo essa teoria para a prática, o prêmio equivale à noção de tributo, ao passo que a cobertura do risco é exatamente aquilo que compete ao Estado fornecer. Assim, o reconhecimento de direitos prestacionais em face do Estado deve ser equilibrado de modo razoável com aquilo que lhe é vertido em forma de tributos<sup>98</sup>.

É importante refletir, a esse respeito, sobre a relação existente entre a carga tributária e o nível de desenvolvimento da sociedade brasileira. Considerando a carga tributária como a soma de todos os tributos que incidem sobre a riqueza produzida no país, o Brasil possui uma das cargas tributárias (nível de arrecadação) mais elevada do mundo<sup>99</sup>. Em um país com a carga tributária elevada, é esperado que seja ofertado aos seus cidadãos acesso a serviços públicos de qualidade. Todavia, o que se constata no Brasil, a partir de uma reflexão dos rumos e resultados da política tributária é que, se uma elevada carga tributária não reflete uma melhor qualidade de vida para a população, é possível inferir que há significativos problemas na gestão dos recursos públicos<sup>100</sup> bem como existe também uma certa ilegitimidade na grande arrecadação estatal, que não tem a destinação que deveria, voltada aos fins sociais.

Em um estudo voltado para a relação da carga tributária em confronto com o retorno dos recursos à população em termos de qualidade de vida, realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), em sua edição de março de 2014, foi constatado que entre

---

<sup>97</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

<sup>98</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

<sup>99</sup> O Brasil está entre os 30 países de maior carga tributária do mundo. A despeito disso, oferta os piores serviços à população em termos de saúde, educação, transporte, segurança, saneamento, pavimentação das estradas e outros.

<sup>100</sup> SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia**. Natal, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p. 116.

os 30 países com a maior carga tributária, o Brasil continua sendo o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem estar da sociedade<sup>101</sup>.

Verifica-se, assim, que a arrecadação da tributação, fonte maior de receita do Estado, não tem sido devidamente utilizada para os seus principais objetivos e missões, que estão diretamente relacionados com a redistribuição de riqueza, a redução da pobreza e das desigualdades regionais, a concretização de direitos sociais e de Justiça Social por meio da utilização dos seus recursos prioritariamente em Políticas Públicas voltadas para esse fim.

Nesse contexto, os tributos passam a ser rechaçados pela sociedade brasileira, provocando sonegação fiscal, paraísos fiscais, ensejando execuções fiscais por parte do Estado, o que onera ainda mais a máquina pública, em decorrência lógica de que o custo do tributo é maior do que os benefícios da tributação – o retorno dele para a sociedade.

A tributação, segundo James Buchanan, seria justa quando o cidadão recebesse o valor pago em tributos sob a forma de serviços públicos durante a sua vida<sup>102</sup>.

A precariedade e a ineficiência dos serviços públicos no Brasil, como o serviço de saúde, de transporte, de educação, de previdência social, dentre outros, revelam o caos do sistema público, expressa a inaptidão, oriunda, sobretudo, da corrupção impregnada nos órgãos públicos e representantes políticos, na gestão dos recursos estatais em favor da sociedade, de forma que inexistente um retorno efetivo da alta carga tributária o que acaba por minar a real legitimidade da alta arrecadação estatal no país.

Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia se não houver atividade estatal efetiva que vise concretizá-los, visto que eles dependem da existência de recursos públicos já provenientes da alta carga tributária e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição de recursos.

Assim, defende-se que a tributação, por consistir na principal forma de arrecadação estatal, tenha uma relação direta com a promoção dos direitos sociais, uma vez que o poder de tributar é legitimado pelo alcance e consecução dos fins a que se destina a interferência estatal nos recursos dos seus cidadãos o que deve, então, servir para esses.

---

<sup>101</sup> Para a realização do estudo em questão, foi criado o IRBES – Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade, que é resultado da somatória da carga tributária, ponderada percentualmente pela importância deste parâmetro, com o IDH, ponderado da mesma forma. O estudo realizado pelo IBPT encontra-se disponível, na sua edição de março, em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1614/140403AsscomEstudo2014PIBversusIDH.pdf>

<sup>102</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Calienso Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica** / Paulo Calienso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 28.

Há também que se destacar a tributação como forma de alargamento da reserva do possível. Nesse caso, a tributação fornece os elementos para que os direitos fundamentais sejam realizados, expandindo a esfera de possibilidades de cumprimento desses direitos. Essa situação se realiza quando são criados tributos como modelo de financiamento de direitos sociais. Mas se os recursos arrecadados para esse fim forem desviados, estaremos diante de um caso de desvio de finalidade ou até mesmo de fraude legislativa<sup>103</sup>.

Ademais, além da combatida ilegitimidade da tributação brasileira quanto à ausência de retorno para a sociedade dos tributos pagos, deve-se também ser considerada a capacidade contributiva dos cidadãos carentes da sociedade, cuja escassez de recursos que possuem, em que pesem serem fundamentais para sua sobrevivência, também sofrem a incidência da alta tributação existente no país.

Em matéria tributária, mais do que em qualquer outra, tem relevo a ideia de igualdade no sentido de proporcionalidade, de forma que não se pode conceber que todos paguem o mesmo tributo, de forma que a patente existência de desigualdades materiais enseja o tratamento diferenciado na incidência dos tributos para indivíduos com capacidades contributivas diversas

Nesse contexto, verifica-se a incidência do princípio da isonomia, que determina que os iguais sejam tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. O princípio da capacidade contributiva vem enunciado no art. 145, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988. Alude que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A nosso ver, a incidência de uma mesma carga tributária sobre sujeitos passivos com condições econômicas diametralmente opostas fere o princípio da isonomia e da capacidade contributiva.

Além disso, como já demonstrado no contexto brasileiro, a alta carga tributária não resulta em investimento nos serviços e bens públicos, em melhorias e desenvolvimento social para os cidadãos. Associado a isso, a tributação, além de não possuir um retorno econômico e social significativo, ainda apresenta ausência de legitimidade e vícios de ilegalidade quando

---

<sup>103</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Calienso Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica** / Paulo Calienso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 28.

para alcançar a finalidade irrestrita de arrecadar, fere princípios basilares da tributação que é o da isonomia e da capacidade tributária.

A esse respeito, a partir de uma análise de Direito comparado, considerando a aplicação da tributação negativa na Alemanha, serão realizadas algumas proposições a seguir, sempre estimando prestar contribuições para a problemática discutida.

### 3.3 A JUSTIÇA SOCIAL E A TRIBUTAÇÃO NEGATIVA

A Constituição Federal Brasileira consagrou a Justiça Social como finalidade do Estado Democrático de Direito e previu diversos mecanismos para a sua configuração e alcance. Nesse contexto, “um dos debates mais importantes no Direito Constitucional hoje diz respeito à vinculação das diversas formas do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) aos chamados direitos fundamentais”. Trata-se de uma discussão fundamental em face de todos os problemas de justiça social encontráveis no Brasil, sendo a concentração histórica de renda um dos mais visíveis e problemáticos<sup>104</sup>.

Rawls concebia um sistema de Justiça distributiva que seria um sistema destinado a garantir, além dos bens mínimos do princípio da igualdade, também aqueles bens mínimos identificados com vantagens econômicas repartidas aos mais necessitados, considerando especialmente que em face da incerteza dos cidadãos, mesmo os mais abastados, em relação ao futuro – de forma que estes poderiam, um dia, padecer de carências materiais<sup>105</sup>.

A nomenclatura de justa a toda regra insculpida nas normas jurídicas reside na ideia de que os deveres por estas estabelecidos devem visar o bem comum. O conteúdo das leis, a atuação estatal deve convergir com as necessidades e interesses da sociedade.

A justiça social possui um papel essencial na formatação das relações sociais e econômicas no seio do Estado Brasileiro. O processo econômico deve assegurar a existência digna de todos os cidadãos. O Estado, assim, possui a obrigação de assegurar que a sua atuação, especialmente no poder de tributar, convirja para a realização da dignidade imanente a toda pessoa humana, para todos. Na Ordem Social, a justiça social aparece como valor-fim, onde o

---

<sup>104</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 51.

<sup>105</sup> CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais** / Ricardo Castilho – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

Estado deve atuar para promover a existência digna, valendo-se, para tanto, de mecanismos de justiça social e de justiça distributiva.

De maneira a contribuir com a dogmática jurídica brasileira e, sobretudo, com a discussão de grande relevância atinente à atuação estatal (comissiva ou negativa) no sentido de garantir e promover o bem estar e a justiça social aos seus cidadãos, suscite-se o estudo realizado na doutrina quanto a institutos do Direito Comparado, em específico, da Alemanha, que expressam uma atuação estatal limitada para garantia do mínimo existencial aos cidadãos alemães.

Na Lei Fundamental Alemã não existem direitos sociais, de cunho prestacional, expressamente positivados. Entretanto, a discussão relativa à garantia do mínimo indispensável para uma existência digna norteou o processo constituinte, bem como foi desenvolvida pela prática legislativa, administrativa e jurisprudencial<sup>106</sup>.

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de incidência fiscal e que ainda exige prestações estatais positivas. Na ausência do mínimo existencial debatido, desaparecem as condições de sobrevivência e de liberdade do homem. Defende-se, com ele, que a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual presos, doentes mentais, indigentes ou qualquer outro cidadão pode ser privado<sup>107</sup>.

Como já tratado em capítulo anterior, o mínimo existencial encontra compreensão em diversos princípios constitucionais, como o da igualdade, que assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que essa resulta da desigualdade social; o princípio da dignidade da pessoa humana; os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre outros. O direito em alusão postula prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exige a face negativa, consistente na impossibilidade imposta ao Estado de não invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência<sup>108</sup>.

Otto Bachof, já no início da década de 50, sustentou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade individual, mas especialmente um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais necessários a uma existência

---

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

<sup>107</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 69.

<sup>108</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 69.

digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Deve ser assumida pelo Estado uma postura que garanta a vida, a própria existência, pressuposto para os demais direitos fundamentais<sup>109</sup>.

Anos depois, o legislador alemão acabou regulamentando, no âmbito infraconstitucional, um direito a prestações no âmbito da assistência social (Lei Federal sobre Assistência Social). A manifestação e decisões do TCF Alemão, no sentido de garantir a prestação social aos necessitados, em respeito e promoção ao direito de assistência social e ao princípio da dignidade da pessoa humana, se deram no âmbito da problemática da justiça tributária.

Foi assegurado ao indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos necessários para a existência digna. Logo, a assistência social aos desamparados, por parte do Estado, se dava não apenas através de prestações positivas, mas sim na limitação da ingerência estatal na esfera da existência dos cidadãos, limitando materialmente o poder de tributar do Estado<sup>110</sup>.

Nesse contexto, a limitação material no poder de tributar do Estado, especialmente sobre o conteúdo patrimonial que pressupõe a existência mínima dos cidadãos, constitui-se, assim, em limitações estatais que de igual forma promovem a concretização dos direitos sociais.

Com vistas a garantir ainda mais o mínimo existencial à parcela da população carente, em que pese a existência da citada tributação negativa, que estima impedir a tributação, por parte do Estado, de valores que implicam no mínimo para a sobrevivência do cidadão, o estudo comparado do Direito Alemão ainda merece destaque.

O liberal Milton Friedman defendeu um sistema de renda mínima que seria capaz de seguir a lógica do mercado e auxiliar no combate à fome e à pobreza, tendo em vista ser inaceitável que uma parcela dos indivíduos fossem submetidos e subjugados a condições aviltantes de vida. Tratava-se de um imposto de renda negativo, através do qual seria estabelecida uma linha de pobreza determinada e todas as pessoas com rendimento abaixo do

---

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 21.

patamar fixado, teriam direito ao recebimento de um complemento financeiro, um imposto negativo, por parte do Estado<sup>111</sup>.

Nota-se o marco diferencial da citada teoria, diante da defesa em favor do mercado, do Estado e dos pobres. O mercado seria beneficiado com a injeção de recursos. O Estado se absteria de prover outros direitos sociais e rendas. Os pobres receberiam um subsídio em dinheiro para manter-se, que os incentivaria ao trabalho, pois para receber era necessário ser trabalhador<sup>112</sup>.

Observa-se, assim, a relação direta existente entre medidas que promovem a consecução dos direitos sociais e o poder de tributar do Estado, resultando em justiça tributária extremamente cabível e devida na tributação brasileira, especialmente pelo fato de ter-se no país uma das maiores cargas tributárias do mundo com o menor retorno para a sociedade.

Em respeito supremo aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, com a tributação negativa consistente: 1) na limitação material do poder de tributar do Estado sobre os valores que são necessários para a existência mínima dos cidadãos; e 2) na tributação negativa consistente na garantia de um complemento financeiro, um imposto negativo por parte do Estado para quem recebesse renda abaixo da linha de pobreza delimitada, tendo como condição o trabalho, de forma a desestimular o desemprego, a ociosidade, a estagnação social e a criminalidade da população mais carente, a assistência social do Estado prestada aos que dela carecem alcançaria sua legítima atuação.

Outrossim, como forma de fomentar o desenvolvimento econômico e social, o Estado propicia um benefício em dinheiro para manutenção desses indivíduos, benefício esse que possui um dado limite temporal e que tem como requisito basilar, como dito, o trabalho por parte de seu beneficiário. Isso incentiva o mercado ao circular renda e riqueza, fomenta o trabalho, ao condicioná-lo para a percepção do benefício, atende ao primado basilar da dignidade da pessoa humana e, ainda, respeita a capacidade contributiva do cidadão carente, ao não tributar nos valores mínimos necessários para a existência digna.

Convém fazer um confronto da proposta aludida com o benefício da “Bolsa Família” já existente no Brasil. É bem verdade que o referido benefício minimiza, de forma imediata, as consequências da exclusão social e possui, assim, o seu aspecto positivo consistente na transferência de renda para parcela da população desprovida de recursos necessários ao seu sustento – ideia de tributação negativa.

---

<sup>111</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Artenova, 2000, p. 159-162.

<sup>112</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Artenova, 2000, p. 160.

Entretanto, à luz do aludido benefício assistencialista, verifica-se que o mesmo, por não ter como requisito o trabalho do seu beneficiário, acaba fomentando a ociosidade e a estagnação, bem como dependência do governo, de um benefício cujo valor irrisório sequer é suficiente para a sobrevivência dos aludidos beneficiários. Deve, inegavelmente, no contexto brasileiro, haver um benefício que supra, de alguma forma, direitos básicos dos cidadãos abaixo da linha de pobreza sem, por outro lado, contribuir para que inexista o trabalho e o desenvolvimento dessas pessoas, tal como tem acontecido no Brasil. Nesse cenário, não se pode deixar de questionar se a intenção do governo é, senão, a de deixar grande parcela da população sem jamais se desenvolver, por meio de uma educação de qualidade e de trabalho para todos. Certamente, um mero benefício assistencialista que fomente aos seus beneficiários não trabalhar, contribuirá para a manutenção do domínio dos governantes e da alienação dos seus governados.

A limitação material do poder de tributar do Estado sobre os valores que são necessários para a existência mínima dos cidadãos e a tributação negativa consistente na garantia de um complemento financeiro, um imposto negativo por parte do Estado para quem recebesse renda abaixo da linha de pobreza delimitada, tendo como condição o trabalho e o desenvolvimento do cidadão, respeitando a dignidade, a capacidade contributiva, o princípio da isonomia e o mínimo existencial destes, a exemplo do que é aplicado no contexto Alemão, figura como medida necessária de aplicação no cenário nacional e é o que se propõe pelo trabalho em questão.

#### 3.4 A EXTRAFISCALIDADE DA TRIBUTAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Com a arrecadação de tributos, o Estado assegura os recursos necessários para garantir a realização do bem comum – razão da própria existência do Estado e, por conseguinte, tem os recursos que serão utilizados para concretizar os direitos sociais. Entretanto, constatou-se que a simples tributação destinada a arrecadação do Estado pretensamente direcionada para servir de fonte para esse custeio não tem sido suficientes para a real eficácia desses direitos, sobretudo em face da não aplicação, de forma prioritária, do produto da arrecadação estatal nas políticas públicas<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade como instrumento de efetividade, in Revista Brasileira de Direito, IMED, v. 8, n° 2, julho-dezembro-2012 – ISSN 2238-0604, p. 38. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acessado em 06/07/2015.

Considerando isso, estima-se discutir como a tributação pode servir de instrumento para a realização dos direitos fundamentais denominados de segunda e terceira dimensão, não apenas no tocante ao seu caráter arrecadatório, mas sim à extrafiscalidade, que também corresponde a um importante mecanismo para a referida concretização.

A atuação do Estado Brasileiro através da União e demais entes federativos na economia nacional, regional, estadual e municipal deve ser pautada, assim, na inconformidade com a realidade social e econômica que está posta para a sua administração, regulação e fiscalização. Deve haver a procura por mecanismos que modifiquem a realidade, uma vez que o legislador constituinte não implementou um Estado omissivo, neutro, de modelo Liberal.

Desde o preâmbulo da Constituição de 1988, vislumbra-se que foi instituído um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Está-se, assim, diante de um Estado que, no contexto econômico, deve criar mecanismos de modificação do sistema, como forma de garantir o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais, a consecução da dignidade da pessoa humana, o gozo dos direitos fundamentais.

Deve ser considerado que o Estado Brasileiro tem destinação e objetivos que constitucionalmente foram definidos na ocasião de sua instituição, tais como o exercício dos direitos sociais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos.

Ao elencar esses objetivos, o Poder Constituinte, com a legitimidade que lhe foi conferida pelo povo, determinou quais são os fins a serem conquistados, ou seja, conferiu identidade ao Estado brasileiro. Dessa forma, qualquer atuação ou omissão estatal em sentido contrário ao previsto neste artigo implica ilegitimidade, uma vez que este Estado foi instituído com legitimidade apenas para cumprir aquelas determinações<sup>114</sup>.

Sobretudo no plano econômico, não há razão de ser em um Estado cuja função seja apenas a de prover um esqueleto ou um limite dentro do qual as relações econômicas e sociais irão se desenvolver. Deve o Estado assegurar, através da regulação e fiscalização, se a iniciativa

---

<sup>114</sup> CABRAL, Indhira de Almeida; FRANÇA, Vladimir da Rocha. A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais in: **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a ótica do direito econômico** / organizadores: Fabiano André de Souza Mendonça, Vladimir da Rocha França, Yanko Marcus de Alencar Xavier. – Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 211.

privada e o mercado, bem como o desenvolvimento econômico buscado por esses tem se dado de forma a concentrar riquezas ou descentralizá-las. Além disso, deve o próprio ente estatal ser um agente social, não apenas intervindo nas relações privadas, mas instituindo políticas econômicas e públicas voltadas para a consecução da justiça social.

No tocante à regulação enquanto intervenção do Estado na economia e no livre funcionamento das leis do mercado tem-se, como exemplo notável, a criação de direitos econômicos para certos grupos de cidadãos e a conseqüente limitação de direitos de outros por meio da legislação trabalhista como limite à liberdade da empresa<sup>115</sup>.

Dessa forma, ultrapassado o Estado Liberal, não basta mais desestimular condutas moralmente negativas através de sanções jurídicas. O controle crescente da esfera privada requer que os indivíduos efetivamente realizem condutas impostas pelo Direito. O surgimento dos direitos administrativo e tributário revelam isso. O direito já não incide apenas para corrigir desvios da ordem social, mas passa a incidir de forma a controlar cada vez mais a ação humana<sup>116</sup>, com vistas a produzir resultados que realizem sua missão estatal e transformem a realidade social.

A intervenção dos poderes públicos é ditada pelos considerandos da justiça distributiva ou mesmo social, numa tentativa de controle e conformação dos resultados da atividade privada necessária à consolidação do mercado<sup>117</sup>.

Essa atuação estatal na esfera da iniciativa privada, adequando-a aos interesses sociais e regras de desenvolvimento econômico e social estabelecidas na Constituição Federal de 1988 acaba por contribuir com a missão institucional legitimadora do Estado Democrático de Direito de assegurar o exercício e gozo dos direitos sociais, numa sociedade justa, fraterna e igualitária.

O Estado Democrático de Direito deve, sob a ótica dos mandamentos constitucionais, possibilitar o acesso generalizado aos seus cidadãos dos bens e direitos de caráter fundamental, de maneira que tais metas só podem ser alcançadas com a intervenção do Poder Público no âmbito econômico. Ao atuar na esfera privada, regulando-a e adequando-a aos interesses sociais, bem como afastando-a da mera produção e acumulação de riquezas, o Estado acaba assumindo a sua impossibilidade de atender diretamente à totalidade das necessidades básicas da população.

---

<sup>115</sup> SANCHES, J. L Saldanha. **Direito Econômico – Um projecto de Reconstrução** – Coimbra Editora, 2008, p. 90.

<sup>116</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação** – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 296.

<sup>117</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 4<sup>o</sup> edição, revista e atualizada. Coimbra editora, 2003, p. 35.

Nota-se ainda que a regulação pode ser uma forma de redistribuição do rendimento e essa redistribuição pode ser um objetivo constitucional. A regulação tem a sua vertente constitucional quando a tratamos na perspectiva da criação de direitos econômicos ou sociais por meio de uma decisão pública – normalmente, uma decisão legislativa – implicando, deste modo, qualquer restrição de direitos de uma sempre existente contraparte: tem essa restrição como condição necessária, não podendo ter lugar sem que essa restrição aconteça<sup>118</sup>.

A extrafiscalidade, diluída na fiscalidade, exerce variadíssimas tarefas de política económica, competindo-lhe, entre outras: o desestímulo ao consumo de certos bens nocivos à saúde, como o álcool e o fumo, objeto de incidência seletiva do IPI e do ICMS; o incentivo de consumo de determinadas mercadorias, como o álcool carburante após a crise do petróleo, a inibição de importação de produtos industrializados, dentre outros<sup>119</sup>.

Por exemplo, impõe-se a necessidade de reduzir a carga tributária incidente sobre o trabalho, especialmente sobre aqueles setores da economia que ainda são fortemente caracterizados pela mão de obra intensiva. Para aprimorar essa medida extrafiscal e primar ainda mais pela dignidade, essa redução poderia estar condicionada a uma gradativa melhora nas condições de trabalho dos empregados<sup>120</sup> ou ainda no aumento da remuneração dos trabalhadores.

A redução da carga tributária incidente sobre o trabalho fomentaria o aumento dos vínculos formais e, por conseguinte, a concretização desse direito social e é importante registrar

---

<sup>118</sup>A esse respeito, registre-se que quando a atribuição de direitos sociais se faz através de regulação, esta vai atuar quase sempre através da limitação do funcionamento espontâneo da economia, com deveres de prestação que criam direitos a certos conjuntos de cidadãos, mas cuja satisfação cabe não só ao Estado, mas a outros cidadãos, especialmente quando eles agem em forma de empresa. Por exemplo, uma empresa de transportes rodoviários é obrigada a introduzir em sua rota uma comunidade com poucos habitantes, para que estes disponham de um transporte público e apesar do caráter não lucrativo desta carreira. Dessa forma, ao invés de uma prestação pública que seria financiada pelo imposto, temos um dever imposto a uma empresa, com a correspondente oneração económica. O legislador procede a uma arbitragem entre as várias formas possíveis dessa atuação privada, através da imposição de deveres de solidariedade, atuação essa subsidiada por tributos ou, em alternativa, pela própria esfera privada. Em todos esses casos, estamos diante de direitos sociais e de deveres de prestação da comunidade em nome da solidariedade e da dignidade humana, conforme SANCHES, SANCHES, J. L Saldanha. **Direito Económico – Um projecto de Reconstrução** – Coimbra Editora, 2008, p. 82.

<sup>119</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18<sup>o</sup> edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 187. Conforme esse autor, “A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, ela se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista dos tributos e, de outro lado, permanece como categoria autónoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias”.

<sup>120</sup> BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade como instrumento de efetividade, in **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, n<sup>o</sup> 2, julho-dezembro-2012 – ISSN 2238-0604, p. 62. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acessado em 06/07/2015

que fenômeno extrafiscal não provocaria prejuízos à previdência social, em face do constatado superávit da Previdência nos últimos anos<sup>121</sup>.

No tocante ao direito à saúde, poderia haver a redução da carga fiscal incidente sobre medicamentos ou alimentos considerados como essenciais à manutenção básica da saúde, tributando mais, medicamentos e alimentos com efeitos nocivos à saúde dos cidadãos<sup>122</sup>.

O direito social a educação, por sua vez, receberia maior efetividade, com a contribuição indireta do Estado, por meio de política extrafiscal de conceder benefícios e incentivos fiscais que podem ser ofertados aos setores da economia que investem em educação.

---

<sup>121</sup> Conforme Ovídio Palmeira Filho, Presidente da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social, se considerarmos que a Previdência Social no Brasil retira da linha de pobreza algo em torno de 18 milhões de pessoas, não teremos dúvida em classificar o sistema previdenciário como um empreendimento de vulto, cuja primeira consequência é a de minorar os riscos de uma convulsão social num País que, apesar de seu potencial, acumula uma dívida social indigna da riqueza do solo brasileiro. E se considerarmos - por isso mesmo - a Previdência Social, como um empreendimento, veremos que poucos empreendimentos no Brasil resistem à campanha de desgaste de imagem sofrido pela instituição previdenciária ao longo de todos esses anos. Fator de sobrevivência de milhares de municípios brasileiros, a Previdência Social - ao contrário do que se diz -, tem uma contabilidade tão robusta que resiste a um calote superior a R\$100 bilhões, algo inimaginável no orçamento de qualquer empresa. Da mesma forma, não se pode considerar como falimentar um instituto - como o INSS - que paga, mensalmente, R\$5,8 bilhões a 19,8 milhões de aposentados e pensionistas de todo o País. E ao contrário também do que se diz, há, sim, dinheiro suficiente para pagar todo esse pessoal. Em resumo: adaptando-se a nossa linguagem ao jargão capitalista, temos uma "empresa" com 19,8 milhões de "empregados", que consomem R\$5,8 bilhões mensais do orçamento, embora a dívida dos "clientes" para com essa empresa seja superior a R\$100 bilhões. Haja robustez e capacidade de sobrevivência. Mas o mais impressionante ainda está por descrever. Além de ter toda essa "clientela" a pagar todo mês e de ter de aguentar essa quantidade imensa de inadimplentes que não cumprem com suas obrigações, a Previdência Social brasileira ainda ajuda o Brasil a pagar as dívidas acumuladas pelo País ao longo de sucessivos governos - ou desgovernos. Isso vem ocorrendo há algum tempo e dá margem à versão - injuriosa e difamatória - sobre o suposto déficit da Previdência Social que, na verdade, não é resultado de nenhuma indigência financeira de seus cofres, mas das vultosas verbas que são desviadas dos fins para os quais estão vinculadas. Em outras palavras: o déficit na verdade é superávit, apesar de tanta gente a ser paga e de tanto devedor que a Justiça até hoje não executou. Na verdade, os saldos positivos da Seguridade Social são significativos desde 2000. Os valores monetários desses saldos mostram o tamanho da contribuição da Seguridade Social para a política de ajuste fiscal do Governo. No período de 2000 a 2004 foram utilizados recursos da Seguridade Social da ordem de R\$165 bilhões para contribuir no superávit primário da União.

Estudos promovidos pela Anfip com base em dados oficiais demonstram que no ano de 2003 houve uma pequena redução no superávit, fruto de maior alocação de recursos nas ações de combate à pobreza. Já em 2004, o superávit voltou a crescer em função da expansão das metas fiscais.

Para entender melhor a situação, temos de analisar a problemática da Seguridade Social sob duas óticas: a primeira, incluindo os recursos da Desvinculação das Receitas da União (DRU), e a segunda, excluindo esses mesmos recursos.

Analisando as receitas e despesas da Seguridade Social, com o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), verifica-se um saldo positivo da ordem de R\$42,53 bilhões. Entretanto, esse saldo foi alocado nas ações de governo para aumentar o superávit primário da União e realizar pagamento de outras despesas, tais como encargos da dívida e folha de inativos e pensionistas de outros ministérios.

Vale enfatizar que todos esses recursos foram contemplados no Orçamento Geral da União e, portanto, estão legitimamente constituídos. Entretanto, na prática, a sua execução vem contrariando o conceito constitucional de Seguridade Social, segundo esses mesmos estudos da Anfip. Disponível em: <http://www.sindipetromg.org.br/artigos1.php?id=185>. Acessado em 09/07/2015.

<sup>122</sup> BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade como instrumento de efetividade, in **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, n° 2, julho-dezembro-2012 – ISSN 2238-0604, p. 63. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acessado em 06/07/2015.

Por exemplo, pode haver uma dedução no imposto de renda e na contribuição social sobre os lucros das empresas dos valores investidos em educação, na formação dos seus funcionários<sup>123</sup>.

Assim, considerando que a simples atividade tributária estatal, consistente na arrecadação de recursos para custear o Estado e, sobretudo, as prioridades e metas constitucionais, não são os mecanismos exclusivos para a contribuição proposta para a concretização dos direitos sociais, a extrafiscalidade ganha força e importância expressiva, pois constitui mecanismo indireto estatal que revela aptidão para contribuir para a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Defende-se, assim, que o sistema tributário seja moldado, levando-se fortemente em consideração o interesse humano<sup>124</sup>, de forma a utilizar os recursos estatais advindos da tributação, bem como os mecanismos disponíveis através da extrafiscalidade, para a promoção de condições mínimas de existência dos cidadãos, indistintamente.

---

<sup>123</sup>BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade como instrumento de efetividade, in **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, n° 2, julho-dezembro-2012 – ISSN 2238-0604, p. 64. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acessado em 06/07/2015

<sup>124</sup> BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade como instrumento de efetividade, in **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, n° 2, julho-dezembro-2012 – ISSN 2238-0604, p. 66. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acessado em 06/07/2015

## **4 A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Os direitos fundamentais sociais, objeto central do presente estudo, exigem para a sua concretização, prestações positivas por parte do Estado que possibilitem melhores condições de vida para os menos favorecidos.

A problemática que está sendo tratada especialmente na perspectiva de propor soluções, envolve a omissão estatal, o desvio de finalidade, a adoção de prioridades equivocadas em matéria orçamentária por parte do Estado, que confrontam as prioridades elencadas pelo constituinte originário relativas à garantia jurídica e material dos direitos sociais.

Nesse contexto, o controle orçamentário será abordado como mecanismo que viabiliza e contribui para a concretização dos direitos em comento no Brasil. Assim, serão analisadas as competências relativas à matéria orçamentária, destacando a incumbência do Poder Executivo para gerir os recursos públicos.

Por sua vez, o princípio da divisão dos poderes, na concepção originária de Montesquieu, servirá de plano teórico para destacar como legítima e necessária à intervenção e o controle da sociedade, do Poder Judiciário e do Ministério Público quanto ao orçamento público e a promoção dos direitos em alusão, preferencialmente em ações coletivas em detrimento das demandas individuais, com o fito de alcançar um maior número de cidadãos, conferindo maior justiça e menor custo e o controle social, como forma de garantir que a destinação conferida ao orçamento público observe as diretrizes, direitos, garantias e determinações esculpidas na Constituição Federal de 1988.

### **4.1 DIREITOS SOCIAIS, CUSTO DO DIREITO E O ORÇAMENTO PÚBLICO**

Como já exposto no capítulo introdutório que delimitou o objeto de estudo, tem-se que nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Nesse ínterim, tais direitos foram definidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, equivalendo estes a prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais

desiguais<sup>125</sup>. Nessa esteira, é cristalina a prestação estatal a que equivalem os direitos sociais, que são materializadas pelas políticas públicas.

As políticas públicas tem sua razão principal de existência nos direitos sociais, visto que esses direitos, em sua maioria, apenas se concretizam por meio de prestações positivas do Estado<sup>126</sup>.

Os direitos sociais, objeto das políticas públicas, não equivalem a um direito de igualdade, muito pelo contrário, resultam em um direito de preferências e um direito das desigualdades, com medidas discriminatórias, de forma a compensar as desigualdades e injustiças existentes. Trata-se de um direito de cunho discriminatório positivo que pretende possibilitar o acesso à oportunidades que são devidas a todos<sup>127</sup>.

Não obstante a previsão constitucional definindo a aplicabilidade imediata dos direitos sociais e ainda, embora estes correspondam ao principal pressuposto da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais no Brasil carecem de concretização.

Na condição de prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais, em sua maioria, demandam recursos e um custo estatal para a sua promoção. É exatamente em razão de sua violação, especialmente decorrente da ausência de priorização de recursos estatais para políticas públicas, que se faz necessária a análise dos direitos sociais do ponto de vista econômico, no que toca à alocação e execução de recursos públicos destinados à promoção desses direitos.

Eis, então, a pertinência e a necessidade da abordagem do orçamento público, desde sua a proposta legislativa, durante a tramitação da proposta de lei orçamentária no poder legislativo à sua execução pela Administração Pública, como forma de fiscalizar e garantir que recursos materiais sejam destinados para a concretização dos direitos em questão.

Evidencia-se que os direitos sociais dotados de essencialidade não são devidamente priorizados, em matéria de orçamento público, pelo legislativo e executivo. Nesse sentido, diante do desafio jurídico-constitucional, político e social, de conferir força normativa aos princípios da Constituição Federal, definidores de direitos e garantias fundamentais, em especial, aos direitos sociais, é pertinente a análise econômica do direito, do orçamento público, da possibilidade e formas de controle e intervenção no aludido orçamento.

---

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 286.

<sup>126</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Editora Saraiva, p. 90.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 283.

A análise do custo do direito também implica em perseguir o emprego dos recursos do Estado de forma eficiente, com o fim de atingir o maior número de pessoas, com o mesmo recurso<sup>128</sup>.

Nesse contexto, o aspecto econômico do Direito contribui para o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades para os gastos estatais, estimando alcançar a um maior número de beneficiários, o que será mais justo e compatível com a ordem constitucional.

Ainda quanto ao custo dos direitos sociais, costumeiramente, em demandas judiciais em que se discute a sua promoção, o Estado suscita que inexistem recursos e que sua atuação está adstrita ao princípio da reserva do possível.

Entretanto, uma decisão judicial que lhes impõe tal obrigação de forma direta e com vistas à responsabilização pessoal do agente político é capaz de promover a destinação de recursos públicos, antes, supostamente inexistentes, para a concretização de direitos sociais. Já resta constatado que a problemática reside na ausência de vontade política, de eficiência, de moralidade e de legalidade na atuação da Administração Pública<sup>129</sup>.

O planejamento do Estado, no orçamento e a devida alocação dos recursos públicos para a promoção dos mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais é uma necessidade.

É inegável que a Constituição determina ao Estado a implementação dos direitos sociais, associado a um grau de assistencialismo social e isso não poderia ser diferente em face da preocupação do constituinte originário com um modelo de Estado voltado à Justiça Social<sup>130</sup>. É nesse sentido que será analisado o orçamento público como forma de promover, a partir das conclusões obtidas, mecanismos de concretização dos direitos sociais no Brasil.

---

<sup>128</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52.

<sup>129</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

<sup>130</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

## 4.2 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com vistas a perseguir o objetivo de promover o controle do orçamento como mecanismo de concretização dos direitos sociais, serão analisadas as disposições constitucionais relativas à matéria orçamentária, trazendo a competência de cada poder para a alocação dos recursos públicos voltados à adoção de políticas públicas.

Frise-se, nesse prelúdio da questão orçamentária, que a disciplina básica do orçamento público é estabelecida pela própria Constituição, que estampa princípios e regras que tratam da receita e da despesa, desde a autorização para a cobrança de impostos até a previsão para a despesa e gastos públicos<sup>131</sup>.

Num primeiro momento, devem ser analisadas as disposições gerais quanto à iniciativa e à tramitação da proposta orçamentária. O artigo 24, II, da CF/88 preleciona que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre orçamento. O artigo 48, por sua vez, dispõe a competência do Congresso Nacional para dispor sobre todas as matérias de competência da União e, especialmente sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (inciso II, art. 48), não podendo inclusive ser objeto de delegação a competência epígrafa, conforme dispõe o art. 68, parágrafo 1º, III, CF.

O poder do executivo teve sua competência em matéria orçamentária limitada pelo constituinte originário, em face da imposta vedação de legislar, através de medida provisória, sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (artigo 62, parágrafo 1º, I, d). No tocante à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, essa ficou a cargo do Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, nos moldes do artigo 70 da CF.

O artigo 74 da CF dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade, dentre as previstas, de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados atinentes à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira.

---

<sup>131</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 171. Conforme o referido autor: “A Constituição Orçamentária constitui o Estado Orçamentário, que é a particular dimensão do Estado Democrático de Direito apoiada nas receitas especialmente a tributária, como instrumento da realização das despesas públicas”.

Dentre as atribuições privativas do Presidente da República e do chefe do executivo, quanto aos demais entes federados, têm-se a de enviar ao Poder Legislativo o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previsto nesta Constituição (art. 84, XXIII, da CF/88).

Em observância às normas constitucionais pertinentes à matéria, verifica-se que um papel de destaque no âmbito da repartição de competências orçamentárias e financeiras é atribuído ao poder executivo, sobretudo por ser este o poder incumbido de propor e de executar os principais mandamentos constitucionais atinentes à promoção dos direitos sociais, de caráter fundamental, através da implementação de políticas públicas.

Ao poder legislativo compete discutir e aprovar as propostas orçamentárias oriundas do poder executivo, com atuação ativa no planejamento do governo e na definição das políticas públicas que serão adotadas pelo executivo. Registre-se, todavia, que as escolhas são previamente realizadas pelo executivo e esboçadas em sua proposta orçamentária enviada ao legislativo<sup>132</sup>.

O Projeto de lei orçamentária representa a moldura institucional para a atuação da administração pública. É nele que são determinadas as metas, programas de duração continuada, diretrizes e outros aspectos importantes da atuação estatal. O detalhamento de tais metas e diretrizes se opera no plano da lei de diretrizes orçamentárias.

Muito embora se verifique que a Constituição Federal privilegiou, em matéria financeira e orçamentária, a atuação do poder legislativo, na prática, não há essa prevalência, com efeito, em face da conduta passiva do legislativo diante do domínio do quadro político verificado. São exemplos de tal passividade legislativa a concessão de autorizações antecipadas e a ausência de óbices para a obtenção de autorizações específicas por parte do poder executivo<sup>133</sup>.

Nesse contexto de domínio político exercido pelo Executivo e permitido pelo Legislativo em troca de favores políticos, a atuação dos citados poderes não está pautada nos interesses sociais e mandamentos constitucionais, de forma que a interferência do Ministério Público e do Poder Judiciário é plenamente legítima e cabível, sobretudo na conjuntura hodierna do constitucionalismo brasileiro.

---

<sup>132</sup> DALLAVERDE, Alessandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 70-71.

<sup>133</sup> DALLAVERDE, Alessandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 107.

É bem verdade que os recursos do Estado não são limitados e exatamente por esse motivo deve haver uma correta e cautelosa elaboração do orçamento e das diretrizes de execução orçamentária. As prioridades a serem assumidas pelo administrador e legislador, em sua atuação, já estão elencadas pela Constituição Federal e, por isso, não podem ficar a cargo de escolhas políticas e partidárias do administrador ou legislador derivado, em despreço e confronto ao determinado pelo constituinte originário.

A titularidade da gestão financeira do Estado foi conferida ao Poder Executivo, conforme preconiza a Constituição Federal de 88. O Estado, através do planejamento e da gestão financeira, é o principal promotor do desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento e execução orçamentária, o Estado deve atuar de forma muito ampla para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, reduzir as desigualdades sociais e regionais, integrar social e politicamente a totalidade da população<sup>134</sup>.

Verifica-se, com base nas disposições constitucionais pertinentes, que embora os poderes possuam sua autonomia orçamentária, ao poder executivo restou a incumbência de elaboração de proposta geral. Logo, reside na esfera do poder executivo a competência para instauração do processo de formação das leis orçamentárias em geral.

Mais uma atribuição do poder executivo merece nota e consta no artigo 8º da lei de responsabilidade fiscal. O citado dispositivo determina que em até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea “c” do inciso I do artigo 4º, o poder executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Não se pretende afrontar a titularidade do executivo, estabelecida pela Constituição Federal, para a gestão financeira do Estado. Todavia, nota-se que a proposta, a gestão e a execução orçamentária tem se desviado da finalidade investida de interesse público, ao não conferir recursos prioritários e razoáveis para as políticas públicas.

Existem mecanismos de flexibilidade do executivo, que inclusive possibilitam que este se afaste das disposições da lei orçamentária, conferindo-lhe ampla autonomia, através, por exemplo, de créditos adicionais, de reserva de contingência e contingenciamento de despesas. Entretanto, na utilização desses mecanismos e da gestão orçamentária, notam-se manobras

---

<sup>134</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158.

políticas relativas à aprovação de certas matérias de interesse do executivo em troca de liberação de verbas para os parlamentares, que subsidiam apoio político e corrupção<sup>135</sup>.

Esse é o denominado presidencialismo de coalizão, que pode ser verificado como prática do sistema presidencialista, comum nos países sul-americanos. Segundo Abranches, o presidente conquista bases de apoio no congresso nacional a partir da nomeação de membros dos partidos com representação no congresso nacional em cargos de ministros de Estado, dentre outros. Em troca, terá os votos suficientes para a aprovação de sua proposta orçamentária, independente da vinculação dessa ao interesse público e do atendimento dos parâmetros constitucionais<sup>136</sup>.

Há uma verdadeira barganha entre esses dois poderes que são os principais responsáveis por zelar pelo efetivo cumprimento dos direitos sociais. Em detrimento de tal função essencial a sociedade, a aludida barganha política concernente a um verdadeiro jogo de interesses, consiste em, de um lado, o legislativo aprovar as medidas do governo e do outro, o executivo liberar recursos para o custeio de emendas orçamentárias que atendam às suas respectivas bases eleitorais<sup>137</sup>.

Nesse sentido, tornou-se frequente o aumento do valor das liberações de recursos quando há a iminência de votação de alguma matéria de interesse do executivo, como ocorreu com a CPMF, cuja votação em 2007 fez com que o governo aumentasse significativamente a liberação das emendas parlamentares. Registre-se a importante proposta de alteração, que tramita no congresso nacional, corresponde a PEC 22/200, cujo escopo principal é tornar obrigatória a programação constante na lei orçamentária, diminuindo a discricionariedade do executivo<sup>138</sup>.

Vislumbra-se, dessa forma, o abuso da discricionariedade administrativa na gestão do erário público, dissociado dos reais interesses da sociedade. Por esse motivo, pode-se afirmar que não há administração pública democrática, ou seja, uma administração e governo exercidos para o povo, sem controle. O controle da atuação da administração pública representa um dos meios mais hábeis para garantia do acesso à ação estatal<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> DALLAVERDE, Aleksandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 114.

<sup>136</sup> ABRANCHES, Sérgio. **Reforma política no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007, p. 113.

<sup>137</sup> DALLAVERDE, Aleksandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 164.

<sup>138</sup> DALLAVERDE, Aleksandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 167, 173-174.

<sup>139</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 04.

Isso porque nem sempre quem ocupa cargos nos órgãos públicos respeita e honra o dever da boa-fé e eficiente administração, quebrando a ordem jurídica para a satisfação dos interesses divorciados dos anseios da sociedade<sup>140</sup>.

O orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. Entretanto, a flexibilidade consistente no poder de não gastar encontra limitações na Constituição, quando essa flexibilidade não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento, tão pouco autoriza a realização de despesas sem a previsão orçamentária<sup>141</sup>.

Nessa esteira, a adoção de um orçamento impeditivo possibilitaria uma maior efetividade às atribuições conferidas aos agentes políticos, pela Constituição Federal. Um orçamento de execução, em princípio obrigatória, cria o dever de que as dotações previstas e não contingenciadas, conforme o devido processo orçamentário, sejam aplicadas em sua totalidade pela autoridade pública.

Importa suscitar o exemplo verificado no direito norte-americano, que consiste na distinção do procedimento das despesas discricionárias e obrigatórias. Os gastos discricionários são anualmente aprovados pela proposta de orçamento apresentada ao legislativo ao passo que os gastos obrigatórios já estão estabelecidos em leis de caráter permanentes, que devem ser dissociadas de vontade e barganha políticas.

As metas, diretrizes e recursos necessários à concretização dos direitos sociais devem ser previstas no orçamento impolítico exposto em leis permanentes, de forma a constituir uma dupla garantia e imposição para que os direitos dotados de essencialidade sejam promovidos através do investimento necessário nas políticas públicas.

A margem de subjetividade que o ordenamento jurídico reconhece no ato administrativo não encontra-se disponível ao livre arbítrio do administrador. No Estado Democrático de Direito não há ação estatal que possa ser legítima se estiver em confronto com os ditames legais.

É importante dizer que a discricionariedade administrativa, entendida como uma margem de subjetividade que o ordenamento jurídico reconhece no ato administrativo não está condicionada ao livre arbítrio do administrador. Se a discricionariedade, seja em que esfera do

---

<sup>140</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 05.

<sup>141</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 376.

Estado for, romper suas fronteiras delimitadas pela lei, ela será inválida enquanto processo de decisão<sup>142</sup>.

No âmbito do regime jurídico-administrativo, o poder-dever discricionário consiste na prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico à administração pública, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo<sup>143</sup>.

Não em vão a atividade administrativa possui como princípios basilares o princípio da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. Dessa maneira, a atuação do administrador não pode violar as diretrizes citadas, agindo em detrimento do interesse público ou violando a este, a favor de interesses pessoais, particulares.

O texto constitucional brasileiro afirma no art. 1º, parágrafo 1º, que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, de forma que as atividades administrativas nada mais são do que o cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, em seguida, na lei<sup>144</sup>.

O espaço para a utilização do juízo de discricionariedade pela Administração Pública só é admitido se houver uma norma jurídica que lhe confira tal poder. Ocorre que quanto aos direitos sociais, a Constituição Federal não confere à Administração Pública possibilidade ou espaço para discricionariamente decidir concretizar ou não os direitos sociais. A discricionariedade reside na forma de adoção das políticas públicas e na escolha dos mecanismos que o Estado dispõe para alcançar a finalidade já determinada pelo legislador.

Não compete ao administrador fazer juízo de oportunidade para um fim político-econômico posto no texto normativo, ou seja, não há espaço para uma apreciação subjetiva do administrador no que foi politicamente esgotado pelo legislador.

Nessa área, não incide manifestação discricionária nenhuma. Isso porque haverá de reconhecer-se uma priorização no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expresso desejo do Constituinte de 1988 em erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), bem como serem objetivos fundamentais dessa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Dessas normas, insertas no Título I (dos Princípios Fundamentais), decorre a

---

<sup>142</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46.

<sup>143</sup> MEIRELLES, 1995, *apud* FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92.

<sup>144</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. Malheiros: 2000, p. 12.

primazia dos direitos sociais. A concretização dos novos direitos fundamentais é de ser reputada, sem sombra de dúvida, obrigação constitucional dos entes políticos<sup>145</sup>.

Desse modo, deve-se compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias, evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades, assim como obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais, isso porque o orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Executivo<sup>146</sup>.

Assim, em matéria orçamentária, para a validade e legalidade dos atos administrativos, não é suficiente que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado<sup>147</sup>.

Uma vez que a atividade administrativa é desempenho de função e dado que função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso a sua finalidade, resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres como as do direito privado. Significa o dever jurídico funcional de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providencia, isto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicada<sup>148</sup>.

Observa-se, assim, que em matéria orçamentária – que constitui como determinante para a concretização dos direitos sociais, a administração pública não dispõe de discricionariedade para fugir da finalidade específica traçada pelo constituinte originário. Deve a administração, no âmbito da discricionariedade que lhe for inerente, acertar as providências

---

<sup>145</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In **Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

<sup>146</sup> CLÉVE, Clémerson Merlen. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3. Curitiba, 2003, p. 299.

<sup>147</sup> TÁCITO, 1997, *apud* FRANÇA, **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 101.

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. Malheiros: 2000, p. 47.

que devem ser adotadas para a satisfação do interesse público preconizado na norma que regula e determina a atuação estatal.

Logo, não há discricionariedade, possibilidade de utilização de juízos de conveniência e arbitrariedade da Administração Pública quando se trata de concretização de direitos sociais, uma vez que o Estado possui o dever constitucional de concretizá-los, cabendo uma margem de discricionariedade apenas na forma de fazê-lo, mas sem distanciar-se da finalidade previamente prevista pelo legislador, perante a qual a administração deve ater-se em sua atuação.

Do contexto norte-americano, extrai-se ainda, com vistas à incorporação no sistema constitucional brasileiro, o rígido procedimento para o contingenciamento de despesas acima dos percentuais previamente definidos pela lei e com valor bem abaixo do valor previsto para os entes federados no Brasil. Assim, objetivando reduzir o superdimensionamento do executivo, este poder teria que obter a autorização legislativa para o cancelamento definitivo e o adiamento de despesas previamente estabelecidas na lei orçamentária<sup>149</sup>.

Pelo exposto, o orçamento impositivo e a limitação do contingenciamento de despesas pelo Executivo devem ser adotados no Brasil, afinal, não há dúvidas quanto à necessidade de sua implementação.

#### 4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA REVISITAÇÃO

Todo homem que tem Poder é levado a abusar dele e o faz até encontrar limites. Por isso se faz necessária a divisão dos poderes, para que cada poder freie o outro e impeça o abuso por parte deste<sup>150</sup>.

Montesquieu, por se basear sempre na indução, conhecia os problemas do abuso de poder e da divisão dos poderes e por isso mesmo constatou que em muitos Estados o abuso inexistia ou era mitigado por uma divisão de poderes.

---

<sup>149</sup> DALLAVERDE, Alexsandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 221.

<sup>150</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes** / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota – 2º ed. – São Paulo: Saraiva, 1992, p. 24.

Cada poder, para ser independente e conseguir frear o outro, necessita de certas garantias constitucionais que não são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre os poderes e desestabilização do governo<sup>151</sup>.

Constata-se que o princípio da separação dos poderes, cuja gênese está na divisão de poderes concebida por Montesquieu, teve como finalidade fazer com que cada poder freie o outro e impeça o abuso de poder por parte deles. Dessa forma, o princípio em comento deve seguir a essa mesma concepção ideológica da divisão dos poderes, conferindo a cada um funções específicas, com o intento de descentralizar o poder para evitar e combater o seu abuso.

Verifica-se que assiste coerência e plena sintonia a interferência de um dos poderes da federação, quer seja o judiciário, quer seja o legislativo ou executivo, no exercício das funções do outro poder, quando houver manifesto abuso no exercício do poder.

Na esfera dos direitos sociais, que pressupõem a adoção de políticas públicas por parte do Poder executivo, há patente desvio e abuso de poder quando a Administração Pública viola a Constituição Federal que esculpiu suas funções de gerenciar os recursos públicos na promoção do bem de todos e na concretização do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais.

Assim, a intervenção de um poder sobre o outro poder que revela abuso encontra respaldo na própria concepção originária da divisão dos poderes ou princípio da separação dos poderes de Montesquieu.

Dessa maneira, há de ser revisitada a concepção do princípio em comento que tende a afastar e conceber ilegítima a intervenção de um poder em outro, especialmente quando há desvio e abuso.

Nesse ínterim, é preciso assegurar ao cidadão o direito de se sentir coadjuvante da administração e isso passa pela limitação dos poderes do Estado. O Estado é supremo enquanto cumpra os seus misteres em favor do cidadão, individual ou coletivamente<sup>152</sup>. A sintonia do exercício dos poderes estatais em favor do cidadão pressupõe a sua fiscalização e limitação.

O princípio da separação dos poderes não implica na imunidade destes a qualquer interferência ou controle exercido pelos demais poderes, especialmente quando essa interferência ocorre diante de um abuso e em favor de um interesse maior, o interesse social, em observância e apreço ao interesse comum.

---

<sup>151</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes** / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota – 2º ed. – São Paulo: Saraiva, 1992, p. 27.

<sup>152</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 15.

Bonavides indica que Montesquieu não apenas reconheceu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como também se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concertos e interferências, visto que a sua imobilidade contraria o movimento necessário à ordem social<sup>153</sup>.

Canotilho destaca, por seu turno, a tendência de considerar que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito consistente na atribuição de Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados. Aduz que mais do que separação, verdadeiramente se tratava de combinação de poderes<sup>154</sup>.

Inicialmente, destaque-se que a autonomia financeira e orçamentária dos poderes não significa que inexista controle sobre a administração e execução do seu orçamento. A própria Constituição Federal, no seu artigo 70, trata desse controle, como já demonstrado. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de igual forma, tem reconhecido a sua legitimidade.

É incontroverso que a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade. Todavia, quando há uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador ou administrador, da incumbência constitucional, como já exposto, a intervenção é legítima e necessária.

Portanto, o princípio da divisão ou separação dos poderes respalda e legitima a intervenção judicial quando se trata de desvio ou abuso de poder, revelados na ausência de prestação dos serviços básicos no Estado Democrático de Direito, em razão da patente escusa dos Poderes Legislativo e Executivo em cumprir os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais.

Não podem os direitos sociais ter sua concretização condicionada à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, que como já exposto, fora concebido originalmente para garantia dos direitos

---

<sup>153</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2008, p. 161.

<sup>154</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, Editora Almedina, 2003, p. 110.

fundamentais e para evitar abuso de poder, pudesse ser utilizado como óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais<sup>155</sup>.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais – direitos que pressupõem prestações materiais pelo Estado depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis. Normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Todavia, eles não estão sujeitos ao crivo discricionário dos poderes competentes.

Dessa forma, embora resida nos poderes legislativo e executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se necessária, inclusive em apreço ao princípio da divisão dos poderes que se destina a evitar abusos de poder, a intervenção social, do Ministério Público e do Poder Judiciário para neutralizar os abusos decorrentes da omissão inconstitucional da Administração Pública.

Assim, conforme será visto, é possível e plenamente cabível a atuação do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público e da própria sociedade, para que sejam implementadas políticas públicas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional<sup>156</sup>.

A fiscalização, controle e intervenção do Ministério Público, a provocação e intervenção do Poder Judiciário e o controle social no âmbito do orçamento e das políticas públicas, instrumentalizados especialmente por demandas individuais e coletivas, serão abordados a seguir, como fenômenos necessários para neutralizar os efeitos lesivos da omissão estatal, perseguindo o fim de concretização dos direitos fundamentais sociais.

#### 4.4 A INTERVENÇÃO E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO EM SUA FASE DE PROPOSTA E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

O termo controle ingressou na linguagem constitucional brasileira a partir de 1964, após a sua universalização no direito orçamentário francês, espanhol, americano e alemão. O

---

<sup>155</sup> STJ, 2º turma, REsp/AgR 1.136.549-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 08.06.3020. Ainda em consonância com o referido julgado, cite-se que tratando-se um direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o judiciário estabeleça a inclusão de determinada política nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

<sup>156</sup> RE - AGR 410715/SP, Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello, DJ 03.02.2006.

controle das finanças públicas compreende, conforme parte da doutrina: o controle externo, exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 a 73, da CF/88); o controle interno, mantido pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 74, da CF/88)<sup>157</sup>.

O controle financeiro, no constitucionalismo moderno, é sistêmico. Dele participam, integradamente e em harmonia, o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas, o Executivo e o Judiciário, dentro do que fora definido pela Constituição Federal de 88<sup>158</sup>.

Dentro da ideia de controle, tem-se a realização de fiscalização, que compreende a fiscalização financeira, que tem por objeto o controle da arrecadação das receitas e da realização das despesas; a fiscalização orçamentária, que se exerce sobre a execução do orçamento e a fiscalização patrimonial, ou de resultados e de desempenho, que objetiva controlar programas governamentais específicos, sob o aspecto da economia e da eficiência<sup>159</sup>.

Ultrapassadas essas concepções preliminares da ideia de controle e fiscalização, tem-se o fenômeno da intervenção. O cabimento da intervenção ora discutida inicia-se na fase de tramitação legislativa da proposta orçamentária, não com o intento de haver intervenção direta nas ponderações político administrativas do administrador ou legislador, mas para que essas sejam fiscalizadas e atendem às determinações e prioridades constitucionais. Isso porque se verificado o descumprimento de comandos normativos já nessa fase, caberá a intervenção e essa não será desarrazoada.

Tais medidas são necessárias em face da insuficiência da mera declaração da existência dos direitos sociais. É preciso conferir eficácia, realizar, concretizar. E essa concretização pode ocorrer, sem dúvida, pelos tribunais, sem quebra das prerrogativas do Poder legislativo e executivo, porque, apesar dos entraves, os direitos fundamentais sociais não deixam de ser justicáveis, pelo menos no seu núcleo. Na esteira da doutrina dominante há dois postulados: que é possível reivindicar em tribunal prestações constantes em normas constitucionais de alta densidade normativa e valor axiológico bem como que qualquer política pública contrária à linha das determinações esculpidas na Constituição de 1988 devem ser consideradas inconstitucionais e, portanto, sindicáveis pelo Poder Judiciário<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 204.

<sup>158</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 204.

<sup>159</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 202-203.

<sup>160</sup> MIRANDA, Jorge. Prefácio realizado na obra: **Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente**, Claudia Maria da Costa Gonçalves / 3º Edição / Curitiba: Juruá, 2013, p. 14.

É de bom alvitre que a obra legislativa advenha de forma bastante precisa, afastando uma maior incidência de discricionariedade por parte do administrador. Além dos parâmetros instituídos no preceito que prevê o direito fundamental, incumbe ao legislador velar pela observância dos demais dispositivos constitucionais, sob pena de perpetrar inconstitucionalidade<sup>161</sup>.

O dever estatal de liberação de recursos é parte essencial da lógica do sistema. A retenção inválida de recursos constituiria grave violação à ordem jurídica e à legalidade orçamentária, bem como aos interesses associados à atividade estatal. Nessas condições, resta caracterizada a violação à interesses sociais relevantes, permitindo que o controle no orçamento seja realizado por meio de ação civil pública<sup>162</sup>.

Uma posição jurídica de ordem prestacional está garantida de forma definitiva e jusfundamentalmente quando presentes os seguintes pressupostos: 1) exigência do princípio da liberdade fática; e 2) O princípio da separação dos poderes e a competência orçamentária do parlamento são afetados, de modo significativamente reduzido, por meio da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional, de forma que a força do princípio da competência orçamentária do legislador ou ainda a gestão das finanças públicas do executivo não são ilimitados nem absolutos, especialmente porque os direitos sociais possuem mais peso do que fundamentos de política financeira<sup>163</sup>.

O Direito Brasileiro carece de um instrumento análogo ao mandado de injunção americano, que permita ao Judiciário vincular o poder legislativo na tramitação e aprovação do orçamento proposto pelo executivo, considerando a previsão orçamentária vinculante aos direitos sociais<sup>164</sup>.

A despeito disso, é incontroverso que como atos administrativos, as escolhas políticas relativas ao orçamento também devem ser realizadas de modo público, com ampla abertura e participação da sociedade, atendendo aos ditames democráticos. Dessa forma, os motivos do

---

<sup>161</sup> JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre – RS, 2004, p. 51.

<sup>162</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 407.

<sup>163</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74-75.

<sup>164</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 76.

ato, eventuais juízos discricionários, barganhas políticas, dentre outros, estariam no momento prévio, sujeitas ao controle da sociedade, do Ministério Público e do Poder Judiciário<sup>165</sup>.

Isso porque não subsistiu, com a promulgação da CF/88, a autonomia ou discricionariedade do Poder Executivo para implementar direitos sociais, em face dos mandamentos constitucionais vigentes.

É preciso democratizar e constitucionalizar materialmente o orçamento, para que ele se torne o que deveria ser: o máximo de cidadania, de democracia, de justiça social, de atendimento as prioridades traçadas pela Constituição. Para que seja alcançado esse esperado orçamento, as escolhas públicas deverão ser controladas<sup>166</sup>.

Esse controle prévio, no momento da tramitação do orçamento no legislativo, como já dito, propiciará o vínculo efetivo e real do legislador e do executivo aos ditames constitucionais, uma vez que a Constituição Federal estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas, para tanto, são o meio de materialização desse fim e devem ser realizadas de forma sistemática e abrangente. As referidas políticas públicas, por sua vez, envolvem gasto, orçamento e dinheiro público. Doutra pórtico, o orçamento público é limitado, de forma que escolhas devem ser feitas, quando da sua elaboração. Quanto a essas escolhas, a própria Constituição Federal vincula quais devem ser assumidas pela Administração Pública em matéria de políticas públicas e gastos de recursos públicos<sup>167</sup>.

Dessa forma, verifica-se que para que seja garantida maior possibilidade de êxito ao fim constitucionalmente previsto de promover os direitos sociais, através de políticas públicas, as escolhas estatais relativas ao orçamento e aos recursos públicos deverão ser controladas das formas mais abrangentes possíveis, com o fim de evitar o presidencialismo de coalizão e inconstitucionalidade material das escolhas traçadas.

Quanto ao controle do orçamento e tramitação da proposta orçamentária no legislativo, a própria constituição traz vetores para a alocação e realização dos gastos públicos, como ocorre com a educação, as ações e serviços inerentes a saúde, ao atendimento a fundos, dentre outros, que podem servir como parâmetros objetivos para a interferência do poder judiciário<sup>168</sup> e do Ministério Público na condição de fiscal da lei.

---

<sup>165</sup> AMARAL, Roberto. **Apontamentos para a Reforma Política**. Revista de Informação Legislativa 151. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, jul. - set. 2001, p. 93.

<sup>166</sup> AMARAL, Roberto. **Apontamentos para a Reforma Política**. Revista de Informação Legislativa 151. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, jul. - set. 2001, p. 98.

<sup>167</sup> BARCELLOS, A **eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 106.

<sup>168</sup> DALLAVERDE, Alessandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 111.

A não ocorrência do aludido controle corroborará para a permanência de violação dos direitos sociais e para a fragilização e inexistência de força normativa das normas constitucionais. Tais fenômenos não devem ser concebidos em um Estado Democrático de Direito e em uma sociedade carente de justiça social como é a brasileira.

Entretanto, é pertinente asseverar que o controle que se exige para a tramitação do orçamento público não poderá ser realizado pela maior escala da sociedade, considerando que em condições de pobreza ou extrema miséria, bem como na inexistência de níveis básicos de educação e de informação, a autonomia do indivíduo de controlar, participar e refletir conscientemente no processo democrático está, no todo, prejudicada<sup>169</sup>.

Outra grande questão é a da vinculação do Poder Público ao planejamento por ele realizado. A atividade do planejamento está prevista na Constituição Federal (artigo 174) como submetida ao princípio da legalidade e tem feições democráticas, ao menos no quesito formal, considerando que o plano orçamentário, enquanto lei, deverá ser debatido e aprovado pelos representantes do povo. Além disso, os representantes deverão atuar obedecendo às prioridades advindas do texto constitucional e fixadas no orçamento, evitando desvio de poder e o privilégio de interesses particulares na Administração<sup>170</sup>.

Desse modo, o controle no planejamento orçamentário é um eficaz mecanismo para direcionar e fiscalizar a atuação do Estado, pois define a direção e a forma em que essa atuação ocorrerá.

Quanto ao referido controle, no cenário de impossibilidade ou dificuldades significativas de existência do controle social propriamente dito, há grande importância de atuação da parcela da população que detém uma consciência crítica quanto ao sistema, que possui conhecimento científico, que teve acesso à educação e a um nível básico de informação e autonomia para realizar o referido controle. Essa parcela da sociedade, dotada de tais características, deverá exercer a cidadania ativa, no intento de combater a corrupção, a discricionariedade administrativa ilícita e o presidencialismo de coalizão, que redundam na miséria social do Brasil.

Ademais, as instituições cuja missão está voltada para fiscalizar a lei e defender o regime democrático e os interesses e direitos sociais indisponíveis, como o Ministério Público,

---

<sup>169</sup> DALLAVERDE, Alexandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013, p. 109.

<sup>170</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

deverão fazê-lo, sob pena do fracasso institucional e da permanência do caos político, jurídico e social que se alojou no Brasil.

Na ausência de controle, a gestão do orçamento público tende a ser marcada pela ineficiência, inconstitucionalidade, clientelismo, nas mais diversas relações existentes nesse âmbito<sup>171</sup>.

Por fim, merece discussão em outro momento, a possibilidade de participação de amigos da corte, do próprio Ministério Público, de terceiros interessados, especialistas, economistas, juristas, constitucionalistas, na tramitação da proposta orçamentária, para contribuir com os seus termos, primando pelo zelo e cumprimento das normas definidoras de direitos sociais.

#### 4.5 A INTERVENÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA POR MEIO DAS DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Como visto, o princípio da separação dos poderes, ainda em sua concepção original, concebe a possibilidade de múltiplas interações e intervenções, especialmente as relativas ao papel desempenhado pelo Judiciário para o equilíbrio das políticas sob a ótica da teoria da justiça<sup>172</sup>. Nesse contexto, a relação que ora se pretende abordar é entre a execução do orçamento, as políticas públicas e a intervenção do judiciário.

O envolvimento do Judiciário na execução orçamentária e nas políticas públicas não pode ser reputado como algo anormal. Ao contrário, essa intervenção resulta da ligação, direta ou indireta, de que as políticas públicas constituem uma característica marcante do direito contemporâneo e um instrumento basilar para a concretização de normas constitucionais<sup>173</sup>.

Nesse cenário, tem-se o ativismo judicial, que corresponde a uma participação mais efetiva do Poder Judiciário na concretização de preceitos constitucionais tidos como fundamentais pela Constituição de 88, provocando, por conseguinte, uma interferência mais significativa nos outros poderes<sup>174</sup>. Cabe ao poder Judiciário verificar a existência de deveres

---

<sup>171</sup> BARCELLOS, A **eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 109.

<sup>172</sup> DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.4), p. 95.

<sup>173</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas, in **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177.

<sup>174</sup> BARROSO, Luis Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009, p. 05.

jurídicos e direitos subjetivos decorrentes da ordem jurídica e assegurar a sua realização, impondo, para tanto, deveres ao Estado<sup>175</sup>.

A atuação do judiciário não compromete uma concepção forte e substancial de democracia. Do contrário, permite que a democracia seja, sem dúvida, levada ao seu grau mais elevado.

Uma das mais destacadas áreas de atuação do judiciário no campo do fenômeno em comento, ocorre nas políticas públicas, já tratadas no presente estudo. Isso porque o poder competente para implementá-las, qual seja o Executivo, bem como o poder que deveria regular o exercício dos direitos fundamentais sociais – o Legislativo, notadamente não tem priorizado sua implementação e regulação, sobretudo quando não destina os recursos públicos, de forma prioritária, para esse fim.

Assim, o judiciário, por meio de suas decisões tem determinado que a Administração Pública viabilize meios para a concretização de direitos fundamentais sociais, em determinados casos concretos que lhes são postos em apreço, através das demandas judiciais.

Como já relatado, em matéria orçamentária, importantes previsões orçamentárias tem permanecido sem concretização. Atuando nessa concretização, o Judiciário desempenha um papel destacado na promoção dos direitos sociais, com base jurídica ainda mais consistente<sup>176</sup>.

Atualmente, com a significativa alteração na atuação do judiciário no âmbito da concretização dos direitos sociais, pode-se afirmar que este poder tem “levado a sério” os direitos sociais, considerando-os como direitos autenticamente fundamentais, de forma que a via judicial tem sido um dos mais significativos instrumentos postos à população menos favorecida em prol da tão necessária efetivação dos referidos direitos.

---

<sup>175</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 406.

<sup>176</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 412. A esse respeito, convém citar posição doutrinária, em até certo ponto, divergente. Carlos Ari Sundfeld trata do sentimento constituinte que acomete aqueles que possuem formação jurídica e que são os grandes artífices dessa crescente interferência judiciária nas políticas públicas. Esse sentimento constituinte, segundo o referido autor, seria uma atitude de soberba, construída na base do desprezo aos políticos (impuros), que autorizaria os homens do Direito (puros) a elaborar, no interior de seu próprio mundo (as academias e os tribunais), soluções jurídicas para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, com relativa autonomia frente à ordem legal editada pelo Poder Legislativo. É uma força maior do fenômeno constitucional brasileiro, que levou nossa literatura e jurisprudência a ter um caráter muito mais constitutivo, originário, criativo, do que seria de se esperar ante uma Constituição tão analítica. A Constituição vale mais pela aura que por seus preceitos: os homens do Direito a sacralizaram e, como sacerdotes, assumiram sozinhos o poder de revelá-la, conforme SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. O fenômeno constitucional e suas três forças, **Revista do Advogado** 99/33-34, Ano XXVIII, setembro/2008.

Quando se trata de educação infantil, por exemplo, por qualificar-se como direito fundamental que pertence a toda criança, não há discricionariedade quanto a sua concretização por parte da Administração. Dessa forma, mesmo reconhecendo que o Poder legislativo e Executivo detém a prerrogativa primária de implementar as políticas públicas, é plenamente possível legítimo que o Poder judiciário intervenha nas políticas públicas diante da inadimplência ilegal dos órgãos estatais, cuja omissão compromete e impede qualquer eficácia aos direitos impregnados de fundamentalidade pela CF<sup>177</sup>.

Dentre as causas que ensejaram o ativismo judicial, cite-se o movimento em favor da força normativa da constituição, as sucessivas crises que atingiram os demais poderes, a corrupção destes, a omissão desgastante e incabível em concretizar os direitos sociais<sup>178</sup>.

A jurisprudência hodierna do STF tem concebido como legítima a atuação do Judiciário, especialmente diante da inércia do legislativo e executivo que provocam a não concretização dos direitos sociais constitucionalmente protegidos. Convém citar a ADPF 45/DF<sup>179</sup>, que correspondeu a importante pronunciamento do supremo e tem sido utilizada como precedente no âmbito do STF e em demais tribunais e juízos da federação.

Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto do Presidente da República de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O autor da citada ação sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A atuação jurisdicional conferida ao Supremo Tribunal Federal expressa a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a essa Corte, que não pode esquivar-se diante da

---

<sup>177</sup> STF, RE-AGR 410715/SP, Rel. Min Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

<sup>178</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de, **A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**, SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 516.

<sup>179</sup> A título ilustrativo, segue a ementa da ADPF 45/DF, objeto do Informativo/STF nº 345/2004: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO 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 CLÁUSULA 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 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

omissão estatal que redundaria na ausência de concretização dos direitos sociais que, enquanto direitos de segunda geração, demandam prestações positivas do Estado.

O Estado deve ordenar a alocação de recursos e a realização de ações, de maneira a serem alcançados os importantes objetivos sociais, expressos no texto constitucional. Diante da omissão estatal, o Judiciário volta-se para a solução de conflitos de natureza coletiva, os quais têm a ver com fazer valer aqueles objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico<sup>180</sup>.

A esse propósito, ressalte-se que as ações coletivas representam um novo modelo de litigância, muito diverso daquele relacionado às demandas individuais. Em muitos casos, verifica-se ser o judiciário a única via para defesa dos interesses de natureza coletiva, posto que muito provavelmente não haverá meios de defesa em processos sociais, restando tais interesses sempre sub-representados<sup>181</sup>.

Como já exposto, o controle do Ministério Público na elaboração do orçamento – na sua proposta e tramitação, é imprescindível não apenas para provocar, se necessária for, a atuação jurisdicional assim como para, no exercício de suas funções institucionais, fazer com que os poderes públicos zelem pelos mandamentos constitucionais e tenham como prioridades no orçamento e sua execução, as mesmas prioridades estabelecidas pelo legislador constituinte originário.

Com isso, o Ministério Público atuará na defesa do regime democrático e dos interesses e direitos sociais indisponíveis. Será o fiscal da lei, da Constituição Federal e corroborará para melhorias incalculáveis e imensuráveis para a sociedade, ao ser conferida força normativa para a CF. Essa atuação reduzirá o número de demandas individuais no poder judiciário que possuem como causa de pedir a concretização de direitos sociais e corroborará para a transformação da realidade social do país.

Além da viabilidade da atuação ministerial e judicial na proposta e tramitação orçamentária, ainda deve ser discutida a intervenção de tais instituições na execução do orçamento público, a partir da verificação da ocorrência de adoção prioritária das políticas públicas para promoção dos direitos sociais por parte do executivo.

É o controle posterior à elaboração e aprovação do orçamento. O mesmo se faz necessário. Entretanto, não da forma como tem ocorrido. Da análise da conjuntura atual,

---

<sup>180</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

<sup>181</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

sobretudo, da atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais, verifica-se que esta tem se dado, também nos moldes já expostos, em sua maioria, através de demandas individuais, com pleitos legítimos, entretanto, que promovem os direitos em alusão apenas para os indivíduos que tem acesso a esse poder.

Dessa forma, não obstante ser legítima e necessária a atuação do judiciário no campo das políticas públicas, convém observar que a atuação judicial guarda limitações comuns ao princípio da inércia e ao caráter individual de grande parte das provocações a este poder. Assim, para que não se privilegie o gozo de direitos fundamentais sociais apenas para os que obterão acesso ao judiciário e posicionamento favorável, deve-se fomentar o ajuizamento de tutelas coletivas que superem as de caráter individual e que alcancem o maior número de cidadãos beneficiados com os recursos e as políticas públicas alocadas pelo campo jurisdicional, possibilitando, assim, o alcance do princípio da eficiência e justiça social com maior alcance.

Os órgãos legitimados para tanto, como o é o Ministério Público, tem relevante atuação nesse cenário de violação dos direitos sociais e na provocação de caráter coletivo do poder judiciário. Afinal, em se tratando de mandamento constitucional, que o estado promova a saúde, a educação, a assistência aos desamparados, a moradia e demais direitos sociais, deve esse fazê-lo para todos os cidadãos que necessitarem do gozo efetivo desses direitos, de forma que a atuação jurisdicional no sentido de alcançar um número maior de pessoas será, indubitavelmente, mais aplaudida, mais legítima, mais respaldada constitucional e democraticamente.

Na análise econômica do direito, como visto, tem-se que são mais eficientes as políticas governamentais, em detrimento das demandas individuais concedidas casuisticamente pelo Judiciário. No judiciário, a análise econômica aponta para o caminho das ações coletivas, se o objetivo for a promoção dos direitos sociais através do ativismo judicial, em situações excepcionais de flagrante omissão estatal<sup>182</sup>.

Pode-se argumentar que a opção brasileira fundada na iniciativa do Ministério Público impulsionaria as pessoas a esperar a iniciativa do órgão público, mantendo-se a inércia dos próprios interessados. Essa afirmação, entretanto, deixa de considerar que a atuação de ofício e de natureza coletiva do Ministério Público constitui uma significativa redução dos custos necessários para demandas individuais em defesa dos mesmos interesses, devendo ser

---

<sup>182</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

considerada ainda a tendência majoritária de atuação conferida ao Ministério Público, em detrimento das demandas individuais<sup>183</sup>.

Como já exposto, o mesmo posicionamento tem esboçado o STF nos julgados posteriores a ADPF 45/2004. Cite-se o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do estado de São Paulo, objetivando que o estado de SP fosse obrigado a matricular crianças na creche<sup>184</sup>. A discussão reside, sobremaneira, no princípio da Separação dos Poderes e na suposta ausência de legitimidade do Poder Judiciário em intervir na questão orçamentária.

O STF aduziu, quanto a essa questão, que a intervenção do Poder Judiciário, na implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão em inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

Considerou ainda o Supremo que a inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição, de forma que o descumprimento de Políticas Públicas definidas em sede constitucional constitui hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional.

Pontuou o citado tribunal que cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição e encontra insuperável limitação na

---

<sup>183</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.

<sup>184</sup> EMENTA: 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 UNIDADES 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 – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – 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 DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifos nossos).

garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, por sua vez, compreende um complexo de prerrogativas adequadas de existência digna, o acesso à liberdade e a plena fruição de direitos básicos, tais como a educação, a proteção integral à criança e ao adolescente, o direito à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação, à segurança (DUDPH, art. XXV).

Frise-se que as situações configuradoras de omissão inconstitucional refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição. O desprestígio da Constituição em face da inércia de órgãos meramente constituídos representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo por parte das instituições governamentais quanto à autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Verificada o cabimento e legitimidade da intervenção judicial, no que toca às ações coletivas, sustenta-se que a questão da legitimidade de interesses de natureza coletiva incorpora um duplo problema envolvendo a execução orçamentária e as políticas públicas: um objetivo, de ordem processual, de alargamento do acesso à justiça; outro, de política institucional, no sentido de gerar meios para que aqueles interesses possam ser efetivamente representados<sup>185</sup>.

As ações coletivas revelam-se como meio processual mais justo e eficaz, isso porque permite atingir todas as pessoas que se encontrem em situação fática de necessidade, sem a necessidade de interposição de centenas de demandas individuais com o mesmo pedido e causa de pedir. Ademais, não ficarão excluídos os que, embora sejam necessitados de igual ou forma mais intensa, não tenha acesso ao judiciário, em razão de sua própria miserabilidade.

Destaque-se que a jurisdição em demandas coletivas atua não apenas na solução de litígios, mas também a desestimular a prática, por parte dos agentes políticos, de atos contrários ao interesse público constitucionalmente protegido, sobretudo em matéria orçamentária e de políticas públicas para concretização de direitos sociais<sup>186</sup>, de forma que essa merece ser priorizada.

---

<sup>185</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

<sup>186</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 180.

## **5 A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Em face de um Estado que queda-se omissivo, de forma inconstitucional, quanto à promoção de direitos e garantias fundamentais, não há como esperar que esse mesmo Estado, em um dado momento, altere sua atuação, sem que seja instado e impelido a fazê-lo. Isso porque, notadamente no contexto brasileiro, o que se constata é o exercício do poder voltado para atender a interesses pessoais e não sociais.

Logo, em uma cultura institucional de corrupção e de favoritismo, se não houver a participação social no contexto democrático, no plano das instituições, no âmbito das políticas públicas e do controle orçamentário, a população continuará suportando as repercussões de sua inércia e latência.

Ao estudar o processo constituinte em que foi elaborada a Constituição Federal de 1988, grandes constatações são realizadas: a sociedade brasileira, naquelas décadas, atuou de forma expressiva na luta por previsão constitucional e garantia de seus interesses e direitos.

Assim, em que pese atualmente inexistir um cenário de movimentação e articulação social, acredita-se que essa mesma sociedade que atuou incisivamente no processo constituinte de 88 poderá ultrapassar as barreiras de uma frágil democracia representativa, utilizando modos de participação popular no governo e na gestão pública, deixando de ser ícone de poder e passando a, de fato, ser agente empírico de formatação e transformação social e do poder que deve ser pelo povo e para o povo exercido, nos termos da Constituição.

Sobre essa participação, sua feição em 1987-1988, bem como seus desafios no contexto hodierno, tem-se os estudos a seguir.

### **5.1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988 E O CONTEXTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**

“Declaro promulgado o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude para que isso se cumpra”. Essas foram as palavras pronunciadas no ato da promulgação da Constituição Federal Brasileira, em 05 de outubro de 1988, pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses Guimarães.

O referido deputado, quanto à promulgação da nova Constituição, à época declarou<sup>187</sup>:

“Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa [...] A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir reforma [...] Quando a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da pátria. Conhecemos o caminho do maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério”

As palavras acima destacadas relevam o apreço e respeito pela Constituição, no contexto de sua promulgação. Após a convocação e abertura da Assembleia Nacional Constituinte, em fevereiro de 1987, foram 20 meses de produção, período em que mais de 5 milhões de pessoas passaram pelo Congresso Nacional. Foram 330 sessões plenárias, mais 61 mil emendas, 182 audiências públicas, 122 emendas populares com aproximadamente 12 milhões de assinaturas. Nunca houve no país uma participação social maciça e de tão grande magnitude e expressividade na elaboração de uma Constituinte, como houve na de 88<sup>188</sup>.

No tocante a abertura da Assembleia Constituinte de 1987-1988, no dia 07/09/1986, suscite-se a participação popular numa forma diferenciada<sup>189</sup>:

“A celebração do 1º Dia Nacional da Constituinte pôde ser concretizada em várias cidades brasileiras. Em comício reunindo em torno de três mil pessoas, na praça da Sé, em São Paulo, inverteram-se os papéis: os representantes de grupos e movimentos populares que haviam trazido suas propostas subiram no palanque, para apresenta-las, e os políticos e candidatos se mantiveram na rua, para ouvi-las”.

Principiada a Constituinte com a significativa participação popular, registre-se a conquista da sociedade civil quanto à iniciativa popular garantida no art. 24 do Regimento Interno da Constituinte, que assim preceituava:

“Art. 24. Fica assegurada, no prazo estabelecido no parágrafo 1º do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em lista organizada por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilização pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições:

---

<sup>187</sup> Ulysses Guimarães, “Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de 5 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal, Revista Direito GV 8/595-601, 2009.

<sup>188</sup> <http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/a-constituicao-da-cidadania.htm> - A Constituição da Cidadania- <http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-assembleia-constituente.htm> A história da Assembleia Nacional Constituinte.

<sup>189</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente**, 3ª Edição / Curitiba: Juruá, 2013, p. 139.

I – a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral (...).

Em que pese ter sido imposta a condição de um número superior a trinta mil assinaturas de eleitores para encaminhamento de uma proposta que deveria ser organizada por, pelo menos, três entidades associativas, a sociedade brasileira rompeu com as distâncias geográficas, com a insuficiente tecnologia, já que inexistia o acesso a rede mundial de computadores, a internet e afins como forma de facilitar essa participação. Rompeu com as barreiras relativas à participação popular com o intento de demonstrar para a Assembleia Constituinte os seus principais anseios e reivindicações.

O conhecimento da trajetória Constitucional, as suas características, o procedimento e momentos marcantes da elaboração da Constituição Federal de 1988 e, em ato contínuo, o conhecimento do seu teor, são decisivos e fundamentais para que a comunidade jurídica, acadêmica e toda sorte de cidadãos brasileiros exerçam a defesa da Lei Maior e do Regime Democrático nela assegurado, em prol do gozo tão esperado e ansiado dos direitos sociais, dos direitos fundamentais, de direitos que ainda carecem de força normativa, direitos esses que são resultado da participação popular e da luta popular no processo constituinte, mas que ainda carecem de luta para sua concretização.

Conhecer a história da Constituição é também conhecer a Constituição. Tal conhecimento é crível para que seja alcançada a força normativa tão almejada, nesses 27 anos de sua promulgação.

É interessante registrar que, ao menos no caso brasileiro, tem-se uma Constituição Cidadã, repleta de direitos e garantias fundamentais, revelando uma confiança da sociedade no Direito em face do recente passado político que antecedeu a constituinte de 1987-1988. Como se sabe, houve a ditadura militar de 01/04/1964 até 15/03/1985. Durou, assim, mais de vinte anos o período em que foram suspensos garantias e direitos fundamentais, exclusão da participação popular na coisa pública<sup>190</sup>.

A Constituinte de 1987-1988 foi a mais longa da história constitucional brasileira. Levou 20 meses para a sua conclusão. A ideia era inverter a lógica das coisas: se, antes, a decisão vinha “de cima para baixo”, agora, numa democracia, teria que vir “de baixo para

---

<sup>190</sup> ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos in **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, organizadores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, Malheiros Editores Ltda., SP, 2014, p. 19-20.

cima”. O que se queria era ouvir a população que, por tanto tempo, deixou de ter voz. E, com a constituinte de 1987-1988, a sociedade teve voz<sup>191</sup>.

A força normativa pretendida<sup>192</sup> se faz devida em face da já tratada aplicação imediata pertinente às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em que estão inclusos os direitos sociais, como se constata no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88.

É importante considerar que a omissão generalizada, por parte do Estado, em tornar efetiva a Constituição constitui ato abusivo e inconstitucional. Fere a todo o procedimento constituinte, viola a Lei Maior, sobretudo no tocante ao seu princípio basilar, que é a dignidade da pessoa humana.

Em que pese a ampla e expressiva participação popular no procedimento de elaboração da Constituinte, bem como a despeito das significativas previsões constitucionais alusivas à sociedade, à cidadania e a soberania popular, como a consagração basilar de que todo poder emana do povo, a participação popular no controle das políticas públicas e no cumprimento dos ditames e programas constitucionais carece de incentivo, de fomento, para voltar a existir no cenário nacional como outrora existiu no processo constituinte de 88.

Os resultados desse estado de latência e inércia social é a ausência de gozo dos direitos conquistados, de forma que o país permanece na miséria, na desigualdade social, no analfabetismo, na fome, no desemprego, mesmo sob a vigência de uma Constituição Cidadã.

Urge uma nova prática constitucional, na qual a população conheça a Carta Magna e promova a sua defesa, de forma tão ativa e veraz como o fez na época de sua elaboração.

A Constituição de 88 trouxe, em capítulo especial, os direitos sociais (artigo 6º) e disciplinou títulos relativos à Ordem Econômica e Social, tendo esta como objetivos a justiça e o bem-estar social (artigo 193). A Assistência Social é igualmente prevista na Constituição de 1988, com o fim de prestar a todos os necessitados o devido atendimento, independente de

---

<sup>191</sup> A esse respeito, confira-se o trecho da fala de Ulysses Guimarães no programa de televisão “Diário da Constituinte”: Você também pode chegar à Constituinte, enviando sugestões. Suas ou através do seu sindicato, entidade de classe, associações de moradores. As subcomissões destinarão de 5 a 8 sessões para ouvir entidades. Ou você poderá participar das 30 mil assinaturas, patrocinadas por três entidades, para que seja apresentada proposta de emenda ao projeto da futura Constituição do país. Confira-se, ainda, trecho do discurso de Ulysses na promulgação da Constituição de 1988: A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galerias e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar”, conforme ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos in **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, organizadores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, Malheiros Editores Ltda., SP, 2014, p. 22-23.

<sup>192</sup> A força normativa em alusão consiste, sumariamente, na produção de efeitos concretos a partir da aplicação da Constituição Federal, de forma que seu texto transpasse a teoria para a realidade de milhões de brasileiros,

qualquer contribuição. Essa assistência não se constata aos reais e milhões de brasileiros necessitados no país, que vivem abaixo da linha de pobreza<sup>193</sup>.

No capítulo sobre a Comunicação Social, coloca-se em evidência a função dos meios de comunicação perante a sociedade. As emissoras de televisão e de rádio deveriam priorizar as finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, estimando promover a cultura nacional e regional, o desenvolvimento da nação. A população bem como o Estado, na condição de tutor social, deverão adotar os meios legais de garantia contra as violações ao real e importante papel que a mídia detém.

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães afirmou: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia (...). Tem substância popular e cristã e o título que a consagra: a Constituição Cidadã<sup>194</sup>”.

Foi assim denominada de Cidadã em face da já narrada e expressiva participação popular em seu processo constituinte. A referida participação foi possível em decorrência do papel crucial desempenhado pelos meios de comunicação, em meados de 1988. Nesse contexto, cite-se a contribuição de um noticiário veiculado diariamente na rede nacional de televisão. Era o Diário da Constituinte, que inseria a população no debate constitucional: Informava, questionava, convocava a participação popular.

O Diário da Constituinte era um programa diário de cinco minutos produzido em parceria pelo então Serviço de Divulgação e Relações Públicas do Senado, pela Rádiorbras e pela Assessoria de Divulgação e Relações Públicas da Câmara dos Deputados e acabou por conduzir à população ao debate, utilizando a mídia para inserir o povo no processo constituinte.

Todavia, não há dúvida quanto ao papel de alienação social que a mídia tem assumido nos últimos anos. Não há como acontecer o processo de redemocratização no Brasil sem que

---

<sup>193</sup> No tocante às diversas disposições contidas na Constituição de 1988, além da ausência de normatividade de grande parte dessas disposições atinentes aos direitos fundamentais, citem-se as críticas relativas à grande extensão e prolixidade da Constituição. Certamente desconsideram o momento histórico em que a mesma foi redigida. A esse respeito, convém relatar que a Constituição Federal de 1988, com caracteres de analítica e prolixa, com tantas garantias e previsões aparentemente desnecessárias, foi resultado do contexto histórico da época, onde os constituintes estavam voltando do exílio no exterior, após as atrocidades cometidas por mais de vinte anos pela ditadura. O contexto exigia que a nova Constituição fosse abrangente e se pretendia que os direitos nela previstos ficassem plenamente assegurados. A prolixidade estimava também evitar vazios normativos e interpretações futuras em confronto a intenção do legislador Constituinte. Questiona-se: Se com tamanha prolixidade, a Lei Maior hodiernamente é malograda e violada, inclusive na atividade interpretativa a seu respeito, em que realidade jurídica o Brasil estaria, na hipótese de um texto constitucional conciso?

<sup>194</sup> TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**/ Caio Tácito – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 366p.: II.; 23 cm. – Coleção, Constituições Brasileiras; v. 7).

os meios de comunicação sejam redemocratizados, sem que eles estejam, efetivamente, submetidos ao interesse público e a serviço dos interesses sociais.

A reforma política se faz necessária. Entretanto, só haverá reforma quando a sociedade for convidada ao debate público, for incitada a promover e a cobrar a reforma política, quando controlar o mandado dos seus supostos representantes que, ao invés de representarem os interesses da população, desviam dinheiro público, transformam-se em assassinos em massa, ao se omitirem por zelar e concretizar o direito à vida, à saúde, à educação, à assistência aos desamparados e tantos outros assegurados na Lei Maior para milhões de brasileiros.

O Brasil, na elaboração da Constituinte de 88, vivenciou debates democráticos. As principais demandas da sociedade brasileira concentraram-se no Congresso Nacional. Os corredores fervilhavam de pessoas. Milhares de brasileiros diariamente estavam lá, participando, levando pareceres. Havia devoção às causas defendidas. Todas as esferas, setores e poderes da sociedade traziam a sua proposta. Tinha garimpeiro, bancário, sem-terra, operários. Todos buscavam a realização, previsão dos seus direitos. Era a organização de setores geralmente desorganizados em qualquer sociedade.

Com a previsão no regimento interno da Constituinte que abria a possibilidade da sociedade participar da elaboração da Constituição – por meio da apresentação de emendas populares, foram criados centros de acompanhamento à Constituinte. Nasceram propostas no Brasil inteiro e milhões de assinaturas foram coletadas, em que pese nessa época não existirem redes sociais, assinaturas digitais e um avanço tão significativo da tecnologia.

A internet não propagava, em segundos, a elaboração de emendas e coletas de assinaturas em todo o país. No entanto, as distâncias geográficas foram superadas. Os embates foram vencidos. O engajamento social fez com que a população, capaz de autodeterminação, se inserisse no processo constitucional, influenciando significativamente o mesmo.

A sociedade se dirigia ao Congresso. Problemáticas eram discutidas, como a questão do racismo, da criança e do adolescente. Quanto a estes, houve uma emenda popular com mais de um milhão de assinaturas, que ao final, tornou-se o cerne do estatuto da criança e dos adolescentes de hoje. No âmbito dos jornalistas, houve a defesa da democratização da mídia no país. Como já registrado, foram 122 emendas populares com mais de dois milhões de assinatura no país inteiro. A maioria delas recebeu aproveitamento, seja total ou parcial.

Assim, verifica-se que o texto constitucional vigente foi elaborado e promulgado em um processo constituinte de imersão popular significativa. Faz-se necessário que a sociedade hodierna conheça essa história, seja novamente convocada ao debate público, à tratativa de interesses comuns, sociais e políticos.

## 5.2 A FRAGILIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, promulgada após um período longo de ditadura militar<sup>195</sup>, instituiu um Estado Democrático de Direito, como visto, destinado a assegurar o bem de todos e o exercício dos direitos sociais, conforme destaca o seu preâmbulo.

Nesse sentido, determinou o legislador Constituinte originário, como forma de governo a Democracia, cuja etimologia do termo indica um governo do povo. A CF/88, por sua vez, prevê que todo poder emana do povo, que é seu único titular, sendo o referido poder exercido por meio de seus representantes, de forma indireta, assim como de maneira direta, por meio dos mecanismos instituídos pela Constituição Federal.

Assim, na República Federativa do Brasil, o regime político adotado é a Democracia acima conceituada. Por regime político entende-se como a relação entre os governantes e os governados, de forma a se determinar como os representantes são escolhidos - se pelo povo (democracia) ou sem a participação deste (autocracia)<sup>196</sup>.

O modelo de democracia adotado no Brasil é a representativa. Todavia, é bem verdade que há uma ficção na representação que se dá pelos mandatos políticos, uma vez que para se estabelecer uma verdadeira representação não basta que os representantes sejam nomeados ou eleitos por seus representados. É salutar que os representantes sejam juridicamente obrigados a executar a vontade dos seus representados tendo, como garantia da ocorrência dessa real representação a possibilidade de cassação do mandato do representante na hipótese em que a atividade deste não se coadune com os interesses representados<sup>197</sup>.

Em outras palavras, somente há representação quando há responsabilidade jurídica e vinculação dos eleitos em face dos seus eleitores. Assim, a relação entre eleitor e eleitorado não se resume na campanha política e no dia da eleição propriamente dita. Essa relação deve seguir com o cumprimento da obrigação dos representantes eleitos, qual seja a de executar a vontade dos representados.

---

<sup>195</sup> Foram aproximadamente 20 anos de autoritarismo exacerbado e terror, com suspensão dos direitos e garantias fundamentais, anos que ficaram conhecidos como ‘anos de chumbo’.

<sup>196</sup> ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição – Contribuições para a Compreensão do Estado Contemporâneo**. Campinas, SP. Millennium Editora, 2006, p. 211.

<sup>197</sup> Nesse sentido: “Não pode haver qualquer dúvida de que (...) nenhuma das democracias existentes, ditas representativas, são de fato representativas. Na maioria delas, os órgãos administrativo e judiciário são selecionados por outros métodos que não o da eleição popular, e, em quase todas as democracias ditas “representativas”, os membros eleitos (...) não são responsáveis juridicamente perante o eleitorado”, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3ª Edição, 1998, p. 414.

Notadamente, no Brasil, não se vislumbra efetivamente a responsabilização dos ditos representantes do povo. Há, então, o que se denomina de representação ficta, já que em face da ausência de responsabilização jurídica dos eleitos, inexistente representação dos interesses da sociedade, especialmente no que tange à implementação e ao investimento em políticas públicas para concretizar direitos sociais.

Dessa forma, há inúmeras ilegalidades que não são coerentes numa democracia. Cite-se como exemplos a ausência de regulamentação da Constituição pelo Legislativo, da arbitrariedade do executivo, por meio da edição desenfreada de Medidas Provisórias, bem como da ação política voltada para o clientelismo (troca de recursos por apoio de projetos do executivo no Congresso Nacional), despreocupados com as reais necessidades do povo, o qual é a fonte do poder<sup>198</sup>.

Ademais, no âmbito da democracia, importa frisar a existência de mecanismos de exercício do poder democrático, previstos na Constituição de 1988. São eles o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular<sup>199</sup>, bem como a ação popular. Todavia, são formas de exercício do poder democrático (não adotados no Brasil) o veto popular e o direito de revogação.

O veto popular corresponde ao “modo de consulta ao eleitorado sobre uma lei existente, visando revogá-la pela votação direta<sup>200</sup>”. Difere do referendo, uma vez nesse o texto a ser referendado pelo povo está em forma de um projeto de lei. Já no veto popular, o texto equivale a uma lei já elaborada, cabendo ao povo vedar ou não a vigência daquele texto legal<sup>201</sup>.

O direito de revogação, por sua vez, também não existente na Democracia Brasileira, pode ser entendido como o meio em que o eleitorado pode estabelecer o fim ao mandato político do representante, que muito embora eleito, tenha perdido o apreço, confiança. A destituição ocorre através de petição contendo acusações contra o político, assinada por um número determinado de cidadãos<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Livraria do Advogado, 2009, p. 124.

<sup>199</sup> Art. 14 da CF/88: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de direito Constitucional Positivo**. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 142.

<sup>201</sup> ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição, contribuição para a compreensão do Estado Contemporâneo**. Campinas, SP. Millennium Editora, 2006, p. 238.

<sup>202</sup> ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição, contribuição para a compreensão do Estado Contemporâneo**. Campinas, SP. Millennium Editora, 2006, p. 238.

Apesar da constatação, na análise da realidade brasileira, que inexistem democracias autenticamente representativas, os citados instrumentos de materialização da democracia não são albergados pela Constituição de 1988. Entende-se ser passível de inclusão, via emenda constitucional, os referidos instrumentos.

No cenário político nacional ainda existe um autoritarismo, com efeito, nos poderes executivo e legislativo. Atrelado a isso, a Constituição tem sido flagrantemente rasgada, violada, desrespeitada por aqueles que deveriam reconhecê-la e implementá-la, quando no exercício do Poder Público<sup>203</sup>. Assim, vislumbra-se que a democracia existente na República Federativa Brasileira está aquém da democracia material, tal como deveria sê-lo.

Nesse âmbito de democracia e controle de poder, dentre os meios jurídicos existentes, previstos pela CF/88, para coibir a violação dos direitos fundamentais, cite-se o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de segurança coletivo. Os dois primeiros podem ser utilizados quando o poder legislativo deixar de executar sua função típica, que é a de legislar, prejudicando, assim, por sua omissão, a regulamentação e, por conseguinte, o gozo de direitos fundamentais.

Em que pese tais previsões, cumpre registrar que na prática, são institutos jurídicos pouco utilizados e, portanto, não apresentam efeitos significativos para resolução da problemática jurídica e social da não concretização dos direitos fundamentais no âmbito de uma democracia fragilizada.

Cite-se que o rol de legitimados para a propositura da ADIN, é composto, em sua maioria, de pessoas políticas que não guardam qualquer compromisso e seriedade com as necessidades reais do povo. Assim, não se vislumbra que os meios citados, relativos a democracia representativa, de fato, possibilitem mudanças significativas na realidade brasileira.

### 5.3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A NECESSIDADE DE SUA IMPLANTAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Paulo Bonavides<sup>204</sup> defende que a Democracia Participativa é a forma de governo capaz de extirpar a dominação social, o descumprimento da vontade do povo, a violação das

---

<sup>203</sup> LEDUR, José Felipe, **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Livraria do Advogado, 2009, p. 122.

<sup>204</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 27.

normas constitucionais, o desvirtuamento dos fins do Estado, a corrupção da moral pública e o apodrecimento da democracia e da representação, no Estado Democrático Brasileiro.

Na temática dos direitos fundamentais sociais é, sem dúvida, o direito de participação o melhor começo para a sua concretização. A participação popular é um mecanismo original que ampliará a realização dos Direitos Fundamentais Sociais. Trata-se de uma participação de natureza instrumental para a concretização dos direitos em comento<sup>205</sup>.

A Constituição Federal de 1988 aproximou o cidadão do Estado ao ensejar uma série de princípios em sua garantia objetivando, por outro turno, a transparência no trato dos serviços públicos, de forma que a referida transparência, bem como a participação dos cidadãos e a boa-fé devem nortear as relações entre o Estado e seus governados<sup>206</sup>.

A participação social é a base constitutiva da democracia e, por conseguinte, o aperfeiçoamento e a ampliação de uma estão diretamente relacionados ao desenvolvimento e à universalização da outra<sup>207</sup>. Só há participação popular efetiva quando existe democracia participativa, quando o cidadão pode apresentar e discutir propostas, deliberar sobre elas e, principalmente, mudar o curso de ação estabelecida pelas forças constituídas para primar pelo interesse social<sup>208</sup>.

O baixo grau de legitimidade participativa revela o caráter corrompido do sistema, ratificando a separação da sociedade e das instituições de governo, onde a população é apenas um ícone. O exercício do Poder está dissimulado em vestes constitucionais, mas é utilizado para o massacre social e interesse exclusivo da classe dominante. Paulo Bonavides<sup>209</sup> afirma que:

Fora daí (separação dos poderes) nada é constitucional. Tudo se subsume ou se desfaz em infração e quebrantamento da Lei Magna, em ofensa a ordem superior de seus valores básicos, em postergação da hierarquia normativa, em ilegitimidade insanável, em corrosão do sistema consensual de poder.

No cenário em que a Constituição é violada e em que o direito popular é malgrado, o direito de resistência deve ser exercido, sob pena da permanência de privação de dignidade a

---

<sup>205</sup> LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Livraria do Advogado, 2009, p. 157-158.

<sup>206</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 211.

<sup>207</sup> ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. In: GIOVANELLA, Lígia (Org.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008, p. 987.

<sup>208</sup> LYRA, N R. **A proteção Social no Brasil: universalismo e focalização nos governos FHC e Lula**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n 3, p. 693-706, 2000.

<sup>209</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 27.

todos os cidadãos agredidos. Deve, portanto, ser adotado um Constitucionalismo em que a sociedade clame por mudanças, lute por condições mais dignas de trabalho, de moradia, que reivindique a promoção do direito a saúde, a educação, a alimentação, a dignidade da pessoa humana<sup>210</sup>.

A sociedade deve atuar com o fim de preservar não apenas a teoria dos direitos sociais, mas exigir a concretização destes. Do contrário, Paulo Bonavides<sup>211</sup> suscita que:

Essa justiça é fadada a passar do indivíduo, do trabalhador e do cidadão às gentes sacrificadas da humanidade subdesenvolvida. Estamos, assim, em presença daquela humanidade cujos filhos viajam no comboio do progresso em vagão de terceira classe, isto é, nos últimos compartimentos da miséria social, do sofrimento, do abandono, da dor, do esquecimento.

Assim, tem-se a Democracia participativa como instrumento que possibilitará a libertação da sociedade que sobrevive ao caos social, a miséria, ao sacrifício de direitos fundamentais. Urge que essa democracia seja pregada nas universidades, nos centros acadêmicos, nos programas da televisão aberta, nas redes sociais. A parcela da sociedade que detém um senso crítico suficiente perante a situação ora narrada, não pode permanecer inerte, como se a violação flagrante dos direitos humanos e sociais não fosse uma realidade flagrante no país.

A democracia não é apenas um sistema de governo ou um regime político. Ela é um direito da humanidade e tem a participação como pressuposto. Não há democracia sem a população como sujeito ativo e passivo do processo político no pleno exercício da cidadania. Não há democracia sem a sociedade nas ruas, na militância partidária, na militância social. A participação popular na vontade governativa é que constitui um governo democrático. A questão central da democracia participativa é minimizar a intermediação – inerente à democracia indireta, pela manifestação direta da soberania. A democracia participativa compreende o consenso e a ampla consulta popular, a integração de todos os povos, em busca de novas expressões do coletivo e da descentralização das iniciativas de gestão e do poder<sup>212</sup>.

Entretanto, constata-se que só haverá democracia participativa se os cidadãos forem educados politicamente. O Estado encontra-se em calamidade em razão da condição cultural-

---

<sup>210</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo, Malheiros, 2001, p. 27.

<sup>211</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo, Malheiros, 2001, p. 50.

<sup>212</sup> AMARAL, Roberto. **Apontamentos para a Reforma Política.** Revista de Informação Legislativa 151. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, jul. - set. 2001, p. 55-57.

política e social dos seus cidadãos. É necessário que os cidadãos conheçam o Estado, as suas finalidades constitucionalmente previstas e os seus direitos e deveres como cidadãos.

Ademais, a participação popular e a diversidade que emana do pluralismo certamente encontram dificuldades procedimentais para se expressar diretamente no processo legislativo. Como exemplo, cite-se o disposto no artigo 61, parágrafo 2º da Constituição Federal, que dispõe que a iniciativa popular de leis requer a apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Trata-se de tarefa difícil, sobretudo em face da diversidade de interesses, de forma que não é fácil alcançar os percentuais constitucionalmente exigidos para a apresentação de propostas legislativas populares<sup>213</sup>.

Assim, tem-se uma Constituição compromissária no interior de uma sociedade heterogênea, que ainda concentra decisões fundamentais de políticas públicas no Executivo e no Legislativo, reiterando-se que a Constituição Federal de 1988 não trouxe previsões procedimentalmente suficientes e simples para a promoção da efetiva participação popular<sup>214</sup>.

Associado a isso, “não se prevalecem direitos sociais onde não há canais democráticos por onde sejam conduzidas as reivindicações e as exigências para que seja cumprida a lei”<sup>215</sup>.

No tocante ao papel exercido pela mídia<sup>216</sup>, registre-se que:

Todas essas considerações acerca da democracia participativa e da necessidade de fazer do Direito Constitucional uma espécie de muralha defensiva contra a recolonização, ficariam, decerto, incompletos se não fizéssemos menção ao triste papel que os meios de comunicação têm exercido, como órgãos responsáveis, em grande parte, pela passividade do povo diante dos assaltos da globalização e do neoliberalismo à soberania nacional. [...] Com efeito, a mídia, nas mãos da classe dominante, é a mais irresistível força de sustentação do status quo e de seus governados conservadores, impopulares, injustos e reacionários. [...] Afastá-la daquelas mãos, democratizá-la, protegê-la, mediante dispositivos constitucionais que lhe assegurem a legitimidade no exercício de suas funções e deveres sociais, é o primeiro dos pressupostos da democracia participativa.

---

<sup>213</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 243.

<sup>214</sup> A esse respeito, registre-se que interessantes procedimentos jurídicos foram apresentados antes da Constituição Federal de 1988, com ênfase na participação popular no processo legislativo. Tem-se, por exemplo, a efetiva responsabilização dos detentores do poder em face da inobservância de um dever constitucional e a efetiva atribuição a órgãos específicos da fiscalização e controle recíprocos do cumprimento das disposições constitucionais, conforme GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 244-245.

<sup>215</sup> Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1987-8, p. 11053.

<sup>216</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 47.

Nesse sentido, merece destaque as afirmativas contundentes relativas ao domínio dos meios de comunicação e a utilização destes como instrumento de alienação social, por parte das classes dominantes, de forma a se manterem no poder. A democratização da mídia, portanto, é uma das medidas necessárias à implementação da Democracia Participativa.

Percebe-se que é necessário haver um controle, uma repressão social nos meios de comunicação que domesticam a população, que acabam por excluí-la da vida pública, isentam-lhe da participação na política, contribuindo assim para a inércia social, para a decomposição de uma sociedade que vive pacificamente, na miséria e no caos.

Há um fascismo social dos meios de comunicação, que servem como instrumento de alienação da sociedade<sup>217</sup>:

[...] Obviamente, não há democracia sem povo. Tampouco haverá povo enquanto perdurar o 'fascismo social' dos meios de comunicação, enquanto estiverem estes debaixo da tutela da elite governante, enquanto não se purificarem as águas do poder, enquanto os donatários das capitâneas da recolonização formarem, com a força do seu patronato, a suposta opinião pública.

[...] Se não resolvermos o problema da mídia, não resolveremos jamais o problema da democracia neste país. Todo o regime constitucional que se estabelecer sem a efetiva participação do povo em grau de soberania será tão-somente formalismo, simbolismo, nominalismo; nunca realidade, fato, substância.

Dessa forma, é papel dos juristas<sup>218</sup>, da comunidade acadêmica, dos discentes, dos docentes de Direito, a denúncia do papel exercido pela mídia que tem servido como instrumento de decomposição social e de manutenção do domínio da elite. Se a mídia não for democratizada, se ela não se prestar a serviço dos reais interesses do povo, não haverá que se falar em democracia participativa, pois a população permanecerá na inércia social e, assim, a concretização da Constituição Federal, dos direitos fundamentais e da dignidade de milhões de brasileiros, continuará sendo uma utopia e não uma realidade e uma prioridade estatal.

---

<sup>217</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo, Malheiros, 2001, p 48.

<sup>218</sup> Quanto ao papel dos juristas, pontue-se: “Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropológicamente simpático ou amigo (amigo das classes populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.), como diz Canotilho. Mais do que isso, importa, hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, como a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas.”, conforme CLÈVE, Clemerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória.* In **Uma vida dedicada ao direito:** homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

Os bloqueios impostos pela classe dominante, pela elite egoísta, que esfacela a população, tornando-o em escória social, para usufruir do capital nacional para seu benefício próprio e luxos extremos, devem ser eliminados. E quem irá fazê-lo, senão as pessoas? Bonavides<sup>219</sup> descreve bem esse povo. Trata-se de:

Um povo sem pão, sem terra e sem a fraternidade, uma sociedade sem justiça, sem pátria e sem família - eis aí a extrema privação de valores, acompanhada da suprema negação de princípios, configurando o perfil silencioso de uma ditadura constitucional que desampara as instituições, posterga a tradição federativa e republicana, infelicitiza a Nação, flagela o universo social e corrompe, com o apoio das elites reacionárias e dos corpos privilegiados, um sistema de poder do qual a Nação se acha materialmente desapossada. [...] O governo perdeu a consciência da nacionalidade, da soberania e da Constituição.

Em face do perdimento da consciência de cidadania, nacionalidade, de concretização necessária dos Direitos Sociais, dos interesses e necessidades da população, o contexto social, político e jurídico do Brasil carece por um Constitucionalismo de luta, sob pena de permanecerem milhares de brasileiros como hipotéticos cidadãos, que na verdade, assemelham-se a escravos brancos, pardos e negros. Uma sociedade livre, justa e solidária, inexistirá.

Mas o sonho de uma nação composta por homens livres, por cidadãos dignos, por um povo genuinamente titular de todo o poder, por um governo autenticamente representativo da vontade social, haverá de se concretizar. Mas se faz necessário que haja resistência e a luta, por meio da participação popular. A solidariedade deve tomar o espaço do egoísmo. A luta e a resistência, da inércia social. A moralidade pública e social, da corrupção política. A democracia participativa, da fragilizada democracia representativa brasileira. Eis o desafio da sociedade Brasileira.

O Estado Democrático de Direito exige que a Constituição simultaneamente assegure a separação de poderes, a garantia dos direitos fundamentais e a possibilidade de participação popular não apenas nos certames eleitorais, mas também na própria gestão e controle das políticas públicas e na multiplicidade de meios de tutela dos direitos fundamentais sociais<sup>220</sup>.

A baixa participação popular, no que tange à pressão política para tornar eficazes os direitos fundamentais sociais, é fruto também da naturalização do poder pela sociedade, ou seja, da concepção de que o exercício dos poderes políticos pela sociedade civil prescinde da ação política contínua e incisiva dos movimentos populares. Tem-se, então, a ritualização do poder:

---

<sup>219</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 50.

<sup>220</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 192.

os cidadãos ativos são apenas eleitores que, periodicamente escolhem seus supostos representantes<sup>221</sup>.

A problemática reside, todavia, quando as políticas públicas levadas a efeito pelo Estado (gênero) não concretizam eficazmente os direitos fundamentais sociais. A sociedade civil, por sua vez, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem se limitado a criticar o exercício dos poderes, mas não tem, de forma efetiva e abrangente, reivindicado a concretização constitucional e lutado por ela<sup>222</sup>.

A participação popular suscitada, assim, deve ultrapassar a mera eleição dos integrantes do poder legislativo que, na prática, não representam os interesses sociais. Deve ser enaltecida e fomentada a referida participação<sup>223</sup>.

Assim, o ideal democrático está de certo modo por ser reinventado, ou ao menos deverá ser revivificado. “Efetivamente, o que está em julgamento é a capacidade de cada pessoa de conduzir-se como um verdadeiro cidadão, consciente dos problemas coletivos e desejosos de participar da vida democrática”<sup>224</sup>.

#### 5.4 A SOCIEDADE COMO METÁFORA E COMO AGENTE POLÍTICO EMPÍRICO

Friedrich Müller, no estudo voltado para o Poder Constituinte do Povo<sup>225</sup>, expõe que a sociedade não deve figurar como metáfora, mas sim como sujeito político empírico. Reclama que a sociedade deve estar em cena, no plano das instituições, como agente de controle e de responsabilidade na eleição e destituição do mandado por votação.

Nesse sentido, Müller destaca que para o poder do Estado, a sociedade é o ponto de partida da legitimação e simultaneamente a instância perante a qual esse poder deve se responsabilizar permanentemente<sup>226</sup>. Trata-se de um desafio e necessidade, portanto, promover

---

<sup>221</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 250.

<sup>222</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 251.

<sup>223</sup> Como assevera Coutinho, “Ninguém se alimenta de texto gráfico; é preciso transformar a realidade [...] Basta começar”, conforme COUTINHO, Aldacy Rachid. O direito constitucional a um mínimo salarial. Revista Brasileira de Direito Constitucional (**Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional**), v. 3, ano 2003, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n 3, 2003, p. 127.

<sup>224</sup> TUVILLA RAYO, José. **Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global**; Trad.: Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 179.

<sup>225</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 37 e ss.

<sup>226</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

a politização da sociedade, torná-la além do plano teórico, como sujeito político, perante o qual as instâncias estatais devem se responsabilizar, uma vez que:

Nem sempre os homens morrerão em silêncio. Isto porque, se a fome leva alguns à letargia e ao desânimo irremediável, ela conduz outros temperamentos nervosos ao desespero. Em seu sofrimento, estes podem derrubar o que resta de organização, e afogar a civilização em suas desesperadas tentativas de satisfazer as prementes necessidades individuais. Este é o perigo contra o qual todos os nossos recursos, coragem, idealismo devem cooperar<sup>227</sup>

Acredita-se, assim, que em algum momento, a sociedade despertará para a vida política e contra os abusos perpetrados pelo Estado. Mas, o ideal defendido é a politização social e a inserção natural da população no mecanismo político.

Como consequência lógica da politização social, Müller<sup>228</sup> pontua que isso apenas seria possível através da participação decisivamente orientadora da população no interior dos partidos e associações políticas, ou ainda, através de legislação ou jurisdição popular, por meio de formas de democracia direta.

Dessa forma, a participação social nos partidos políticos, associações e no processo de legislação e jurisdição popular deve ser significativamente ampliada, assim como o direito à resistência, diante de escândalos de corrupção política e econômica e dos desvios e descumprimentos crassos dos ditames constitucionais.

Portanto, para que se possa afirmar que todo o poder emana do povo e é por este exercido, direta ou indiretamente, a população deve ser inserida no contexto político e constitucional do Estado, para que tal afirmativa seja legítima, real e não apenas uma teoria, apenas. Isto porque o Estado não é o titular, tão pouco a fonte dos poderes que detém. Outrossim, é apenas a sua realização, por meio de sua atuação na defesa efetiva dos direitos sociais.

Entretanto, na ausência da ansiada representação dos detentores de mandatos eletivos e no patente desvio da função estatal, com a violação desenfreada dos preceitos da Constituição Cidadã, de forma a reduzi-la a mera letra de lei sem força normativa, compete à sociedade exercer a função de controle, fazendo com que o exercício do poder seja descentralizado. Para

---

<sup>227</sup> KEYNES *apud* GONÇALVES in **Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente**, Claudia Maria da Costa Gonçalves / 3<sup>o</sup> Edição / Curitiba: Juruá, 2013, p. 50.

<sup>228</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

tanto, uma educação popular abrangente, que encaminhe a sociedade a uma consciência política, se faz necessária<sup>229</sup>.

Nesse plano, a sociedade deve ser compreendida como poder homogêneo, capaz de ação política. Se não houver a inserção da população na política, não se pode afirmar que o poder emana do povo ou que este é o seu titular.

Outra grande problemática, nesse contexto de alienação, reside no fato de que as pessoas costumam ocupar-se com outros assuntos que lhe são mais afetos, mais importantes e próximos, de forma que se quedam inertes em matéria de política constitucional. São pouco treinadas a perceber e defender suas possibilidades de autodeterminação políticas. Estão ocupadas demais para isso e limitam-se, em sua atuação política, apenas a votar – isso porque são obrigadas por lei.

“Em regra, à exceção dos impostos, serviço militar, deveres genéricos de auxílio, estado de emergência, quer dizer, à exceção das necessidades extremas ou fundamentais do Estado, basta não infringir as leis<sup>230</sup>”. Destaque-se que os seres humanos tendem à inércia, na qual uma situação material suportável ou tida como suportável já custa um esforço suficiente. Ir além dessas condições exige uma motivação adicional, particular em seu conteúdo.

Eis um autêntico retrato social que carece de transformação. A sociedade, de fato, não é conduzida à consciência política, à luta por seus direitos, ao exercício da cidadania, ao controle das políticas públicas, do orçamento público, da atuação estatal. A deflagrada situação, de certa forma, imobiliza todo o contingente social, de forma que o povo se acomoda, ainda que a realidade lhe seja profundamente indigna, de forma que a própria população paga um alto preço pela inércia social.

Nesse contexto, é interessante destacar que os cidadãos acreditam que ao buscarem apenas a sua felicidade, seus próprios interesses, totalmente apartados do bem comum, não sofrerão quaisquer consequências. Todavia, percebe-se que essa busca não pode se dar de forma isolada e individual, em detrimento de parcelas da população que não dispõem de oportunidades para a mesma busca. Isso porque na medida em que algumas pessoas do grupo social não alcançam oportunidades, felicidade, concretização de direitos sociais, essas pessoas interferirão

---

<sup>229</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

<sup>230</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p 96-97;

diretamente na esfera privada daquela parcela da população que se detém apenas a seus próprios interesses<sup>231</sup>.

Logo, é necessária a alteração da mentalidade das pessoas, do comportamento hodierno que está irrestritamente voltado para o bem individual, dissociado do bem comum. Isso porque o fenômeno social corresponde a um sistema macro, onde a existência de subsistemas diretamente opostos, marginalizados, excluídos ou apartados do fenômeno jurídico e social repercutirão na desestruturação de todo o sistema social.

Quanto a inércia existente na sociedade, tem-se que ela pode ser classificada em três planos<sup>232</sup>, a saber: inércia como indivíduos, uma vez que os mesmos são paralisados no entorno político; inércia social, vislumbrada nos grupos, onde a maioria dos membros delega funções e posições de liderança à outras pessoas. E por fim, a inércia histórica que pode ser identificada a olho nu: segundo ela, é mais difícil mudar estados existentes do que mantê-los<sup>233</sup>.

É bem verdade que é mais difícil mudar estados existentes do que mantê-los. Entretanto, ao mantê-los, deve-se ter a ciência de que em um dado momento, o contingente social se desestruturará, o capitalismo esmagará a população desprovida de recursos, esta se voltará contra o sistema e a convivência pacífica e harmônica em sociedade restará, num todo, impossibilitada.

Logo, verifica-se que a citada politização da população, as ações de cidadania, a reivindicação social por uma atuação estatal que priorize a promoção dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, conforme determinou a Constituição Federal de 1988, terá que vencer inúmeros desafios, dentre os quais está a inércia generalizada.

Enquanto tais fenômenos não ocorrem, de forma pesarosa, não há como se reconhecer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que nele o poder emana do povo, que, além do plano teórico, a dignidade da pessoa humana é o seu princípio basilar. Haverá a convivência com as leis da inércia, com o poder do povo, com uma Constituição Cidadã, apenas enquanto ilusionismo ideológico.

---

<sup>231</sup> É o que ocorre com a Segurança Pública. Por existir parcelas da população marginalizadas, sem qualquer gozo dos Direitos Sociais, as mesmas não aderem ao sistema, não possuem adesão às normas impostas pelo Estado, não se submetem ao Direito Penal, por exemplo, mas atuam na égide de seu próprio sistema, um sistema paralelo regido por outras normas e comandos. Tal parcela da população atua na criminalidade, afeta diretamente direitos fundamentais como o direito à vida, à segurança, à propriedade, de forma que todo o sistema social, de alguma forma, suportará a incidência de efeitos dessa marginalização.

<sup>232</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

<sup>233</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99

Faz-se necessária a promoção da politização da população, para torná-la, além do plano teórico, além de uma metáfora e ícone, como sujeito político, perante o qual as instâncias estatais devem se responsabilizar e cujo poder por ele e em seu favor seja exercido.

## 5.5 O CONHECIMENTO DA CONSTITUIÇÃO E O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTOS ENSEJADORES DO PROGRESSO CONSTITUCIONAL

A importância salutar da participação social, nos termos já delineados, constitui um importante e indispensável passo para que seja alcançada a força normativa da Constituição no que toca, em especial, aos Direitos Sociais.

Entretanto, para que seja possível a referida e anunciada participação, se faz necessária uma cultura constitucional que propague os conceitos, valores e direitos relativos à Lei Maior para a sociedade, uma vez que a defesa da Constituição pressupõe o conhecimento dela.

A Constituição Federal de 1988, no que toca ao seu conteúdo atinente aos direitos fundamentais sociais, tem sido, como já esboçado, flagrantemente violada e, portanto, tais dispositivos, para alcançarem força normativa, necessitam de defesa, de luta.

Todavia, é bem verdade que não se defende algo que não se conhece. Assim, para a defesa das normas constitucionais definidoras de direitos sociais deve haver o conhecimento de tais normas, de sua aplicabilidade, da ilícita omissão estatal, dos mecanismos que a sociedade possui para exigir e responsabilizar as instâncias estatais frente à sua má administração e gestão dos recursos públicos.

Nesse sentido, se faz necessária uma ação que inclua a Constituição no contexto social, popular, em todas as esferas da sociedade. Isso não é tarefa difícil, uma vez que a Constituição não é algo abstrato e apartado da realidade social. Do contrário, é algo concreto que permeia e disciplina a vida dos cidadãos e a atuação estatal.

A ignorância quanto a Constituição é a maior aliada da sua violação pois, como exposto, não se pode defender algo que não é difundido, propagado, conhecido e é nesse cenário que subsiste, mesmo com a vigência de uma Constituição Cidadã, a existência de um Estado que tem uma das maiores cargas tributárias do mundo e que, paralelamente, possui um índice de desenvolvimento humano que figura entre os menores do mundo.

Nessa pedagogia de propagação Constitucional, deverá ser fomentado um sentimento político nos membros de uma dada sociedade para que haja a busca pelo bem comum e desenvolvimento desta.

Pablo Lucas Verdú<sup>234</sup> preleciona que ao Estado cabe produzir um sentimento político comum aos seus membros, um amor à pátria, um sentimento constitucional que possibilitará o progresso do Estado, o bem de todos. “O progresso constitucional será autêntico quando, em seu âmbito total e, principalmente em suas linhas gerais, formos conscientes de que ele só pode ser realizado por um grande número de grupos e de cidadãos<sup>235</sup>”.

A citada afirmativa apresenta grande propriedade, uma vez que não há possibilidade fática de Progresso Constitucional quando inexistente o engajamento de um grande número de cidadãos e grupos distintos, comprometidos com o mesmo ideal ainda mais quando os detentores do poder não estão comprometidos, muito pelo contrário, agem contra esse fim de bem comum.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, por exemplo, apesar de desempenhar um grande papel para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais não é capaz, isoladamente, de promover o real progresso traçado pela Constituição Federal de 1988, sem que haja, paralelamente, a ação social, a atuação do Poder Executivo com a implementação de políticas públicas, com uma Administração Pública eficiente e proba. Somente com o engajamento de todo o corpo social e aparato estatal será possível vislumbrar um real progresso Constitucional.

Logo, as Constituições que preveem diretrizes e direitos sociais expressivos, exigem dos cidadãos uma elevada consciência constitucional e uma dedicação em uma atuação e controle para garantia e alcance de interesses sociais superiores.

A esse respeito, tem-se notadamente que a Constituição Federal de 1988 corresponde, em seu inteiro teor, a uma Constituição que prevê metas sociais ambiciosas, contudo, ineficazes, certamente por inexistir, por parte do Estado e dos cidadãos, essa elevada consciência e dedicação aos interesses superiores. A esse respeito, Verdú propõe<sup>236</sup>:

O Estado moderno, na medida em que pretende ser e continuar sendo uma comunidade capaz de projetar-se fora de si mesmo, requer a difusão social de uma forma particular de consciência civil, aberta ao consenso, que tem por objeto o valor da solidariedade entre os estranhos, que supõe um ‘amor ao alheio’ exigente e comprometido. Quanto a esses valores, implica-se também a sua adesão, por meio de uma vinculação moral dos cidadãos ao Estado. Trata-se de uma adesão de ordem intelectual e sentida, uma vez que a efetividade do Direito Constitucional não depende das formulações jurídicas. Depende, outrossim, da adesão emocional que os referidos valores suscitam.

---

<sup>234</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo Do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 128;

<sup>235</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo Do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 128;

<sup>236</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo Do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.138-139.

“Assim, pois, a efetividade constitucional é igual à normatividade e garantismo técnico-jurídico + realidade constitucional promovida e livre de obstáculos + adesão afetiva aos elementos precedentes ou que se desprendem da Constituição”<sup>237</sup>.

Pelo exposto, como mecanismo de concretização dos direitos sociais não figuram os recursos técnico-jurídicos, de forma que é imprescindível a adesão, o apreço, o sentimento constitucional e o engajamento por parte do Estado, da população, da nação.

---

<sup>237</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo Do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 151-152.

## 6 A ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Chegou o momento em que o Direito, enquanto Ciência primordial para a pacificação, convivência e estruturação social, deve vencer, por meio dos seus operadores e juristas, o aspecto puramente teórico e apartado da realidade da sociedade hodierna.

A concepção do Direito apenas como fenômeno teórico, apartado de fatos sociais e de valores já foi ultrapassada em face do novo constitucionalismo, que teve a pretensão de propiciar maior força normativa aos ditames constitucionais.

Mas ainda há um grande desafio para os juristas e para a sociedade do presente século: Transladar aspectos fundamentais do Direito, do dever ser, para a realidade social. É com vistas a contribuir para esse desafio que o estudo da elaboração e implementação de políticas públicas se faz plenamente pertinente e necessário. Ei-lo a seguir.

### 6.1 COMPREENSÕES GERAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais, também denominados direitos prestacionais, nasceram, como visto, com o intuito de possibilitar aos indivíduos melhores condições de vida social e econômica, reduzindo a desigualdade e objetivando propiciar a justiça social. Ao invés da abstenção estatal, esses direitos requerem a atuação do Estado, por meio de prestações positivas, para que ocorra a sua concretização<sup>238</sup>.

Os direitos sociais decorrem da existência de desigualdades e de situações de necessidade por parte de seus titulares. Se caracterizam como direitos de libertação da necessidade, como direitos de promoção, decorrendo do direito geral à igualdade<sup>239</sup>.

Os direitos em alusão não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais<sup>240</sup>. Como já estudado, os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, condicionar a aplicação desses direitos previstos constitucionalmente à edição de leis ou

---

<sup>238</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015, p. 03.

<sup>239</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

<sup>240</sup> KRELL, Andrea J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 19.

decretos é algo que deve ser rejeitado pela doutrina, posto que essa condição implica reconhecer maior força à lei e ao decreto que a própria Constituição<sup>241</sup>. É nesse ínterim que as políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos sociais, devem ser prioritariamente adotadas, independente de regulamentação ou novas legislações atinentes à matéria social.

A expressão ‘política pública’ apresenta o substantivo ‘política’, que deve ser entendido como meta ou diretriz a alcançar, correspondente a uma melhoria em algum traço político, econômico ou social da sociedade<sup>242</sup>. “A função do Estado é garantir a real eficácia dos direitos fundamentais, circunscrevendo a atuação dos poderes públicos nesse sentido. Consiste, portanto, em conferir praticidade aos princípios e valores da Constituição”<sup>243</sup> e ele o faz por meio das políticas públicas.

As referidas políticas consistem em um programa governamental, não se restringindo a normas ou atos singulares, mas antes consistindo numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social**, RDP 57-58/254, Ed. RT, Janeiro-junho/1981.

<sup>242</sup> A esse respeito, cite-se que “em vários momentos, o Constituinte de 1988 se referiu, tanto no singular quanto no plural, ao termo política com o significado de programa de ação governamental. Basta que, numa leitura passageira do texto da Lei Maior, observem-se os artigos: a) 22, IX, atribuindo competência à União para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes; b) 23, XII, estatuinto a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito; c) 39, *caput*, contemplando a instituição, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de conselho de política de administração e de remuneração de pessoal; d) 165, § 2º, parte final, segundo o qual a lei orçamentária estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e) 182, *caput*, §1º, inserto no Capítulo II (Da Política Urbana) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), ao ditar que a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal terá suas diretrizes gerais fixadas em lei federal, sendo seu instrumento básico o plano diretor; f) o 187, *caput*, § 2º, inserto também no Capítulo III (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária) do Título VII, ao prever que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva dos setores de produção, comercialização, armazenamento e de transportes, de acordo com as diretrizes indicadas nos seus incisos I a VIII, será compatibilizada com as ações de política agrícola e reforma agrária; g) 188, *caput*, ao prescrever que a destinação das terras públicas e devolutas compatibilizar-se-á com a política agrícola; h) 196, *caput*, proclamando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas; i) 200, IV, ao frisar competir ao sistema único de saúde participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; j) 204, II, ao consignar a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; l) 50 do ADCT, de acordo com o qual lei, a ser promulgada dentro de um ano, definirá os instrumentos de política agrícola”, conforme NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed., 2007, disponível em** [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015, p. 05.

<sup>243</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 35.

<sup>244</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 40, p. 72-73.

As políticas públicas são caracterizadas por um curso de ação intencional construído por um ator ou um conjunto de atores para lidar com um problema ou um motivo de preocupação. Decorrem de problemas sociais<sup>245</sup>.

É interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhados de instrumentos para efetivá-los<sup>246</sup>.

O fundamento imediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais. A função estatal de coordenar as ações públicas e privadas para a realização dos direitos dos cidadãos se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais<sup>247</sup>.

Apenas por meio de políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para a sua promoção<sup>248</sup>.

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de serviços<sup>249</sup>, etc.

Como já inclusive tratado em capítulo anterior, a execução de políticas públicas depende de gastos públicos. Logo, é no processo político-jurídico de orçamento que encontra-se a gênese. Assim, as leis orçamentárias e planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do executivo e aprovados pelo Legislativo, simbolizam o nascimento ou anulação das políticas públicas<sup>250</sup>.

A importância da tratativa de políticas públicas reside nas considerações já esboçadas de que elas são os meios necessários para a efetivação dos direitos sociais. E mais: seu fundamento reside na própria existência dos direitos prestacionais. Elas promovem o alcance dos fins traçados pela Constituição Federal.

---

<sup>245</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

<sup>246</sup> FREIRE Jr. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

<sup>247</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público** n 13, 1996, p. 135.

<sup>248</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** n 240, 2005, p. 90.

<sup>249</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** n 240, 2005, p. 90.

<sup>250</sup> A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 165, prevê: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – Plano Plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

A partir do exposto, a temática proposta das políticas públicas, desenvolvida através da delimitação de seu objeto, ciclo pertinente e elementos integrantes, se faz plausível para a temática proposta do trabalho em questão, que é o de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

## 6.2 AS FASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - PERCEPÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS À AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS IMPLEMENTADAS

Em sede doutrinária, já se reconheceu que a realização de determinadas finalidades do Estado, por meio de políticas públicas, pressupõem um procedimento a ser adotado, um ciclo a ser seguido. São várias etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas<sup>251</sup>.

Partindo da compreensão de que as políticas públicas são cíclicas, merecem destaque as seguintes fases de sua formação e execução: a definição da agenda pública, a formulação e escolha das políticas públicas, a implementação pelo órgão competente e a avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição Federal<sup>252</sup>.

Na primeira etapa, citada de definição da agenda pública, é crucial fixar a seguinte compreensão quanto a mesma: O Estado, nesse prelúdio, deve fazer um estudo e levantamento dos problemas socioeconômicos e governamentais que demandam a sua atuação. Considerando que os recursos são escassos, é bom alvitre considerar quais são os problemas mais graves do Estado, em termos de carência e extrema urgência de políticas públicas, para que sejam direcionados esforços, ações e recursos cabíveis para a atuação estatal na resolução do problema ou deficiência social em questão.

Assim, nesse primeiro momento, entende-se que o Estado, por meio do levantamento de dados, por exemplo, da concretização ou violação dos direitos sociais, deverá buscar a resposta para a seguinte pergunta: em face da limitação orçamentária, considerando o mínimo existencial que deve ser propiciado à população, quais direitos sociais carecem de mais investimento no âmbito da atuação do referido Estado?

Nessa etapa inicial, é bem verdade que pode haver participação popular no processo de levantamento e definição da agenda pública, ou seja, das reais e maiores necessidades da

---

<sup>251</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

<sup>252</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

população<sup>253</sup>. Todavia, compreende-se que em face das dificuldades inerentes à esse processo de abertura democrática, é mais indicado que haja o levantamento de dados pelo próprio poder público e a proclamação de decisões de gestão, sempre abertas e divulgadas em meios oficiais, para então poder haver a participação da sociedade, das instituições representativas dos interesses sociais, como o Ministério Público, dentre outros.

O que pretende-se dizer é que o Poder Público deverá detectar problemas sociais que demandam a sua ação e, no processo de formação de políticas públicas, tornar público o referido procedimento de forma que a sociedade tenha a possibilidade de impugnar determinadas decisões que forem pautadas em dados falaciosos ou que não atendam ao interesse público.

É crucial incluir nessa etapa a análise jurídica, que possui inúmeras implicações. No Estado que adota uma Constituição dirigente, como é o caso do Brasil, o texto do principal documento jurídico sempre trará determinações relativas à agenda institucional. Logo, parece haver um novo tipo de agenda: A Agenda Constitucional, que deve condicionar à Agenda estatal, limitando o Estado e reclamando tipos de ações governamentais para a sua concretização<sup>254</sup>.

Cabe ainda ao legislador definir a quantidade de dinheiro que será retirada da sociedade para a realização de tais metas públicas, bem como da proporção que ficará disponível para cada tema de relevância social, o que faz por meio do orçamento público<sup>255</sup>.

Quanto ao orçamento público, deve ser repisada a importância da realização do controle orçamentário defendido no presente estudo, em capítulo anterior, uma vez que as escolhas realizadas pelo executivo e legislativo, no tocante à destinação e aplicação das verbas públicas devem atender ao interesse público e às diretrizes da Constituição Federal, de forma que o controle do orçamento trata-se de mecanismo assecuratório desse fim.

Na etapa secundária do ciclo de políticas públicas ora tratado, tem-se a formulação e a escolha das políticas públicas. A primeira equivale ao momento em que o Estado e até mesmo

---

<sup>253</sup> A esse respeito, “os agentes eleitos (legisladores e administradores) são, por dever de ofício, os responsáveis por perceber e incluir na discussão pública determinado assunto relevante para a coletividade, mas isso não exclui a participação da sociedade civil, que pode ocorrer por meio de associações privadas, meios de comunicação de massa, sindicatos, grupos de *lobby*, e mesmo indivíduos autônomos com grande capacidade de mobilização pública”, conforme FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50-51.

<sup>254</sup> CANOTILHO, Joaquim José G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Coimbra: Coimbra, 1994, p. 15.

<sup>255</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

atores sociais apresentam diversas soluções para os problemas e necessidades percebidas na fase anterior, que o Estado deve resolver<sup>256</sup>.

Nesse contexto, quanto à escolha de políticas, cite-se o modelo puramente racional, que tem como objetivo a definição do problema e o levantamento de todas as estratégias possíveis, assim como todas as consequências dignas de nota de cada uma delas, para que, com base em uma avaliação de custo-benefício, seja escolhida a melhor de todas<sup>257</sup>.

Em seguida, têm-se as etapas de implementação pelo órgão competente das políticas formuladas e, por fim, a avaliação das políticas públicas realizadas. No tocante à implementação das políticas públicas pelo órgão competente, o principal dessa fase é romper com a burocratização estatal, bem como ineficiência e omissão. A fiscalização da sociedade e especialmente do Ministério Público e do Poder Judiciário é crucial para a implementação em questão, uma vez que o Estado não terá margem discricionária ilícita e descabida para não concretizar disposições orçamentárias destinadas a concretizar direitos sociais por meio das estudadas políticas públicas.

Assim, caberá aos entes estatais não apenas fazer o levantamento das necessidades e problemas sociais presentes em seu âmbito de atuação, escolher políticas públicas adequadas para concretizar os direitos sociais. A destinação de recursos no orçamento público para esse fim é necessário, de forma prioritária, já que a efetivação dos direitos sociais é prioridade e o fim do Estado Democrático de Direito. Por fim, a implementação, pelos órgãos competentes, de todas as políticas públicas previamente planejadas, deverá ser realizada pelos entes respectivos e a fiscalização e atuação da sociedade e do Ministério Público, bem como do Poder Judiciário, para assegurar o êxito e a devida aplicação dos recursos públicos para o fim colimado, se faz fundamental em todas as etapas.

Na derradeira etapa elencada, qual seja o momento da avaliação das políticas públicas realizadas. Nesse momento, é importante verificar se os fins traçados pelo administrador, em face dos problemas sociais detectados, foram alcançados. Tanto a Administração poderá fazer essa análise, assim como os atores sociais e instituições fiscalizatórias podem fazê-lo. Para que uma análise ou avaliação seja possível, mister se fazer a publicização de todos os atos da atividade estatal, conforme já preconizado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>256</sup> Convém registrar que a participação de atores sociais pressupõe um conhecimento técnico destes, o que diminui o campo de atores capazes de contribuir para a formulação dessas políticas públicas, conforme FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

<sup>257</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

O controle pode ser de legalidade (que envolve também a fidelidade orçamentária e financeira), de mérito e de boa administração, compreendendo este último a eficiência, a produtividade e a gestão<sup>258</sup>.

Ainda no âmbito de avaliação dos recursos empreendidos e das políticas públicas efetivamente empregadas, cite-se o controle externo exercido pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, cuja função precípua é de auxílio e orientação ao Poder Legislativo, cabendo-lhe elaborar parecer para o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo<sup>259</sup>.

Por fim, ainda no tocante à avaliação das políticas públicas, tem-se o Poder Judiciário como poder competente, nos termos da Constituição, para reconhecer a inconstitucionalidade de atos da Administração Pública que confrontem o texto constitucional, restando controversa a possibilidade de esse poder efetuar ingerência sobre decisões relativas aos demais poderes estatais, sobretudo quando estiver envolvida a discricionariedade administrativa ou legislativa<sup>260</sup>.

Entretanto, também como já estudado em capítulo anterior, em face das prioridades e disposições incontroversas da Constituição Federal a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos sociais e da destinação do Estado Democrático de Direito consistente em assegurar o exercício destes, não há que se falar em ingerência do judiciário quando houver flagrante omissão estatal no que diz respeito à adoção de políticas públicas concretizadoras de Direitos Sociais, uma vez que os ditames da Constituição não admitem descumprimento pela Administração Pública que, inclusive, deve-se lembrar, está adstrita, em sua atuação, ao princípio da legalidade que lhe confere a possibilidade de fazer ou deixar de fazer apenas e exatamente o que a lei assim determinar. Essa temática ainda será tratada em tópico oportuno.

---

<sup>258</sup> MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 447.

<sup>259</sup> Registre-se que a Constituição Federal destinou importante papel a tais cortes administrativas, ao determinar que elas deveriam realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70, caput e 71, IV, da CF/88), em todas as esferas de poder, de maneira que sua função não se restringe a coadjuvar os legisladores, conforme FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62.

<sup>260</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.

### 6.3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais equivalem às normas constitucionais que carecem de força normativa, uma vez que inexiste ação estatal efetiva para a sua promoção, que ocorre através da adoção de políticas públicas voltadas para esse fim. A consequência dessa inconstitucionalidade por omissão é o desprezo às normas de caráter fundamental e a mandamentos constitucionais que devem ser observados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, considerando a omissão da Administração Pública em concretizar os referidos direitos sociais, necessária se faz a abordagem no que diz respeito à discricionariedade administrativa, utilizada de maneira equivocada, em matéria de concretização desses direitos, de forma a evidenciar que inexiste fundamento constitucional que legitime a suposta margem de escolha da Administração Pública em não concretizar os direitos em alusão.

O Estado Democrático de Direito se aperfeiçoa na concretização dos direitos fundamentais. A não aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais deve se constituir em exceção e apenas quanto a direitos que comportem alguma margem de discricionariedade exigindo, ainda, em todo caso, justificativa plausível do poder público. Deve ser mantido inviolável o núcleo de materialidade que a Constituição quer proteger. Fora desses casos, se tem arbitrariedade do poder público ou uma ditadura Constitucional<sup>261</sup>.

Nessa temática de defesa dos direitos fundamentais e de abuso da discricionariedade administrativa, Artur Cortez Bonifácio defende o direito de petição. Considera o disposto no artigo 5º, caput da Constituição Federal que garante (no inciso XXXIV) que é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em duas situações: defesa de direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder<sup>262</sup>.

Além da necessária defesa dos direitos fundamentais sociais, deve-se destacar a oportunidade de utilização do direito de petição também para fazer face contra os atos de ilegalidade e abuso de poder. A prática de tais atos revela um desvio de conduta da administração, um desvio de finalidade, uma atitude que exorbita os comandos legais, na medida em que o ato administrativo não atende ao interesse público e lesiona o patrimônio, a

---

<sup>261</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 126.

<sup>262</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 123.

moralidade administrativa, a probidade, dentre outros princípios e regras inerentes à Administração pública<sup>263</sup>.

Como já estudado no presente trabalho, o Estado, através do planejamento e da gestão financeira, é o principal promotor do desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento e execução orçamentária, o Estado deve atuar de forma muito ampla para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, reduzir as desigualdades sociais e regionais, integrar social e politicamente a totalidade da população<sup>264</sup>.

Num plano conceitual, discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para escolher, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante casos concretos, com o fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade definida em lei<sup>265</sup>.

É importante dizer que a discricionariedade administrativa, entendida como uma margem de subjetividade que o ordenamento jurídico reconhece no ato administrativo, não está condicionada ao livre arbítrio do administrador. Se a discricionariedade, seja em que esfera do Estado for, romper suas fronteiras delimitadas pela lei, ela será inválida enquanto processo de decisão<sup>266</sup>.

O espaço para a utilização do juízo de discricionariedade pela Administração Pública só é admitido se houver uma norma jurídica que lhe confira tal poder e à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo sob a égide da Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988, tem-se que inexistente dispositivo legal que conceda tal prerrogativa discricionária à Administração Pública com matéria atinente a direitos sociais, para concretizá-los ou não.

A Constituição Federal não confere à Administração Pública possibilidade ou espaço para discricionariamente decidir concretizar ou não os direitos sociais, através da adoção de políticas públicas, uma vez que estes possuem aplicabilidade imediata e a República Federativa do Brasil foi destinada a esse fim<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 123.

<sup>264</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158.

<sup>265</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**, 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 761.

<sup>266</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46.

<sup>267</sup> No preâmbulo, o constituinte originário instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o pleno exercício dos Direitos Fundamentais Sociais, o exercício da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, sendo estes os valores supremos de uma sociedade fraterna.

Nessa temática, como inclusive exposto em capítulo anterior, não há que se falar em manifestação discricionária, uma vez que haverá de reconhecer-se uma priorização no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expreso desejo do Constituinte de 1988 em erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), bem como serem objetivos fundamentais desta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Dessas normas, insertas no Título I (dos Princípios Fundamentais), decorre a primazia dos direitos sociais. A concretização dos novos direitos fundamentais é de ser reputada, sem sombra de dúvida, obrigação constitucional dos entes políticos”<sup>268</sup>.

Desse modo, o Poder Público deve ser compelido a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias, evitando os remanejamentos de recursos para outras finalidades, assim como o Estado deve ser obrigado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Executivo<sup>269</sup>.

Logo, não há discricionariedade, possibilidade de utilização de juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública quando se trata de implementar políticas públicas, de forma prioritária, para promoção dos direitos sociais, uma vez que o Estado possui o dever constitucional de concretizá-los, cabendo uma margem de discricionariedade apenas na forma de fazê-lo mas sem distanciar-se da finalidade previamente prevista pelo legislador, perante a qual a administração deve ater-se em sua atuação.

Nesse contexto, a discricionariedade reside na forma de adoção das políticas públicas e na escolha dos mecanismos que o Estado dispõe para alcançar a finalidade já determinada pelo legislador.

Assim, concebe-se que a discricionariedade em alusão se apresenta tanto na decisão dos instrumentos para a realização de políticas públicas, quanto em matéria de dispêndio público<sup>270</sup>, no sentido de alocação das verbas estatais para cada rubrica de política pública e direito social específico.

---

<sup>268</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

<sup>269</sup> CLÉVE, Clémerson Merlen. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. v. 3. Curitiba, 2003, p. 299.

<sup>270</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

A existência da referida discricionariedade administrativa possui como um dos fundamentos o fato de que é impossível que o legislador preveja todas as situações do mundo dos fatos nas normas que ele elabora. Pode-se assim dizer que a discricionariedade é um defeito e um efeito da subsunção<sup>271</sup>.

Entretanto, como já debatido, não compete ao administrador fazer juízo de oportunidade para um fim político-econômico posto no texto normativo, ou seja, não há espaço para uma apreciação subjetiva do administrador no que foi politicamente esgotado pelo legislador. Quer-se dizer que as políticas públicas não devem sujeitar-se, no que toca à sua implementação e destinação orçamentária prioritária, para tanto, à ilegítima discricionariedade que a lei não confere.

A liberdade que resulta do chamado “poder discricionário”, no Estado Democrático de Direito, não equivale a um fim em si mesmo e só pode ser reconhecida como instrumento legítimo se voltada para a realização dos fins constitucionais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>272</sup>.

Registre-se a posição de parte da doutrina no que diz respeito à inexistência da referida discricionariedade, posto que “nessa área, não incide manifestação discricionária nenhuma. Isso porque haverá de reconhecer-se uma priorização, no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expreso desejo do Constituinte” em conferir primazia aos direitos sociais<sup>273</sup>.

Para reduzir a discricionariedade equivocada utilizada reiteradamente pela Administração Pública, vislumbra-se que as metas, diretrizes e recursos necessários à concretização dos direitos sociais devem ser previstas no orçamento impolítico exposto em leis permanentes, de forma a constituir uma dupla garantia e imposição para que os direitos dotados de essencialidade sejam promovidos através do investimento necessário nas políticas públicas<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

<sup>272</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

<sup>273</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

<sup>274</sup> O orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. Entretanto, a flexibilidade consistente no poder de não gastar encontra limitações na Constituição, quando esta não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento, tão pouco autoriza a realização de despesas sem a previsão orçamentária, conforme MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in

O Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADPF 45/DF, como já relatado, registrou que a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois nessa matéria não há espaço para o exercício da discricionariedade do administrador. Pontuou ainda que argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação efetiva de que os recursos existentes foram efetivamente utilizados para a finalidade<sup>275</sup>.

No que diz respeito ao controle da discricionariedade da Administração Pública em matéria de políticas públicas, o judiciário, conforme já tratado em capítulo anterior, não atua ilegitimamente<sup>276</sup>, sobretudo, se for considerado que não há discricionariedade da Administração Pública quando a decisão estiver sob a disciplina de norma constitucional de densidade suficiente ou quando a postura normativa ou administrativa colida com valor consagrado pela Constituição, ainda que em norma que não tenha aplicabilidade imediata, que não é o caso dos direitos fundamentais sociais<sup>277</sup>.

Assim, nos termos inclusive do que ainda será debatido em tópico posterior, o controle da discricionariedade administrativa abusiva na tratativa das políticas públicas tem se dado a

---

**Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 376. A adoção de um orçamento impeditivo reduziria a utilização abusiva da discricionariedade administrativa e possibilitaria uma maior efetividade às atribuições conferidas aos agentes políticos, pela Constituição Federal. Convém repisar o exemplo do direito norte-americano, que consiste na distinção do procedimento das despesas discricionárias e obrigatórias. Os gastos discricionários são anualmente aprovados pela proposta de orçamento apresentada ao legislativo ao passo que os gastos obrigatórios já estão estabelecidos em leis de caráter permanentes, que devem ser dissociadas de vontade e barganha políticas.

<sup>275</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.35.

<sup>276</sup> A esse respeito, Cappelletti, com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, atualmente, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora dos seus integrantes. Isto porque: a) acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não se pode negar o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiossincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) seja pela possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes; e) em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura na qual os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos,<sup>(39)</sup> porquanto a ideia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância, conforme Cappelletti *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional In **Revista de Doutrina do TRF 4º Região**, 19º ed., 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015.

<sup>277</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional In **Revista de Doutrina do TRF 4º Região**, 19º ed., 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015, p. 12.

partir da judicialização destas, na medida em que as escolhas assumidas pelo poder legislativo e, em especial, pelo poder executivo, não encontram respaldo na legislação atinente à atuação estatal para a promoção do bem-estar social.

#### 6.4 POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PARÂMETROS DE CONTROLE

Considerando a concepção doutrinária de um mínimo existencial, as políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, definidas de acordo com a sua vocação para a materialização do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. O primeiro grupo diz respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial, que são denominadas de políticas públicas essenciais. As políticas públicas ditas não essenciais são aquelas relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais previstos na Constituição<sup>278</sup>.

A classificação exposta é uma tentativa doutrinária de arranjo institucional em prol da concretização dos direitos sociais, uma vez que determinados conteúdos não podem ficar à margem de boa vontade da Administração Pública e, por conseguinte, a consequência imediata defendida é que para as políticas públicas essenciais, o controle e juízo de conveniência e adequação pode e deve ser exercido pelo poder judiciário, em face da omissão estatal<sup>279</sup>.

No que se refere ao mínimo existencial, seu fundamento basilar, que dá ensejo às políticas públicas essenciais, é de ordem normativa constitucional, uma vez que a Constituição prevê no artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda prestações essenciais necessárias à uma vida digna<sup>280</sup>.

Quando se fala de mínimo existencial, conforme já até tratado em capítulo anterior, o primeiro conjunto de prestações ligadas à esse instituto diz respeito à manutenção da vida humana e do seu desenvolvimento. Trata-se de um mínimo existencial como um mínimo vital. O seu primeiro conteúdo básico é o de receber prestações básicas necessárias à manutenção da própria vida. Nesse aspecto, o Estado deve manter uma política pública abrangente de

---

<sup>278</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

<sup>279</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

<sup>280</sup> RIBEIRO, Gustavo Moulin. O mínimo existencial e o direito constitucional brasileiro, mimeo, 2003, p. 99. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 191-199.

fornecimento de alimentos básicos de modo gratuito ou subsidiado, sem embargo de ser reconhecido um dever individual e específico de prestar<sup>281</sup>. O direito à saúde também integra esse núcleo essencial à manutenção da própria existência.

O elemento constitucional essencial em alusão é o de que, abaixo de determinado nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais<sup>282</sup>.

A Constituição Federal de 88 veda, no artigo 5º, III, a submissão a tortura e ou a tratamento desumano ou degradante. Nessa perspectiva, qualquer situação em que o cidadão esteja submetido à essas condições, há que se falar em políticas públicas essenciais exigíveis em face da omissão inconstitucional estatal. Exemplo disso são os moradores de rua, que vivem sem a prestação do mínimo existencial e que são diariamente submetidos à situação desumana, por não gozarem do direito à moradia, dormindo nas ruas da cidade, alimentando-se de lixos, desprovidos de qualquer higienização e prestação necessária à saúde básica, educação, trabalho. São cidadãos excluídos de qualquer desenvolvimento e gozo da dignidade e da pessoa humana; estão excluídos do mercado de trabalho, do convívio social, do acesso às oportunidades de crescimento e desenvolvimento, enquanto cidadãos, enquanto pessoas.

O direito à educação básica, equivalente a um direito social, também integra a concepção doutrinária versada de mínimo existencial. Ele é condição para o exercício da autonomia individual e, num segundo momento, para o exercício pleno dos direitos de cidadania. O direito à educação básica reflete na necessidade de tornar isonômicos os indivíduos quanto ao ponto de partida dos cidadãos, no tocante à possibilidade de acesso às oportunidades e desenvolvimento, ancorados na ideia de justiça<sup>283</sup>.

A esse respeito, cite-se ainda o artigo 214 da CF/88, que assim preceitua: A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à : I - Erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino, dentre outros. Entretanto, o que se vislumbra é a ausência

---

<sup>281</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

<sup>282</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2º ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 213.

<sup>283</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.

de políticas públicas voltadas, eficaz e suficientemente, para esse fim, de maneira a ensejar o controle devido.

Existe, assim, um conteúdo que deve compor os direitos fundamentais sociais, a saber: saúde preventiva e curativa (arts. 6º e 196 da CF); educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade (art.208, I, CF), garantida sua oferta gratuita, inclusive aos que não tiveram acesso em idade própria; educação básica especializada às pessoas portadoras de deficiência, preferencialmente no sistema regular de ensino (art. 208, III, CF); creches e pré-escolas destinadas à crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV); moradia que assegure proteção nas adversidades climáticas, dotada de infra-estrutura que promova igualmente condições básicas de higiene e saúde (art. 6º c/c com o art. 1º, III, CF); previdência social, assistência social, alimentação adequada (art. 6º, CF), dentre outros. Observa-se que essa lista ultrapassa a concepção majoritária de mínimo existencial mas não sobreexcede as necessidades humanas básicas<sup>284</sup>.

Nesse contexto, deve-se repisar o posicionamento esboçado no capítulo 2 do presente trabalho. A criação doutrinária do mínimo existencial tem um fundamento plausível e normativo, como exposto, que é na dignidade da pessoa humana e também encontra fundamento em diversas normas constitucionais. A doutrina já citada defende a plena possibilidade de judicialização e, portanto, de intervenção judicial nas políticas públicas essenciais, que envolveriam os direitos integrantes no mínimo existencial por criação e entendimento doutrinário. Todavia, na hipótese da doutrina ser silente quanto ao direito social à moradia, por exemplo, não se posicionando quanto a inclusão desse direito no conceito de mínimo existencial, é plausível e juridicamente possível negar a aplicabilidade imediata desse direito e a sua judicialização, se necessário for, em face da omissão estatal, na hipótese versada da ausência dele na concepção formada pela doutrina de mínimo existencial?

O entendimento defendido é de que o mínimo existencial tem a sua contribuição para a dogmática e praxes jurídica. Entretanto, a eficácia dos direitos sociais e as políticas públicas, bem como os deveres estatais e até mesmo a pretensão dos cidadãos quanto à concretização imediata desses direitos não pode ficar condicionada à inclusão doutrinária desses dentro do rol dos direitos integrantes do mínimo existencial.

Logo, o mínimo existencial deve ser utilizado para reforçar, contribuir e conferir maior eficácia às prestações estatais concretizadoras de direitos fundamentais sociais indispensáveis à existência humana. Mas não se pode, com isso, excluir ou negar vigência e aplicabilidade

---

<sup>284</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 188-189.

imediate dos demais direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição que, a critério do legislador constituinte originário e, em decorrência de inúmeras revoluções e lutas sociais históricas, figuram como direitos de caráter essencial e fundamental, constituindo-se como devida e necessária a sua proteção sem qualquer desprestígio ou desvalor.

O princípio da proibição da proteção deficitária ou insuficiente, ainda pouco discutido na doutrina brasileira, é um parâmetro já utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas. Segundo o referido tribunal, o Poder Judiciário deverá efetuar o controle especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. Decorre desse posicionamento, a interpretação de que o STF não concebe a existência de omissão estatal ou prestação deficiente no tocante à políticas públicas ligadas à direitos fundamentais<sup>285</sup>.

O fundamento da vedação à proteção deficitária está no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas. Logo, ao Estado cabe tutelar e promover a concretização de direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas de forma eficiente, em consonância com os ditames constitucionais, de forma que não apenas a sua omissão total, assim como a sua ineficiência nas políticas adotadas deve ser alvo de controle e correção posto tratar-se de conduta que desvia e descumpra mandamentos constitucionais.

Ainda no âmbito de parâmetros de controle, cite-se o princípio da vedação do retrocesso. O conteúdo básico do princípio é a vedação da supressão ou redução injustificada do nível de concretização – por intermédio de direitos ou garantias – da Constituição por parte do legislador<sup>286</sup>.

A Constituição impõe ao Estado tarefas cuja concretização depende da edição de leis e práticas administrativas, como é o caso das garantias à saúde pública. Se o Estado não cumpre a sua função de concretizar tais comandos, incide na inconstitucionalidade por omissão; se,

---

<sup>285</sup> STF, RE – Agr 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3-2-2006 e conforme FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

<sup>286</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional, t. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 44-45.

porém, concretiza o texto constitucional e depois pretende desfazê-lo, trata-se de inconstitucionalidade por ação<sup>287</sup>.

O fundamento da vedação do retrocesso, que atua como parâmetro para o controle das políticas públicas, reside nos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança legítima, ambos decorrentes da cláusula do Estado Democrático e social de Direito, e dignidade da pessoa humana, devendo haver a ampla aplicação da vedação do retrocesso aos direitos fundamentais na disposição constitucional de aplicabilidade imediata de tais direitos. Negar a aplicação desse princípio implica conceber que a concretização dos direitos fundamentais são objeto da discricionariedade administrativa<sup>288</sup>, que num momento decide torná-los efetivos por meio da implementação de políticas públicas e, em momento posterior, decide arbitrária e inconstitucionalmente negar vigência a esses direitos não implementando mais políticas públicas.

É importante destacar que o princípio em alusão é um avanço na busca de patamares mais justos e dignos de vida material. A proibição do retrocesso impede que os direitos sociais já disciplinados e garantidos, bem como implementados através de programas de políticas sociais sejam, ao alvedrio dos Poderes estatais, extintos. Decorre, como já delineado, do princípio da segurança jurídica, que constitui um dos direitos fundamentais e ampara hodiernamente as necessidades humanas básicas, sobretudo as dos necessitados<sup>289</sup>.

Especialmente no Brasil, o princípio da vedação do retrocesso reitera que os direitos fundamentais são garantias da Constituição que foi concebida inclusive com a participação ampla dos segmentos populares. Os direitos fundamentais sociais não são concessões paternalistas de governos, mas sim imposições constitucionais<sup>290</sup>.

Assim, defende-se a utilização desse princípio como parâmetro de controle da atuação estatal, com o fito de vedar que a proteção do Estado e a efetivação dos direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas, ocorra de forma ineficiente e em retrocesso.

Nesse contexto de vedação ao retrocesso e de garantia de concretização dos direitos fundamentais, cite-se a decisão judicial oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cuidava-se de ação ajuizada por cinco usuários do hotel popular situado na Central do Brasil,

---

<sup>287</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 5º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 427-428.

<sup>289</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 202.

<sup>290</sup> GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 203.

no centro da cidade do Rio de Janeiro e mantido pelo estado do Rio de Janeiro e pela Fundação Leão XIII. Conforme consta no voto do condutor do acórdão, os cinco autores eram moradores do interior do Estado e não possuíam recursos para fazer o percurso de ida e volta todos os dias, razão pela qual passavam os cinco dias úteis da semana no referido abrigo. Foi quando a Administração Pública estadual determinou o limite máximo de estadia em 3 (três) dias por semana para cada pessoa no referido abrigo e reduziu o número de vagas disponíveis de 138 para 43 vagas por noite<sup>291</sup>.

Na defesa, os réus alegaram basicamente a inexistência de direito subjetivo à vaga no hotel popular, e que questões orçamentárias levaram à redução do quantitativo de funcionários lotados no citado estabelecimento. Verifica-se que a matéria sujeita à juízo consistia em nulidade de ato administrativo que limitou o número de noites de cada indivíduo. A sentença de primeiro grau julgou o pedido procedente quanto a vedação do retrocesso para a concretização dos direitos sociais<sup>292</sup>.

Assinalou o referido acórdão que a cláusula da vedação do retrocesso, como preferem alguns, prestigia o desenvolvimento e a evolução dos direitos sociais impedindo, assim, que normas de caráter fundamental venham a sofrer limitações de efetividade e eficácia, mediante reformas legislativas, constitucionais, ou administrativas, de forma a causar a desestabilidade jurídica.

Dessa forma, defende-se que o poder discricionário da Administração Pública em gerir os recursos estatais fazendo escolhas quanto a implementação de políticas públicas e na criação de normas regulamentadoras imperiosas à efetivação dos direitos fundamentais, deve guardar obediência ao princípio em alusão, estimando assegurar a estabilidade dos direitos fundamentais sociais e a segurança jurídica na efetivação desses direitos e da dignidade da pessoa humana.

Será de bom alvitre quando ações judiciais coletivas, de natureza e teor análogos aos da demanda acima citada, sejam propostas com maior incidência em todos os entes federados do país. Certamente, isso trará maior respeito e vinculação da Administração Pública pelo orçamento voltado à efetivação dos direitos sociais de que carecem a população.

É bem verdade que a manutenção de bens e serviços depende da existência de créditos orçamentários. Entretanto, argumentos de capacidade orçamentária não podem prevalecer no

---

<sup>291</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

<sup>292</sup> TJRJ, 8º Câmara Cível, Apelação Cível n 2008.001.49362, Rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 18—11-2008.

que diz respeito às políticas públicas essenciais, exatamente porque elas não estão sujeitas à margem de descricionriedade do administrador ou legislador derivado<sup>293</sup>.

É nessa esteira que se remonta à compreensão já apresentada no tópico atinente ao orçamento e ao princípio da reserva do possível, consistente em defender a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, bem como a necessária priorização das políticas públicas a despeito de qualquer escusa estatal relacionada à ausência ou escassez de recursos, especialmente quando o referido Estado não demonstra comprovadamente que utilizou os recursos disponíveis da forma mais eficiente possível e que, de fato, inexistem recursos para fazê-lo<sup>294</sup>.

## 6.5 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As disposições constitucionais, tenham elas natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade. Logo, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Ademais, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico<sup>295</sup>.

Os direitos fundamentais sociais, por sua vez, ocupam uma posição central no âmbito do sistema constitucional, em decorrência da centralidade do homem e de sua dignidade, de forma que, tanto o Estado como o Direito existem em função do homem, para proteger e promover seus direitos humanos e fundamentais, de modo que tais estruturas (Direito e Estado) devem ser interpretadas e concebidas considerando essa diretriz<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243.

<sup>294</sup> Repise-se a falaciosa forma que a reserva do possível tem sido utilizada pelos entes estatais, conforme aponta a doutrina: (...) falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a reserva do possível, significa especialmente impor o ônus de comprovação do poder público de que inexistem recursos indispensáveis a satisfação dos direitos em comento, bem como deve ser comprovada a eficiente aplicação dos mesmo, conforme SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

<sup>295</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104.

<sup>296</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104.

Além disso, os poderes públicos estão submetidos às normas constitucionais, de forma que o exercício do poder encontra limitações e vinculações concebidas em normas jurídicas, de maneira que uma das funções do texto constitucional é estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais<sup>297</sup>.

Nesse contexto, o trabalho do jurista é resgatar a efetividade potencial e intrínseca das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, através de sua produção jurídica. Ademais, é missão do aplicador do direito realizá-la, conferindo-lhe um tratamento diferenciado dentre as demais normas da Constituição, considerando, especialmente, a aplicabilidade imediata já relatada, inerente aos direitos fundamentais<sup>298</sup>.

Ainda que se entenda haver necessidade da interveniência do legislador, o aplicador da norma deve utilizar o sistema jurídico, os valores e os princípios constitucionais e o sistema dos direitos fundamentais, em respeito à vontade do constituinte originário e dos anseios e necessidade social<sup>299</sup>. Essa aplicação relaciona-se com a temática da judicialização das políticas públicas, que consiste na interferência e discussão de matérias atinentes às políticas em comento pelo Poder Judiciário, diante da omissão do Estado em implementá-las.

Numa perspectiva já tratada, os recursos orçamentários obtidos através da tributação são escassos e as necessidades sociais são infundáveis. Por essa razão, a utilização, alocação e destinação das verbas públicas devem ser realizadas de maneira eficiente, com o fim de atingir o maior número de necessidades pessoais e de cidadãos com o mesmo recurso<sup>300</sup>.

Nesse sentido, o planejamento do gasto público no orçamento do Estado deve ser voltado para essa compreensão de escassez de recursos e de eficiência na alocação dos mesmos. Faz-se necessário eleger prioridades dos gastos para custear políticas públicas que concretizem direitos sociais, que atendam a um maior número de beneficiários.

---

<sup>297</sup> A esse respeito, “Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizado de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos”, conforme BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

<sup>298</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 123.

<sup>299</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 123.

<sup>300</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

O que notadamente tem ocorrido no Brasil é que o Estado justifica sua omissão quanto a efetivação de direitos sociais com o argumento da escassez de recursos. Em face da crescente judicialização das políticas públicas, também já tratada no capítulo do controle orçamentário, é suficiente que um juiz profira uma decisão judicial no sentido de determinar a concretização de um determinado direito social que o Executivo encontra um meio de obter verba para cumprir a determinação judicial.

Na temática de judicialização de políticas públicas, cumpre registrar a crítica doutrinária no sentido de que o Poder Judiciário está adstrito a um processo judicial e, por não ter competência constitucional para tanto, não pode fazer planejamento, que é a base para as políticas públicas, pois este permite visualizar objetivos, traçar metas, dentre outros. Ademais, levando o planejamento a sério, poderá então haver o emprego de verbas públicas, de forma eficiente, alcançando um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação<sup>301</sup>.

Entretanto, no caso brasileiro, tem-se a extrema necessidade e patente legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas em face do abuso de poder e do exercício ilegítimo deste, uma vez que o planejamento do Executivo, a alocação de verbas e o emprego efetivo de recursos públicos para concretizar direitos sociais, historicamente, tem sido a última opção da Administração Pública dos entes federativos do Brasil.

No que diz respeito à crítica registrada, não há dúvida de que definir quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado. A própria Constituição reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que toca a elaboração do orçamento e sua execução<sup>302</sup>.

Entretanto, o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais é indispensável para o funcionamento da própria democracia e, por conseguinte, para a existência do controle social das políticas públicas. Em condições de pobreza e de extrema miséria, e na ausência de níveis básicos de educação, a autonomia do indivíduo para avaliar e participar do processo democrático estará amplamente prejudicada<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59.

<sup>302</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 108.

<sup>303</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e**

Ademais, na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo existente, por exemplo, no contingenciamento prévio, por parte do Poder Executivo, e posterior liberação de verbas de interesse dos parlamentares, tendo em conta seu nicho de atuação política<sup>304</sup>.

No tocante à judicialização das políticas públicas, o posicionamento mais coerente com a efetivação dos valores, princípios e direitos fundamentais é o do suprimento pelo Poder Judiciário de norma infraconstitucional que supostamente esteja pendente de elaboração. Primeiro, em razão do princípio da inafastabilidade do Controle jurisdicional e, segundo, em face do princípio do acesso à justiça, ambos previstos no artigo 5º da Constituição de 1988. Conceber uma posição diferente é subtrair da cidadania um de seus instrumentos mais valorativos à realização dos direitos fundamentais, impondo ao cidadão mais uma espera por uma norma regulamentadora que poderá nunca ser elaborada<sup>305</sup>.

Ao corresponderem ao corolário do Estado Democrático, os direitos fundamentais vinculam todos os órgãos dos poderes públicos à sua fiel observância, de forma que as decisões sobre a definição de políticas devem resguardar esses direitos e valores. Se existe escassez de recursos, a reserva do possível deve ser utilizada em proveito do atendimento da efetivação das normas fundamentais de caráter social ou programático, assegurando-se, assim, uma assistência e eficácia mínima ao cidadão<sup>306</sup>.

No âmbito da ADPF 45/DF, já tratada no presente trabalho, podem ser destacados alguns critérios para a discussão, inclusive judicial, das políticas públicas: i) a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois nesse âmbito não há espaço para o exercício da discricionariedade do

---

**“reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109.

<sup>304</sup> Nesse contexto, “É fácil perceber que a corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais sofre pouca melhora – ou apenas melhoras transitórias e as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais. Esse, portanto, é o primeiro registro importante a ser feito sobre o tema aqui em discussão”, conforme BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109-110.

<sup>305</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 129.

<sup>306</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 130.

administrador; ii) deve haver omissão estatal ou prestação deficiente e iii) argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação efetiva de que os recursos existentes foram efetivamente utilizados para a finalidade<sup>307</sup>.

O controle jurisdicional das políticas públicas fundamenta-se na própria norma jurídica que é igualmente fruto da deliberação democrática. Dessa forma, se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei<sup>308</sup>.

Quanto à interferência do judiciário nas políticas públicas, tem-se que:

A judicialização de pretensões relacionadas a interesses sociais tem um caráter político. Interfere no governo do Município ou do Estado ou da União. Daí a grande polêmica em torno da crescente intervenção do judiciário no campo das políticas públicas. [...]. As demandas coletivas têm caráter político, refletem a cobrança da sociedade em relação aos direitos assegurados pela Constituição. Os casos individuais, em princípio, não teriam tal caráter. Todavia, na medida em que multiplicam-se as ações individuais com pedidos de interações e medicamentos, por exemplo, seu deferimento pelo judiciário produz impacto nas políticas públicas, nem sempre positivo. Enquanto na ação coletiva é possível discutir os contextos, o quadro epidemiológico, as opções terapêuticas, as dificuldades de financiamento, por exemplo, na demanda individual a pretensão aparece descolada da política pública correspondente, imune a ela<sup>309</sup>.

Nesse contexto, destaque-se mais uma vez, a necessidade de prevalência, no âmbito da judicialização das políticas públicas, das ações e demandas de natureza coletiva, posto que as mesmas possuem um caráter político, possibilitam discutir um quadro mais amplo de fatores, fazendo com que a prestação jurisdicional, nesse tipo de demanda, esteja mais associada e paralela ao fenômeno das políticas públicas.

A atuação do MP é de crucial importância, especialmente primando pelo coletivo e não por demandas individuais, bem como atuando na fase de planejamento orçamentário. A referida instituição, que possui a missão constitucional de zelar pelos interesses e direitos sociais indisponíveis, tem a seu dispor inúmeros instrumentos para realizar a sua missão, a

---

<sup>307</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.35.

<sup>308</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 114.

<sup>309</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Desafio da Promotoria na Saúde Coletiva. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs). **Temas Atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos últimos 20 anos da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

exemplo dos instrumentos extrajudiciais – Termo de Ajustamento de Conduta, Recomendação Legal e Termo de Compromisso que lhe conferem executoriedade dos acordos firmados, como a cobrança de multa, além de ferramentas que lhe tornam viável o controle judicial na defesa dos direitos sociais e do regime jurídico, por Ação Civil Pública.

O Poder Judiciário não tem a tarefa de desenhar políticas públicas, tampouco o MP, mas de confrontá-las com os princípios e direitos estabelecidos legal e constitucionalmente e, em caso de divergência, utilizar os instrumentos garantidos no ordenamento jurídico brasileiro para reenviar aos poderes pertinentes para que eles reajustem sua atividade em consequência.

Há evidente interesse dos entes federativos em conter ou pelo menos reduzir os efeitos significativos nas verbas públicas decorrentes das decisões judiciais que envolvem direitos sociais e políticas públicas. De outro lado, há um número sem fim de cidadãos menos favorecidos que não tem acesso às potencialidades da prestação jurisdicional. Não se pode duvidar da parcela significativa da classe média que espera ter acesso aos serviços estatais de boa qualidade, como hospitais, escolas e segurança pública de boa qualidade<sup>310</sup>.

Na temática de judicialização das políticas públicas e de prestações que tornem efetivos, no caso concreto, direitos sociais, a preferência da tutela coletiva em detrimento da tutela individual é, sem dúvida, a medida mais cabível e com menos efeitos negativos para a problemática em questão.

Essa hierarquização de tutelas tem como fundamentos duas razões gerais: nas ações coletivas é possível levar a cabo a análise das políticas públicas destinadas à melhoria da saúde num contexto sistêmico, analisando-se, inclusive, a quantidade disponível de recursos, e, a produção de efeitos *erga omnes*, que decorre do manejo de ações coletivas ou abstratas, permite que não seja violado o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos básicos<sup>311</sup>.

Além disso, há mais fundamentos para priorizar a judicialização de demandas coletivas. A doutrina aponta ainda que os direitos fundamentais prestacionais foram instituídos para serem fruídos coletivamente e não de forma isolada, individual. A obtenção de prestações específicas em demandas individuais impede que outras pessoas tenham acesso ao mesmo bem. Sustenta-se ainda que em uma demanda individual, caso o magistrado perceba a violação aos deveres objetivos de proteção e promoção dos direitos sociais, deve aplicar o artigo 7º da Lei

---

<sup>310</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

<sup>311</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/> Acesso em 25/04/2015.

nº 7.347/85, segundo o qual o juiz deve remeter peças ao Ministério Público caso verifique a existência de razões para o ajuizamento de ação civil pública<sup>312</sup>.

Na análise econômica do Direito, já enunciada no presente trabalho, no tocante às políticas públicas, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se o objetivo for garantir a concretização de direitos sociais por meio da atuação judicial, para correção do processo democrático e da destinação devida das verbas públicas. Isso porque tal atuação é apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como prioritariamente devem ser concebidos os direitos sociais, uma vez que a concepção de justiça pressupõe que os direitos em alusão sejam garantidos a todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação fática e não a um indivíduo em prejuízo ou detrimento dos demais<sup>313</sup>.

A demanda coletiva é, portanto, um mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um número infundável de processos judiciais idênticos que abarrotam ainda mais o Poder Judiciário<sup>314</sup>, tornando-o mais moroso e ineficiente na prestação jurisdicional e tutela dos direitos fundamentais sociais. É, de igual forma, a ação coletiva que enseja uma maior consideração dos efeitos da decisão para a sociedade.

Ainda no âmbito das possibilidades de controle das políticas públicas, tem-se a análise de aplicação dos investimentos mínimos obrigatórios para as áreas de saúde e educação, bem como na destinação dos fundos públicos reservados à proteção do mínimo existencial, como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação – FUNDEB, Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza – FCEP, dentre outros<sup>315</sup>.

Isso porque o Constituinte, explicitando sua preocupação com os direitos sociais, além de prevê-los de forma explícita, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, ainda estabeleceu

---

<sup>312</sup> LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito do Estado, n 112, 2008, p. 223-262.

<sup>313</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

<sup>314</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

<sup>315</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

patamares mínimos<sup>316</sup> que deverão ser investidos nas áreas de educação e saúde<sup>317</sup>, que representam grande relação não apenas com o mínimo existencial, mas com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da isonomia, com o direito ao desenvolvimento e ao acesso de oportunidades a todos, sem embargos de outros.

Para a educação pública, a previsão de investimentos mínimos envolve menos complexidades e está disciplinada no artigo 212 da Constituição Federal de 1988, que preceitua, no *caput*, que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Esse parâmetro é, sem dúvida, mais simples e objetivo e de fácil utilização. Para possibilitar a incidência do mesmo, basta verificar a quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em matéria de saúde e educação, considerando a arrecadação dos impostos e referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições e então verificar se tais recursos estão sendo devidamente investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais acima referidos<sup>318</sup>.

Convém citar o julgado exarado pelo STJ no Recurso Especial nº 493.811/SP<sup>319</sup>. Tratou-se de Ação Civil Pública em que o Ministério Público do estado de São Paulo pretendia compelir o município de Santos a aparelhar as creches para tratamento de crianças e adolescentes viciados em álcool e drogas. O acórdão considerou que, na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica e concedeu a tutela específica para que fosse incluída verba no próximo orçamento com o fim de atender a propostas políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> Como exemplo, cite-se o artigo 198 da Constituição Federal de 1988: 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: (...) parágrafo segundo: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre (...).

<sup>317</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292.

<sup>318</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** n 240, 2005, p. 105.

<sup>319</sup> Recurso Especial nº 493.811/SP (DJU 15-3-2004).

<sup>320</sup> Parte da doutrina concebe, inclusive, a possibilidade de condenação do Estado ao pagamento de indenização por sua omissão ilícita no tocante ao cumprimento e efetivação de um direito fundamental social. A esse respeito, tem-se: “Não existe, no ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença. No caso figurado, as dificuldades práticas do deferimento de um pedido condenando

No âmbito ainda da priorização de demandas coletivas, tem-se a possibilidade e necessidade de realização de um controle coletivo do resultado esperado das políticas públicas que, por sua vez, oferecerá uma solução geral, além de permitir uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e planejamento estatal como um todo. No tocante ao controle abstrato, cite-se que em face da omissão inconstitucional do Poder Público capaz de violar preceito fundamental, poderá ser também objeto de controle por meio da ADPF, regulamentada pela Lei 9.882/99<sup>321</sup>.

Ademais, concebe-se a possibilidade de controle jurídico nas políticas públicas quanto a imposição ou cobrança de metas mínimas já traçadas pela Administração Pública, exigindo que sejam atingidos determinados patamares na entrega de bens e prestação de serviços públicos básicos. Essa imposição de metas se daria num momento posterior ao controle da própria inclusão de verbas no orçamento, relacionado aos resultados esperados da execução orçamentária<sup>322</sup>.

Nesse controle posterior a alocação dos recursos e voltado para o acompanhamento do alcance das metas traçadas pela Constituição e especificamente pela própria Administração Pública, tem-se como exemplo a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário para que um órgão público não funcione de forma precária, gerando risco para seus usuários, determinando um prazo para que eles sejam suprimidos (caso concreto de um hospital com condições precárias de instalações e funcionamento)<sup>323</sup>.

Assim, vislumbra-se que inúmeras são as formas de atuação e de ocorrência do controle sobre a máquina administrativa, para que haja uma administração pública democrática e centrada nos direitos e fins sociais indisponíveis. Os controles social, ministerial e judicial contribuem muito para essa questão. Desses mecanismos de controle decorrem discussões concretas sobre o planejamento e recursos estatais disponíveis; metas mínimas são traçadas ou

---

o ente público à construção e operação de uma escola [...] podem ser facilmente sanadas por uma providência alternativa: condenar o Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área. Inviabilizada todas as alternativas para o cumprimento em espécie da obrigação estatal restará a possibilidade, embora insatisfatória (...) – de obtenção de uma indenização pela omissão ilícita”, conforme BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 147.

<sup>321</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 130.

<sup>322</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

<sup>323</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

poderão ser cobradas, na hipótese de já terem sido previstas pela Administração; ações estatais específicas (como a de construir uma escola, ampliar o número de vagas de uma creche) são determinadas com a coercibilidade inerente às vias judiciais, com o intento de promover o alcance de patamares mais sólidos e significativos na concretização dos direitos em apreço.

Nesse sentido, registre-se posição doutrinária a respeito<sup>324</sup>:

[...] será possível controlar, em abstrato, (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. [...] é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas levada a cabo pelo Poder Público<sup>325</sup>.

Todos esses parâmetros e mecanismos de controle, presentes na judicialização das políticas públicas, sem dúvida, contribuem amplamente para a garantia de uma maior e mais eficiente ação estatal no sentido de implementar, avaliar e acompanhar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, considerando que não deve ser concebida a omissão estatal, a proteção deficitária dos direitos sociais ou o retrocesso na promoção e garantia desses direitos.

Nessa direção, a judicialização das políticas públicas decorre da natureza do poder judiciário, que é guardião da Constituição, bem como assegura a própria natureza e fundamento das políticas públicas que, como visto, equivale a existência dos direitos sociais.

---

<sup>324</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

<sup>325</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

## 7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa, conforme traçado ainda em suas linhas introdutórias, trata da problemática da violação e déficit de concretização dos direitos sociais no cenário brasileiro, com a convicta pretensão de evidenciar, em todo o tempo, a partir da análise interdisciplinar da matéria discutida, contribuições na forma de proposições e mecanismos para a concretização dos direitos sociais no Brasil.

O tema possui grande relevância no plano acadêmico, doutrinário, jurisprudencial, político, social e econômico uma vez que trata da necessidade de se pôr em prática, de forma eficaz e para um maior número de cidadãos, a imperiosa missão estatal de conferir condições mínimas de existência digna, no Estado Democrático de Direito destinado a esse fim.

Isso porque os direitos sociais possuem o caractere de fundamentais em razão de correspondem a situações jurídicas necessárias para a realização da sobrevivência e vida digna da pessoa humana e, por isso, devem ser garantidos a todos que necessitarem. Esse dever estatal decorre, como visto, das diversas disposições Constitucionais atinentes às garantias e direitos fundamentais.

Na linha teórica do novo constitucionalismo, defende-se que não se pode mais conceber a violação da Constituição em suas disposições de caráter fundamental, que correspondem ao núcleo axiológico de todo o sistema. A força normativa pretendida deve ser buscada e políticas públicas devem ser adotadas, de forma prioritária, para garantir o gozo dos direitos a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A atuação da Administração Pública deve, consoante determina inclusive o princípio da legalidade, se ater ao que a lei determina. Logo, os entes federativos do Brasil, na gestão dos recursos públicos oriundos da Tributação, devem considerar que o Estado brasileiro: a) destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais; b) também se destina a assegurar o exercício da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça; c) tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que deve nortear todas as suas relações e atuações; d) tem como objetivo construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, tudo conforme preconiza a Constituição Federal de 1988.

Na vertente já traçada, defende-se a necessidade de haver, em face da limitação de recursos estatais, a otimização dos recursos existentes voltados para garantir a concretização desses direitos. Deve, de igual forma, haver a substituição da reserva do possível pelo princípio

da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais sociais, fazendo uma releitura da reserva do possível fática, uma vez que o problema maior não é a escassez dos recursos públicos mas sim a má gestão destes, bem como sua aplicação em confronto com as prioridades definidas pela Constituição de 1988.

As necessidades humanas básicas, ou seja, os direitos fundamentais sociais, constituem o limite mínimo da reserva do possível, abaixo do qual podem se configurar situações de inconstitucionalidade. Assim, as limitações de recursos não podem justificar que o Estado deixe de prestar serviços básicos de saúde, educação, moradia, alimentação, vestuário, aos que não podem custear esses direitos; de igual forma não pode abandonar cidadãos, expostos à desnutrição, deixando-os na rua, negando-lhes o gozo de direitos garantidos pela Constituição.

No plano traçado de desenvolvimento e tributação, assinale-se a concepção de que o desenvolvimento e a tributação só são legítimos se ocorrerem de forma associada, prioritariamente, à concretização dos direitos sociais e ao alcance dos fins sociais. Em face das disposições da Constituição Cidadã, que instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, não se pode conceber a perspectiva de desenvolvimento voltada para atender a meros fins privados, de grupos particulares que detém o poder, sem que este propicie melhores condições de vida aos cidadãos, sem que atenuem os altos índices de pobreza, de fome, de miséria em um dado país.

Nesse contexto, a tributação constitui um importante mecanismo de concretização dos direitos em epígrafe, na medida em que corresponde a principal forma de arrecadação do Estado para custeio dos serviços que a sociedade necessita. Logo, deve ser diretamente proporcional a relação existente entre a carga tributária do país e o valor dos recursos investidos no reconhecimento e promoção dos direitos prestacionais. A tributação é considerada justa quando o cidadão recebe o valor pago em tributos sob a forma de serviços públicos durante a sua vida. Assinale-se, assim, que a carga tributária deve ser diretamente proporcional ao índice de desenvolvimento humano do país.

A extrafiscalidade, no contexto de tributação a serviço da concretização dos direitos sociais no Brasil, também integra o rol de propostas na presente discussão. A contribuição que se traz à baila é a de promover incentivos fiscais em áreas relacionadas aos direitos sociais. Como exemplo disso, tem-se a redução da carga tributária incidente sobre o trabalho, especialmente sobre aqueles setores da economia que ainda são fortemente caracterizados pela mão de obra intensiva. Para aprimorar essa medida extrafiscal e primar ainda mais pela dignidade, essa redução poderia estar condicionada a uma gradativa melhora nas condições de

trabalho dos empregados ou ainda no aumento da remuneração dos trabalhadores. No tocante ao direito à saúde, pode haver a redução da carga fiscal incidente sobre medicamentos ou alimentos considerados como essenciais à manutenção básica da saúde, tributando mais, medicamentos e alimentos com efeitos nocivos à saúde dos cidadãos.

Quanto ao direito social a educação, destaque-se, por sua vez, que esse receberá maior efetividade, com a contribuição indireta do Estado, por meio de política extrafiscal de conceder benefícios e incentivos fiscais que podem ser ofertados aos setores da economia que investem em educação. Por exemplo, pode haver uma dedução no imposto de renda e na contribuição social sobre os lucros das empresas dos valores investidos em educação, na formação dos seus funcionários.

Assim, considera-se que a simples atividade tributária estatal, consistente na arrecadação de recursos para custear o Estado e, sobretudo, as prioridades e metas constitucionais, não são os mecanismos exclusivos para a contribuição proposta para a concretização dos direitos sociais, a extrafiscalidade ganha força e importância expressiva, pois constitui mecanismo indireto estatal que revela aptidão para contribuir para a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Defende-se, assim, que o sistema tributário seja moldado e utilizado de forma a propiciar melhores condições de existência aos cidadãos.

Na esteira de buscar proposições, desafios e mecanismos de concretização dos direitos sociais no país, constitui outro basilar mecanismo de concretização apresentado no trabalho, o controle orçamentário, como forma de garantir que as verbas públicas, advindas da tributação estatal, sejam alocadas e destinadas, bem como efetivamente empregadas para atender as finalidades constitucionais e as necessidades sociais, de forma prioritária.

Em que pese existirem posicionamentos contrários, defende-se a legitimidade e plena viabilidade e possibilidade de realização do controle do orçamento público, desde sua proposta legislativa, durante a tramitação da proposta de lei orçamentária no poder legislativo até a sua execução pela Administração Pública, como forma de fiscalizar e garantir que recursos estatais sejam alocados e efetivamente utilizados para a concretização dos direitos em questão, uma vez que os direitos sociais, apesar de serem dotados de essencialidade e prioridade constitucional, não são devidamente priorizados, em matéria de orçamento público, pelos poderes estatais.

Considerando que o orçamento no Brasil é meramente autorizativo, a proposta também realizada é relativa à adoção de um orçamento impeditivo, no sentido de que este possibilitará uma maior efetividade às atribuições conferidas aos agentes políticos, pela Constituição Federal. Por conseguinte, um orçamento de execução, em princípio obrigatória, cria o dever de

que as dotações previstas e não contingenciadas conforme o devido processo orçamentário, sejam aplicadas em sua totalidade pela autoridade pública.

Nesse interim, a fiscalização, o controle e a intervenção do Ministério Público, a provocação e intervenção do Poder Judiciário e o controle social no âmbito do orçamento e das políticas públicas, constituem fenômenos necessários para neutralizar os efeitos lesivos da omissão estatal, na persecução do fim de concretizar os direitos fundamentais sociais.

Destaque-se a expressiva relevância da atuação do Ministério Público, na esteira e cumprimento de suas missões institucionais definidas na Constituição de 1988, na medida em que deve atuar na defesa do regime democrático e dos interesses e direitos sociais indisponíveis. Com o proposto fomento e intensificação da atuação ministerial, o número de demandas individuais no poder judiciário, que possuem como causa de pedir a concretização de direitos sociais, reduzirá e as demandas coletivas, como já exposto, alcançará um maior número de cidadãos, corroborando com maior eficácia dos direitos em apreço.

Verifica-se que o objetivo geral e os específicos da pesquisa também foram atendidos, considerando especialmente a premissa inicial de que diversos mecanismos de concretização dos direitos sociais foram apresentados.

Nesse contexto, suscite-se a debatida a importância da sociedade para esse desafio e concretização, em face de um Estado que queda-se omissivo, bem como diante das limitações atinentes ao Poder Judiciário e Ministério Público e, levando-se em consideração, sobretudo, o poder real que advém da participação da população.

Assim, em que pese atualmente inexistir um cenário de movimentação e articulação social, acredita-se que essa mesma sociedade que atuou incisivamente no processo constituinte de 88 poderá ultrapassar as barreiras de uma frágil democracia representativa, utilizar modos de participação popular no governo e na gestão pública e deixar de ser ícone de poder para, de fato, ser agente empírico de formação e transformação social, de forma a garantir que o poder seja exercido pelo povo e para o povo, nos termos da Constituição.

Mas para que isso seja possível, se revela como necessária a mudança na forma de pensar do cidadão moderno, uma vez que o comportamento deste está irrestritamente voltado para o bem estar individual, dissociado do bem comum. Tal necessidade se fundamenta no fato de que o fenômeno social corresponde a um sistema macro, onde a existência de subsistemas diretamente opostos, marginalizados, excluídos ou apartados do fenômeno jurídico e social repercutirão na desestruturação de todo o sistema. E, como exposto, para que seja possível a referida e anunciada participação, deve ser fomentada uma cultura constitucional que propague os conceitos, valores e direitos previstos na Constituição Federal vigente para a sociedade.

É de bom alvitre ressaltar que a defesa da Constituição pressupõe o conhecimento dela. Nessa pedagogia de propagação Constitucional, deve ser fomentado um sentimento político nos membros de uma dada sociedade para que haja a busca pelo bem comum e pelo desenvolvimento desta.

Por fim, atendendo ao último objetivo proposto, foi apresentado um estudo sobre as políticas públicas, uma vez que estas equivalem ao principal instrumento de promoção dos direitos sociais. Nesse cenário, é crucial a realização devida de um levantamento dos problemas socioeconômicos e governamentais que carecem de atuação estatal, considerando que os recursos são escassos, para que sejam direcionados esforços, ações e recursos cabíveis para a atuação estatal na resolução do problema ou deficiência social levantados.

Ademais, convém realizar a aplicação, às políticas públicas, do fundamento da vedação à proteção deficitária, consistente no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas. Logo, ao Estado cabe tutelar e promover a concretização de direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas de forma eficiente, em consonância com os ditames constitucionais, de forma que não apenas a sua omissão total, assim como a sua ineficiência nas políticas adotadas deve ser alvo de controle e correção posto tratar-se de conduta que desvia e descumpra mandamentos constitucionais.

Assim, dentre as propostas e mecanismos apresentados, destaque-se que: i) O Estado deve garantir o mínimo existencial e a aplicabilidade imediata dos direitos sociais; ii) A reserva do possível deve ser utilizada como mandamento de otimização dos recursos estatais, em face da escassez e limitação inerente a estes, bem como só pode ser considerada quando os órgãos estatais comprovarem que os recursos existentes foram aplicados, de forma eficiente, nas políticas públicas; iii) o desenvolvimento econômico propiciado e fomentado pelo Estado deve entrelaçar-se com a redução da pobreza, redistribuição de renda, geração de oportunidades e promoção dos direitos sociais; iv) Deve ser suscitada a legitimidade da tributação, concebendo-se a existência desta quando o tributo retorna para a sociedade em forma de melhores condições de existência para os seus cidadãos, de forma que deve existir uma relação direta entre a carga tributária e o índice de desenvolvimento humano; v) a tributação estatal deve encontrar restrição em tributar na parcela necessária ao mínimo existencial para a sobrevivência dos indivíduos; vi) o controle orçamentário deve ser realizado tanto pela sociedade, como pelo Ministério Público e Poder Judiciário, desde a fase de proposta e tramitação legislativa, até o momento de execução do orçamento, para garantir que os recursos públicos sejam utilizados prioritariamente para cumprir as metas e direitos constitucionais; vii) a população necessita ser instada a participar

do fenômeno político, quer seja para responsabilizar os seus representantes eleitos, quanto ao mandato exercido, garantindo uma democracia autenticamente representativa e também participativa, quer seja para controlar o exercício do poder pelo Estado; viii) deve-se contribuir para a propagação do conhecimento, valores, direitos e apreço pela Constituição entre os cidadãos, para que esta possa ser defendida e para que haja uma adesão moral dos indivíduos ix) merece destaque a temática das políticas públicas, suas fases, parâmetros de controle e sua judicialização, para conferir maior contribuição para a problemática discutida e x) as políticas públicas devem ser precedidas de um levantamento das maiores necessidades da sociedade, num determinado contexto fático e os recursos orçamentários devem ser destinados, de forma prioritária, para esse fim, sendo plenamente cabíveis e necessários o controle social e a intervenção de instâncias como o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Tendo em vista que os direitos sociais correspondem a situações jurídicas necessárias para a realização da sobrevivência e vida digna da pessoa humana e que devem ser garantidos a todos, verifica-se que o presente trabalho alcançou o seu intento de apresentar desafios e mecanismos diversos, inclusive numa análise interdisciplinar, para contribuir com a concretização dos direitos sociais no Brasil.

As referidas proposições e mecanismos podem até parecer ousados e pretensiosos, mas inexiste uma realidade que atenda aos interesses sociais que não tenha sido fruto de propostas dessa natureza. Ademais, as referidas propostas revelam-se como necessárias para que haja o avanço esperado na concretização dos direitos sociais no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Reforma política no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007;

AMARAL, Roberto. **Apontamentos para a Reforma Política**. Revista de Informação Legislativa 151. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, jul. - set. 2001;

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3º Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2011;

\_\_\_\_\_, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo n 240**, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/> Acesso em 25/04/2015;

\_\_\_\_\_, Luís Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009;

\_\_\_\_\_, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, t. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2005;

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006;

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro, Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2008;

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2005;

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo, Malheiros, 2001;

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2004;

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais.** São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8);

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 19ª Edição, Brasília, 2008;

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** Editora Saraiva;

BUFFON, Marciano. Tributação e Direitos Sociais: A extrafiscalidade instrumento de efetividade In **IMED – Revista Brasileira de Direito**, v. 8, nº 2, 2012. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237> Acessado em 07/07/2015.

CABRAL, Indhira de Almeida; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais** in: Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a ótica do direito econômico / organizadores: Fabiano André de Souza Mendonça, Vladimir da Rocha França, Yanko Marcus de Alencar Xavier. – Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008;

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais** / Ricardo Castilho – São Paulo: Saraiva, 2009;

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação** – São Paulo: Quartier Latin, 2005;

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, Editora Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003;

CLÉVE, Clémerson Merlen. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. v. 3. Curitiba, 2003;

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 40;

CUSCIANO, Dalton Tria. Direito ao ensino infantil: Como o judiciário o vem construindo? In **Direito, Regulação e Políticas Públicas**, org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho, Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014;

DALLAVERDE, Alexsandra Katia. **As relações entre os poderes na gestão das finanças públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2013;

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.4);

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Definição e características dos direitos fundamentais, in Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J Gomes Canotilho** / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009;

SCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. In: GIOVANELLA, Lúcia (Org.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008;

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais** / André Elali. – São Paulo: MP Ed., 2007;

\_\_\_\_\_, André. **Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010;

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Desafio da Promotoria na Saúde Coletiva. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs). **Temas Atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos últimos 20 anos da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, 12ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010;

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2000;

FRANCO, Antônio L. Sousa. **Noções de Direito da Economia.** 1º volume;

FREIRE Jr. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005;

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito,** 3º. Edição, São Paulo: Malheiros, 2002;

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade.** Tradução Luciana Carli. São Paulo: Artenova, 2000;

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013;

GOLDBERG, Daniel K. **Entendendo o Federalismo Fiscal: Uma Moldura Teórica Multidisciplinar.** In: Federalismo Fiscal. Org. José Maurício Conti. São Paulo: Manole, 2004;

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente,** 3º edição Revista e Atualizada, Editora Juruá, 2013;

GOUVEA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas,** São Paulo, Ed. RT, 1988;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição,** traduzido por Gilmar Ferreira Mendes;

JÚNIOR, Jayme Benvenuto Lima. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.** Editora Renovar, 2001;

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998;

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Livraria do Advogado, 2009;

LEIVAS, Paulo Gilberto Logo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito do Estado, n 112, 2008;

LYRA, N R. **A proteção Social no Brasil: universalismo e focalização nos governos FHC e Lula**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n° 3;

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3ª Edição, 1998;

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

MARTINS, J. de S. **A sociedade vista do abismo. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais**. Petrópolis: Vozes, 2002;

MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social**, RDP 57-58/254, Ed. RT, Janeiro-junho/1981;

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

MIRANDA, Jorge. Prefácio realizado na obra: **Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente**, Claudia Maria da Costa Gonçalves / 3º Edição / Curitiba: Juruá, 2013;

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 4ª edição, revista e atualizada. Coimbra editora, 2003;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes** / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1992;

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

NASSAR, Paulo André. Direito à Moradia: O que os juristas têm a ver com isso? in **Direito, Regulação e Políticas Públicas**, org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014;

NEVES, Marcelo, **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 – Coleção Justiça e direito;

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional In **Revista de Doutrina do TRF 4ª Região**, 19ª ed., 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015;

\_\_\_\_\_, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre – RS, 2004;

\_\_\_\_\_. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In **Revista de Doutrina do TRF 4ª Região**, 19ª ed., 2007, disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm). Acessado em 07/07/2015;

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009;

PATTO, Maria Helena Souza. **A Cidadania negada: políticas públicas e formas de viver**/organização Maria Helena Souza Patto – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009;

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999;

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011;

RIBEIRO, Gustavo Moulin. O mínimo existencial e o direito constitucional brasileiro, mimeo, 2003, p. 99. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002;

ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição, contribuição para a compreensão do Estado Contemporâneo**. Campinas, SP. Millennium Editora, 2006;

ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos in **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, organizadores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, Malheiros Editores Ltda., SP, 2014;

SANCHES, J. L Saldanha. **Direito Econômico – Um projecto de Reconstrução –** Coimbra Editora, 2008;

SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Org. Maria Paula Dallari Bucci – São Paulo: Saraiva, 2006;

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

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

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

SATO, Leny. **A Cidadania negada: políticas públicas e formas de viver/organização** Maria Helena Souza Patto – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009;

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000;

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia**. Natal, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte;

SILVEIRA, Paulo Antônio Calienso Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica** / Paulo Calienso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003;

\_\_\_\_\_. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 33º edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2011;

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, **A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**, SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988/** Caio Tácito – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 366p.: II.; 23 cm. – Coleção, Constituições Brasileiras; v. 7);

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Editora: Saraiva, 2007;

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário** – 18º edição, revista e atualizada / Ricardo Lobo Torres – Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35;

TUVILLA RAYO, José. **Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global**; Trad.: Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004;

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo Do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004;

### **Endereços eletrônicos:**

<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/04/brasil-cumpre-apenas-2-de-6-metas-mundiais-para-educacao-diz-unesco.html>. Acesso em 21 de julho de 2015.

<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/02/24/saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-pais-diz-cfm.htm>. Acesso em 21 de julho de 2015

<http://www.valor.com.br/brasil/3829144/72-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil-mostra-ibge>

<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/desemprego-fica-em-8-no-trimestre-ate-abril-diz-ibge.html>.

[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119\\_taxa\\_desemprego\\_df\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119_taxa_desemprego_df_rb).

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/apenas-525-das-moradias-do-brasil-tem-condicoes-adequadas-diz-ibge.html>

<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1614/140403AsscomEstudo2014PIBversusIDH.pdf>

<http://www.sindipetromg.org.br/artigos1.php?id=185>. Acessado em 09/07/2015.

<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/a-constituicao-da-cidadania.htm>