



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE PÚBLICO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIEGO MARIANO MOURA TABOSA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO
AO RETROCESSO SOCIAL FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS**

FORTALEZA

2016

DIEGO MARIANO MOURA TABOSA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO
AO RETROCESSO SOCIAL FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direitos Sociais.

Orientador: Prof^ª. Dr.^a. Raquel Coelho de Freitas.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- T117d Tabosa, Diego Mariano Moura.
Os Direitos fundamentais sociais à luz do princípio da vedação ao retrocesso social frente aos limites orçamentários / Diego Mariano Moura Tabosa. – 2016.
59 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Raquel Coelho de Freitas.
1. Direitos Sociais. 2. Direitos Fundamentais. 3. Princípio da vedação ao retrocesso social. 4. Orçamento público. 5. Limites orçamentários. I. Título.

CDD 340

DIEGO MARIANO MOURA TABOSA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO
AO RETROCESSO SOCIAL FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direitos Sociais.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Raquel Coelho de Freitas (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Brunna Grasiella Matias Silveira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Marwil Gomes Praciano
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Camilo e Filomena.

AGRADECIMENTOS

Com satisfação, expresso minha imensa e eterna gratidão a todos que deram sua contribuição para a elaboração do presente trabalho.

A Deus, por me fortalecer espiritualmente nos momentos de dificuldade.

À Prof^ª. Dr^ª. Raquel Coelho de Freitas, por ter sido bastante solícita durante a orientação.

Aos mestrandos participantes da banca examinadora Brunna Grasiella Matias Silveira e Marwil Gomes Praciano.

À minha irmã Camila Moura Tabosa pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões e por ser uma pessoa que muito admiro.

Ao meu amigo Davi Duarte Ceci Soares pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos servidores da coordenação e da biblioteca, pela presteza e educação nos atendimentos.

A todos os professores do curso de graduação, por oportunizarem enriquecedoras experiências na minha formação.

Aos meus colegas de curso com os quais, por meio da convivência, pude trocar experiências e extrair valiosas lições.

Aos meus pais Camilo Lopes Tabosa Neto e Filomena Moura Tabosa, pelo empenho dedicado a minha formação humana e pela constante presença na minha vida, ofertando inestimável amor.

À minha irmã Chris Evert Moura Tabosa, pelo exemplo de sucesso com quem posso sempre contar.

E a todos os meus amigos que torceram por mim e enviaram energia positiva.

“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”

Constituição da República Federativa do Brasil

RESUMO

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise sobre o impacto que os limites orçamentários causam na efetivação dos direitos sociais, levando em consideração o princípio da vedação do retrocesso social através do método dialético. O trabalho parte de uma análise teórica sobre o histórico dos direitos sociais, versando sobre sua origem e sobre o caminho percorrido até sua consagração na Constituição Federal de 1988. Levanta informações teóricas sobre o neoliberalismo e Estado de bem estar social, ideologias presentes nos governos mais recentes, chegando-se a conclusão de que o neoliberalismo é prejudicial à concretização dos direitos sociais, uma vez que este prega a máxima do Estado mínimo. Após analisar a fundamentalidade dos direitos sociais, em um segundo momento, o trabalho aborda os direitos sociais em espécie, como estão positivados na Constituição Federal de 1988. O trabalho segue com uma análise teórica do mínimo existencial, lembrando que este não se confunde com mínimo vital, uma vez que está direcionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da vedação é comentado antes de ser abordada a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, lembrando que decisões que obrigam o Estado a efetivar os direitos sociais causam impactos orçamentários. Estes impactos devem ser mensurados pelos magistrados que devem levar em consideração a reserva do possível em casos em que o Estado prova que os impactos inviabilizam a efetivação de outros valores constitucionais. No terceiro momento do trabalho, é abordada a Lei de Responsabilidade Fiscal, chegando à conclusão de que ela é benéfica aos direitos sociais uma vez que possibilita o equilíbrio financeiro do Estado, responsabilizando os gestores públicos por má gestão das finanças públicas. São comentados ainda os aspectos jurídicos da dívida pública, chegando-se à conclusão de que, em um primeiro momento, a disponibilização de crédito pode ajudar em investimentos, mas em seguida a dívida deverá ser paga ou refinanciada, o que causará cortes orçamentários, que possivelmente tocarão nos direitos sociais. Por fim, é realizada uma análise do orçamento público, sobre seus aspectos jurídicos e políticos, chegando-se a conclusão de que para que a Constituição Federal de 1988 seja respeitada nos seus ditames é necessário tornar o direitos sociais prioridade no processo orçamentário.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Princípio da vedação ao retrocesso social. Orçamento público. Limites orçamentários.

ABSTRACT

This presented work proposes to make an analysis about the impact that the budget limits cause in the effectiveness of social rights, taking into account the ratchet effect through the dialectical method. The work starts from a theoretical analysis on the history of social rights, talking about its origin and the path traveled until its consecration of the federal constitution of 1988. It raises theoretical information on Neoliberalism and welfare State, present ideologies in recent governments, reaching the conclusion that neoliberalism is detrimental to the realization of social rights, once it preaches the maxim of free Market and free Trade. After analysing the fundamental social rights, in a second instance, the work addresses the social rights in species, as enshrined in the federal constitution of 1988. The work goes on with a theoretical analysis of the minimum existencial, not to be confused with minimum vital, once it's related to the principle of the human person. The ratchet effect is commented on before being approached the judiciary's performance in the realization of social rights, Recalling that decisions that require the State to enforce social rights causes budgetary impacts. These impacts should be measured by the magistrates who must take into account the reserve of the possible in case of the State proves that the impacts make it impossible to carry out other constitutional values. In the third moment of this work, the tax liability law is approached, reaching the conclusion that the law is beneficial to social rights once it enables the financial balance of the State, holding public managers responsible for mismanagement of public finances. The legal aspects of public debt are also commented on this work, reaching the conclusion that, at first, the provision of credit can help in investments, but then the debt should be paid or refinanced, which will cause budget cuts, that will possibly touch on social rights. Lastly, an analysis of the public budget is carried out, on its political and legal aspects, concluding that for the 1988 federal constitution to be respected, it is necessary to make social rights a priority in budgetary law.

Keywords: Social rights. Fundamental rights. Ratchet effect. Public budget. Budget limits

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
PPA	Plano Plurianual
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual

ANEXOS

Anexo I Despesa dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, por Órgão Orçamentário

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	DIREITOS SOCIAIS E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL	16
1.1	Origem dos direitos sociais	16
1.2	Estado neoliberal e Estado de bem estar social	19
1.2.1	O Estado Neoliberal	19
1.2.2	O Estado de bem estar social	21
1.3	A história dos direitos sociais no Brasil	23
1.4	Direito Fundamentais	26
2	DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL	29
2.1	Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988.....	29
2.1.1	Direito à educação.....	30
2.1.2	Direito à saúde.....	31
2.1.3	Direito à alimentação.....	32
2.1.4	Direito ao trabalho.....	32
2.1.5	Direito à moradia.....	33
2.1.6	Direito ao lazer.....	34
2.1.7	Direito à segurança.....	34
2.1.8	Direito à previdência social.....	34
2.1.9	Proteção à maternidade e à infância.....	35
2.1.10	Assistência aos desamparados.....	35
2.2	O mínimo existencial	36
2.3	O Princípio da vedação ao retrocesso	38
2.4	A atuação do judiciário para concretização dos direitos sociais	39

3	IMPACTO ORÇAMENTÁRIO COMO LIMITADOR DOS DIREITOS SOCIAIS.....	42
3.1	A Reserva do possível	42
3.2	A Lei de Responsabilidade Fiscal	44
3.2.1	Finanças Públicas e a Constituição.....	44
3.2.2	Aspectos principais.....	45
3.3	Orçamento público.....	47
3.3.1	Aspectos Jurídico.....	47
3.3.2	Aspectos políticos e orçamento participativo.....	49
3.4	Dívida pública: Constituição e LRF.....	51
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
	REFERÊNCIAS	56
	Anexo I.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a realizar uma análise do impacto que os limites orçamentários causam na efetivação dos direitos sociais levando em consideração o princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que as limitações orçamentárias representam um grande empecilho para consecução dos ditames da Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação da CF/88 os direitos sociais foram elevados no ordenamento jurídico brasileiro à condição de direitos fundamentais, com um nível de importância sem precedentes na história jurídica brasileira. No entanto, para que os direitos sociais chegassem a esse patamar foi necessária muita reivindicação por parte da população. Dessa forma, será abordada, no primeiro capítulo deste trabalho, a história referente à evolução dos direitos sociais no Brasil e no mundo.

Ainda no primeiro capítulo, será realizada uma análise das ideologias econômicas adotadas no Brasil, o neoliberalismo com sua máxima de Estado mínimo, no qual a iniciativa privada é valorizada ao máximo e a economia é entregue às leis de mercado, e o Estado de bem-estar social, no qual o Estado passa a intervir na economia para promover políticas públicas de cunho social para melhorar a qualidade de vida da população.

No encerramento do primeiro capítulo, os direitos sociais são abordados como direitos fundamentais, sendo apresentado conceito e sendo feito breve comentário a respeito da classificação, que tem os direitos sociais como de segunda geração.

Iniciando o segundo capítulo, será tratada a disposição dos direitos sociais na CF/88, sendo feita explanação sobre cada um dos direitos sociais em espécie para que se possa obter noções do que preceitua a CF/88 sobre os direitos sociais.

Para que a efetivação dos direitos sociais esteja em conformidade com a CF/88, deve-se obedecer ao mínimo existencial, ressaltando-se que não se deve confundi-lo com o mínimo vital. A importância do mínimo existencial para o trabalho vem da sua relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é tratado pela CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil.

Ainda de forma a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, será abordado o princípio da vedação ao retrocesso social, também conhecido como princípio da proibição ao retrocesso social, fundamental às pretensões do presente trabalho, uma vez que é um princípio adotado pelo Supremo Tribunal Federal e muito utilizado no ativismo judicial.

O ativismo judicial por sua vez será abordado, visto que é uma forma de concretização dos direitos sociais, além de ser também uma forma de cumprimento do

princípio da vedação ao retrocesso social, e causa impacto na orçamento público quando as decisões judiciais obrigam o Estado à efetivação dos direitos sociais.

O terceiro capítulo com o título “Impacto orçamentário como limitador dos direitos sociais: retrocesso?” inicia tratando da reserva do possível, um fator que corriqueiramente é argumentado pelo Poder Público em juízo para que os magistrados levem os limites das dotações orçamentárias em consideração no momento de decidir sobre a efetivação dos direitos sociais por via judicial. Acontece que a reserva do possível não deve ser argumentada banalmente e ainda deve ser provada pelo Estado, de forma que mera lembrança da reserva do possível não é o suficiente para limitar a concretização dos direitos sociais, sendo possível apenas em último caso.

Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal também será abordada, visto que ao responsabilizar os gestores públicos, inclusive criminalmente, esta lei reduziu o trato irresponsável das finanças públicas, o que melhora o equilíbrio orçamentário.

O presente trabalho vai tratar do processo orçamentário, e do aspecto político deste, uma vez que a elaboração do orçamento sofre muita influência dos diversos setores da sociedade.

Por fim, completando o aparato teórico do trabalho, serão postos em tela os aspectos jurídicos da dívida pública, que em um primeiro momento possibilita aumentar os investimentos, mas em segundo momento gera possíveis cortes de gastos.

1 DIREITOS SOCIAIS E SUA EVOLUÇÃO

É fundamental para o presente trabalho, que pretende fazer uma crítica a respeito dos limites orçamentários e fiscais em relação à consecução do cumprimento do princípio da vedação ao retrocesso social relativo aos direitos sociais, fazer uma breve análise da evolução histórica e teórica dos direitos sociais que nos permita alcançar conclusões embasadas de forma mais sólida.

2.1 Origem dos direitos sociais

Foi no século XVIII, no contexto da Revolução Francesa e da Independência das colônias inglesas da América do Norte, a partir da declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, e, em seguida, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que surgiram os direitos fundamentais, que posteriormente foram dispostos em praticamente todas as constituições do mundo dali por diante, segundo afirma Mehmeri (2011, p. 38).

As declarações e, conseqüentemente, os direitos fundamentais se embasavam em teorias filosóficas pensadas nos anos anteriores às revoluções que lhes deram surgimento, sendo pensamentos tão somente individuais de vários pensadores, como afirma De Souza (2005, p. 21),

De início, convém salientar que a teoria dos direitos fundamentais, dentro da qual se inserem os direitos sociais, resultou da congregação de ideias e pensamentos filosóficos e políticos dos mais variados povos em diversas épocas da história da humanidade. Contudo, não se pode ignorar a influência mais direta da doutrina dos direitos naturais, em especial como desenvolvida no período pré-revoluções Francesa e Americana.

Esses fatos dão início ao Estado Liberal, que se contrapunha aos poderes despóticos dos reis e às regalias da nobreza e do clero. Assim, os direitos fundamentais criados no século XVIII serviram para dar liberdades e garantias aos indivíduos contra as discricionariedades do Estado absolutista, que, ao ver da classe mercantil, atrapalhava muito mais do que ajudava. Foi o início da supremacia dos interesses da burguesia, que dividiu o poder para melhor controlá-lo, na sua luta pela hegemonia econômico-política como menciona Mehmeri (2011, p. 42)

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos, com as declarações do século XVIII e as primeiras constituições escritas que surgiram no constitucionalismo ocidental, como resultado do

pensamento liberal-burguês da época. São direitos individualistas, exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, como direitos de defesa. Como maiores exemplos temos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos.

Entretanto, apesar de o Estado Liberal ter alcançado sucesso no que se propunha, este foi também um período de grande aumento da injustiça social. Foi esse período uma época de grande concentração de renda e espoliação das classes sociais mais populares, como atesta Cavalcante (2014, p. 16):

Com o passar do tempo, o terceiro Estado, ou Estado Liberal, revelou sua arbitrariedade, expondo a população, mais uma vez, em relação ao domínio econômico, a um cenário de opressão e exploração do trabalho humano, além da formação de classes, em uma estrutura piramidal, nas quais foram estabelecidas, de forma nítida, um cenário de dominação, orientado do topo para a base, e a consequente formação de uma elite dominante e proletariado dominado.

Depois de vencer o clero, a nobreza e o rei para garantir seus direitos fundamentais, a burguesia estava com todos os poderes de que necessitava para levar adiante seu projeto de Estado. Dessa forma, iniciou a revolução industrial abrindo fábricas nos países europeus e nos Estados Unidos.

Nesse período, no qual a máquina passou a ter mais importância para os industriais do que a mão-de-obra humana, a burguesia mirou os grandes lucros, adotando, como meio para alcançar seu objetivo, a exploração dos operários, que foram submetidos a cargas de trabalho absurdas em condições de vida precárias como afirma De Souza (2005, p. 26):

O trabalho nas fábricas, com jornadas extenuantes, envolvendo crianças, com disciplina rigorosa, sem regras para amparar o trabalhador na doença ou em acidentes, aliados à suposta liberdade de contratação ensejou uma massa operária de miseráveis, a evidenciar uma profunda desigualdade entre os trabalhadores e seus patrões, que demonstrava não existir liberdade ou isonomia para os economicamente mais fracos.

Diante dessa situação fortemente desfavorável, as classes populares deram início a revoltas em busca de melhores condições de vida como afirma De Souza (2005, p. 27):

Acirra-se a questão social, com a mobilização dos trabalhadores em prol de condições mínimas de existência e trabalho. As extremas desigualdades sociais demonstraram a necessidade de intervenção do Estado para garantir o equilíbrio das relações sociais e para permitir o mínimo gozo de direitos a todos os componentes da sociedade.

Entretanto, esse cenário demorou bastante a mudar. Somente no século XIX foi que teve início o processo de mudança, numa tentativa de equilibrar as desigualdades potencializadas durante o Estado Liberal, segundo Barros (2007, p. 26):

A partir do século XIX, começou a surgir uma nova classe de direitos fundamentais: os de segunda geração. Trata-se de uma categoria de direitos fundamentais

umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade, portanto tendentes a igualizar situações desiguais.

Diante de tantas reivindicações da classe operária e da concessão do direito de sufrágio universal, para evitar que a escalada do descontentamento levasse a nova revolução, a burguesia resolve conceder os primeiros direitos sociais trabalhistas. Entretanto, os direitos sociais são concedidos a conta gotas como afirma De Souza (2005, p. 28)

Ainda no século XIX, a Constituição Suíça de 1874 chegou a regulamentar o trabalho das crianças, a jornada de trabalho, a insalubridade e periculosidade no trabalho, porém, a expansão do processo de positividade dos direitos sociais de forma generalizada somente ocorreu a partir do século XX.

Já no século XX, a primeira constituição a positivar os direitos fundamentais de segunda dimensão foi a carta mexicana, de 1917, com direitos como férias remuneradas, limitação da jornada de trabalho para oito horas, regulamentação do trabalho da mulher e da criança e proteção à maternidade, segundo De Souza (2005, p. 28)

Como marco no processo de constitucionalização dos direitos sociais, no século XX, convém citar a constituição mexicana, de 1917, que serviu de inspiração para as constituições posteriores à 1ª Guerra Mundial: alçou o direito ao trabalho à categoria de direito fundamental; estabeleceu regras protetivas aos trabalhadores, regulando a relação empregatícia inclusive com a previsão do salário mínimo; concebeu a propriedade ao interesse público por motivo social, lançando bases para a reforma agrária; instituiu previdência, com estabelecimento de Caixas de Seguros, e estimulou a criação de sociedades cooperativas para a construção de casas a serem adquiridas pelos trabalhadores.

O exemplo mexicano foi seguido pela constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, no contexto do pós 1ª Guerra Mundial, quando esta se encontrava derrotada e em uma situação delicada, mas mesmo assim trouxe ao mundo a luz dos direitos sociais, conforme De Souza (2005, p. 28)

A Constituição de Weimar concebeu como tarefa do Estado a higiene, a saúde e o progresso social da família, inclusive com previsão do auxílio e amparo estatal às famílias de prole numerosa; instituiu a escolaridade obrigatória, realizada fundamentalmente pela escola popular de pelo menos oito anos letivos, bem como a gratuidade do ensino e do material didático, dentre outras diretrizes; previu a concessão de subsídios públicos para o acesso das pessoas de poucos recursos às escolas médias e superiores; sujeitou a ordem e a liberdade econômica aos princípios da justiça e da dignidade humana; subordinou o uso da propriedade ao bem comum; instituiu um direito ao trabalho uniforme sob a proteção do Estado; estabeleceu um sistema previdenciário, para a proteção da saúde, da capacidade de trabalho, da maternidade e da assistência, e previu a igualdade de direitos entre empregadores e empregados.

Desde então, a positividade dos direitos sociais tem evoluído muito. Em muitos países existem direitos sociais como saúde, educação, alimentação, trabalho, proteção à maternidade e à infância, previdência social e assistência aos desamparados, conforme salienta De Souza (2005, p. 28)

A partir de então, seguiu-se um processo de difusão dos direitos sociais nas constituições europeias, seguindo-se a Constituição Polaca de 1921, a Constituição Romena de 1923, e a Constituição Espanhola de 1931.

No Brasil, refletindo a tendência europeia, sobreveio a Constituição Brasileira de 1934, que pioneiramente consagrava os direitos trabalhistas.

Diante disso, é perceptível que o século XX foi o período no qual ocorreu a maior constitucionalização dos direitos sociais no mundo ocidental, levando à positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mesmo que não necessariamente sendo efetivados, mas representando sempre grande avanço na proteção positiva dos direitos sociais.

1.2 Estado neoliberal e Estado de bem estar social

Faz-se necessário a abordagem sobre questões econômicas importantes para compreender o contexto dos direitos sociais – sua positivação e efetivação e, por outro lado, sua extinção. Insta mencionar, de antemão, que o presente trabalho não tem como objeto esgotar os temas neoliberalismo e Estado de bem estar social, mas apresentar subsídios suficientes para diferenciá-los, uma vez que aprofundar o tema demandaria um estudo mais específico sobre referidos assuntos.

1.2.1 O Estado Neoliberal

Na primeira metade do século XX, Friedrich Von Hayek e Ludwig Von Mises, dois pensadores filósofos e economistas, propuseram a teoria do neoliberalismo, que adotava preceitos econômicos consagrados pelo liberalismo clássico. Após a Segunda Guerra Mundial, Milton Friedman reforçou a teoria neoliberal na escola de Chicago. Apesar do prefixo neo, esta teoria econômica não trazia novidades teóricas, mas apenas uma revisão das ideias de Adam Smith.

O neoliberalismo se opõe fortemente ao Estado de bem estar social, visto que este adota políticas intervencionistas em prol da coletividade, enquanto aquele visa à

individualidade com a liberdade de agir sempre com o escopo de atingir o interesse próprio, como lembra Nogueira (2010, p. 19).

Dessa forma, segundo o pensamento neoliberal, o crescente controle do Estado para a implementação do Estado de bem estar social teria como consequência a completa perda da liberdade, e isto impactaria fortemente na sociedade, pois a liberdade possui grande importância para consecução do bem comum, porquanto este é alcançado quando o indivíduo busca o seu próprio bem, e para que o indivíduo assim o faça ele necessita do requisito mínimo, qual seja a própria liberdade. Isso vai de encontro ao que afirma Kozima (1997, p. 16):

O que, de fato, parece ser possível reconhecer de comum nas ideias defendidas por intelectuais que possam ser referidos como “neoliberais”, no contexto do debate contemporâneo, é a crítica ao exacerbado intervencionismo estatal, característica do Estado de Providência, seja porque implica em perda para a liberdade individual e para a livre concorrência, seja porque acarreta alocação ineficiente de recursos e privilégios injustificáveis.

Assim, quando se tem liberdade – que para os neoliberais é o abstencionismo estatal – e harmonia no mercado, este se autorregula, fazendo lembrar a ideia de ‘mão invisível’ do mercado, e isto gera cada vez mais benesses para a sociedade como um todo quando os indivíduos buscam seu próprio bem, gerando inclusive a riqueza da nação, o bem comum. Esse é curso natural da economia, e para a doutrina neoliberal o que é natural é o mais justo, (NOGUEIRA, 2010, p. 21).

Diante dessa visão, o Estado tem como função somente garantir condições para a plena liberdade para que os indivíduos busquem da maneira que melhor lhes aprover seus interesses. Como desdobramento desta função o Estado tem que garantir a segurança da sociedade contra quaisquer tipos de agressões ou violências internas ou externas, estabelecer e administrar a justiça e promover serviços com os quais as despesas não podem ser suportadas por empresários particulares.

Para completar as características do Estado neoliberal, deve-se lembrar que se adota a política do Estado mínimo, um modelo de Estado que procura se preocupar apenas com liberdade de mercado e a propriedade privada. O estado se abstém de qualquer prestação que vise à coletividade.

Para alcançar a plenitude do neoliberalismo todos os Estados que o adotaram tiveram que passar por reformas para se adaptarem ao modelo de mercado se fundamentando na desestatização, na desregulamentação e na desuniversalização. O Brasil foi um dos países

que adotou o neoliberalismo e por sua vez realizou modificações estruturais como cita Azevedo (2013, p. 18):

[...] um conjunto de reformas estruturais deveriam ser feitas. Os pontos propostos foram basicamente: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária e previdenciária, liberalização financeira, câmbio flutuante, liberalização comercial, investimento direto estrangeiro, privatização, desregulamentação das relações trabalhistas e de setores controlados e cartelizados e, por fim, garantia da propriedade intelectual.

Com todas essas modificações nas estruturas dos Estados e a adoção da forma jurídico-político-econômica do neoliberalismo há um agravamento do descaso do Estado com o bem estar social, pois, nessa nova roupagem, esse aspecto pertence ao âmbito privado. Como lembra Laurell (1995, p. 163):

O Estado só deve intervir com o intuito de garantir um mínimo para aliviar a pobreza e produzir serviços que os privados não podem ou não querem produzir, além daqueles que são, a rigor, de apropriação coletiva. [...] Rechaça-se o conceito dos direitos sociais e a obrigação da sociedade de garanti-los através da ação estatal. Portanto, o neoliberalismo opõe-se radicalmente à universalidade, igualdade e gratuidade dos serviços sociais.

Por fim, vale lembrar que o neoliberalismo começou a ser adotado para reaver índices aceitáveis de lucratividade e combater as altas taxas inflacionárias no contexto do combate à crise capitalista, dessa forma ele sugere uma concentração de capital nas mãos do capital internacional. Entretanto para que isso aconteça é imprescindível o ataque às classes trabalhadoras para que sejam enfraquecidas, bem como destruir as instituições de bem estar social que valorizam a coletividade e confrontam a competição entre os indivíduos no mercado de trabalho. Tal destruição das instituições públicas serve para que sejam feitos investimentos privados a fim de tornarem todas atividades econômicas rentáveis.

1.2.2 O Estado de bem estar social

No final do século XIX e início do século XX, o capitalismo enfrentou graves crises contradizendo o que diziam os liberais sobre o resultado sempre bom para todos que a liberdade econômica, adotada desde o final do século XVIII, traria.

Com a ineficácia do modelo liberal, cresceram os problemas sociais e econômicos oriundos das crises capitalistas e das guerras, bem como os movimentos socialistas surgiram e aumentaram rapidamente. Para solucionar este quadro foi adotado o Estado de bem estar social, Estado de providência ou welfare state através de medidas keynesianas, lembra Nogueira (2010, p. 26):

A total ineficácia dos expedientes liberais diante da crise de 1929, as mazelas econômicas e sociais geradas pela própria crise e pela II Guerra Mundial, bem como o progresso material alcançado pelo mundo socialista, foram condições históricas que engendraram a adoção das diretrizes keynesianas pelos países capitalistas.

Segundo John Maynard Keynes, economista britânico, o ciclo econômico não é autorregulado como propunham os liberais. Assim, o Estado deveria se manter intervencionista, não sendo proprietário dos meios de produção, atuando com medidas fiscais e monetárias para regular a economia sem, contudo, desnaturar o capitalismo, visto que tais medidas não visavam revolucionar o modelo econômico vigente, apenas reformar.

Para superar a crise, o governo deveria realizar investimentos para incentivar o mercado, empresários e consumidores a voltarem à normalidade, e promover o emprego pleno, como afirma Nogueira (2010, p. 29):

O governo poderia, sobretudo (mas não somente) em momentos de crise econômica, ampliar seus gastos de modo a influenciar os empresários e consumidores a “voltarem” à normalidade da vida econômica, ou seja, incentivarem os empresários a investir/produzir e aos trabalhadores a consumir normalmente.[...]

A política econômica idealizada por Keynes previa apoio ao pleno emprego (ativismo das políticas), vez que a maior parcela da população, para consumir, dependia da geração de renda, derivada da atividade produtiva.

A teoria keynesiana ainda foi denominada de Estado de bem estar social, visto que previa que o Estado promovesse benefícios sociais para reduzir a pobreza, que era um problema não apenas social, mas também econômico, e garantir um padrão mínimo de vida para a população, oferecendo saúde, educação, moradia, lazer, trabalho e previdência entre outros direitos sociais, como afirma Dellagnezze:

A teoria keynesiana atribuiu ao Estado o direito e o dever de conceder benefícios sociais que garantam à população um padrão mínimo de vida como a criação do salário mínimo, do seguro-desemprego, da redução da jornada de trabalho (que então superava 12 horas diárias) e a assistência médica gratuita. O Keynesianismo ficou conhecido também como “Estado de Bem Estar Social”.

Este modelo econômico mais intervencionista estreou juridicamente nas constituições do México (1917), Alemanha (1919), Espanha (1931), Brasil (1934), França (1946), Itália (1947) e Suíça (1949). Tais constituições iniciaram a programaticidade, diretrizes que deveriam ser cumpridas pelos poderes Legislativo e Executivo dos respectivos

países.

Para concretizar as diretrizes constitucionais, o Estado passa a intervir diretamente na economia, sendo essa intervenção acompanhada de grande desenvolvimento e aumento do Direito Público para regular toda a intervenção estatal, ganhando esse ramo do direito grande importância no ordenamento jurídico das nações que adotaram o Estado de bem estar social. Diz Nogueira (2010, p. 34):

Com efeito, para cumprir estas atribuições derivadas do modelo social, o Estado passa necessariamente a intervir na economia, mediante prestações de serviços públicos, prestação de atividades econômicas, inclusive, com a criação de monopólios estatais. Em consequência, a estrutura administrativa do aparelho estatal cresce, para abarcar as funções de prestador de serviços, empresário e investidor.

A modelação do Estado foi acompanhada de grande expansão do Direito, em especial do desenvolvimento espantoso do Direito Público e autonomia do Direito Econômico.

Apesar de ter sido adotado em ampla quantidade de países, o Estado de bem estar social entrou em declínio a partir da década de 80, quando em diversos países se adotou políticas neoliberais para combater mais uma crise capitalista da década de 70.

1.3 A história dos direitos sociais no Brasil

A revisão da evolução dos direitos sociais na história do país tem lugar de grande importância no presente trabalho não só pela historicidade que ajuda na análise teórica do tema, mas também porque é de grande valia para se determinar como se consolidaram os direitos sociais ao longo do tempo até os dias atuais e lembrar todos os percalços pelos quais, assim como hoje, essa área do direito passou.

A análise histórica inicia-se no período colonial, quando todo o ordenamento jurídico vigente era português. Neste período, bastante duradouro, não há que se falar em direitos sociais, pois o Brasil era, aos olhares das autoridades portuguesas, apenas uma colônia de exploração à qual não eram direcionadas qualquer tipo de regalias, e onde se utilizava a escravidão como mão-de-obra. A população brasileira colonial vivia em um ambiente praticamente selvagem e não tinha direitos sociais nem mesmo em Portugal.

Em um segundo momento, após a independência em 1822, foi outorgada a

Constituição de 1824. Nesta fase constitucional, passou a haver uma espécie de embrião de direitos sociais, pois nela continha dispositivos que garantiam socorros públicos e instrução gratuita a todos os cidadãos. No Código Comercial de 1850, foram dispostas normas sobre trabalho de algumas classes de trabalhadores sem, contudo, representar legislação trabalhista. Ainda no Império, chegou a vigor lei que instituía casas de caridade, como lembra Nascimento (p.20):

Retornando ao tema dos direitos sociais, o Art. 179 da Carta de 1824 dispôs no inciso XXXI que “A Constituição garante os socorros públicos” e no inciso XXXII determinou que “A Instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”. A Constituição previu, também, no inciso XXXIII, a criação de colégios e universidades.

A Lei de 1º de outubro de 1828, tratando das funções das Câmaras Municipais, atribuiu-lhes, no Art. 69, a competência para instituir e preservar as chamadas casas de caridade, responsáveis pela criação dos menores órfãos e abandonados, bem como pela assistência à saúde dos necessitados.

O terceiro momento histórico ocorreu durante a vigência da primeira constituição da República a partir de 1891. Nesse período, novamente não houve avanços nos direitos sociais mesmo com sua reforma em 1926, que apenas instituiu competência ao Congresso Nacional para tratar sobre o tema trabalho. Entretanto, nada de concreto foi feito em relação aos direitos dos trabalhadores e quaisquer direitos sociais, que, pelo contrário, retrocederam, como lembra Nascimento (p. 21):

Como retrocesso na “questão social” pode ser registrado que a previsão expressa na implantação de serviços de assistência social contida no texto constitucional anterior foi expurgada e a única referência que fez a educação foi para, em seu art. 72, § 6º, desvincular o ensino público da religião católica.

Após muitos anos de reivindicações de grandes parcelas da população brasileira por mudanças significativas na ordem social, a Constituição de 1934 veio a positivar vários dos direitos que eram reclamados, sendo inspirada na Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha. Já não era mais apenas uma constituição liberal que dispunha apenas sobre os limites dos poderes do Estado, mas trouxe em seu arcabouço outras preocupações “relativas à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura”, como bem lembra Lacerda (1995, p. 43):

Salienta-se que estavam previstos no artigo 121 desta, os seguintes preceitos a serem observados pela legislação do trabalho: salário mínimo, jornada diária de oito horas, proibição de trabalho para os menores de quatorze anos, as férias anuais remuneradas, indenização do trabalhador despedido e assistência médico/sanitária a este.

A Constituição de 1934 deu início à positivação dos direitos sociais, após sua promulgação todas as constituições seguintes também trouxeram referências aos direitos

sociais, sendo democráticas ou não.

Nela, ao Estado era imposto o dever de proteger os trabalhadores. Além disso, vinha expresso elenco de direitos trabalhistas mínimos a trabalhadores urbanos e rurais, que dava mais segurança a esses trabalhadores e maior efetividade da concretização desses direitos através de normas processuais que aceleravam as demandas trabalhistas na justiça brasileira, consequência do dever estatal de os proteger..

Sobre a educação na Constituição de 1934, lembra Nascimento (p. 26) que “a Constituição garantiu o direito à educação primária para todos, tornando-a obrigatória, sem isentar o Estado da responsabilidade de promover o acesso aos outros níveis do ensino”. O mesmo autor afirma ainda que o rol de direitos sociais positivados foi mais amplo ainda:

Incrementando o rol de direitos sociais, previu também a assistência sanitária, hospitalar e medicina preventiva (art. 165, XV), bem como a assistência social para os necessitados, amparo à maternidade e à infância (art. 138 e 141). Assim, os socorros públicos aos necessitados, disciplinados pela Constituição do Império como obra caritativa subsidiada pelo Estado, ganharam o *status* de direitos inerentes à cidadania e dever do Estado. (NASCIMENTO, p. 27)

A Constituição de 1937, também conhecida como “Polaca” pela influência que recebeu da homônima polonesa, foi outorgada no contexto da ditadura varguista e institucionalizou grave retrocesso ao suplantando a luta política por novos direitos.

No âmbito dos direitos sociais, esta Constituição praticamente não diferiu da anterior, afirmando Lacerda (1995, p. 44) que “pode-se dizer que o elenco dos direitos sociais não se alterou significativamente em comparação à Carta de 1934, modificando, todavia, a redação de diversos itens”. Lembra ainda o autor que “a greve e o ‘lock-out’ foram declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesse da produção nacional”, (LACERDA, 1995, p. 44).

Vale lembrar que em 1943, ainda sobre a vigência da Carta de 1937, como grande marco dos direitos sociais, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, ainda na era Vargas, que revolucionou a proteção dos trabalhadores pelo Estado.

Após a Era Vargas, foi promulgada em 1946 nova Constituição que ampliava o dirigismo estatal e trazia avanços e retrocessos no âmbito dos direitos sociais. Esta Carta trouxe como fundamentos da ordem econômica e social a justiça social e a valorização do trabalho, princípios estes que deram uma nova guinada em relação à democracia social.

Esta Constituição foi conservadora e promoveu retrocesso ao instituir indenização nos casos de desapropriação de terras para fins sociais no âmbito da reforma agrária. Outro

retrocesso se deu ao ser silente quanto ao direito à saúde. Entretanto, se mostrou progressista principalmente nos direitos culturais e educacionais, mas as maiores evoluções nos direitos sociais ficaram a cargo da legislação ordinária com a universalização da previdência social e a instituição do décimo terceiro salário.

As Constituições de 1967 e 1969 voltaram a institucionalizar princípios antidemocráticos, e promoveram retrocessos na medida em que a luta por mais direitos sociais foi silenciada e o direito de greve sofreu graves restrições. Ademais, no âmbito dos direitos sociais não houve evolução digna de nota.

Com a redemocratização do país, veio a CF/88, que no campo dos direitos sociais os consagrou amplamente e de forma expressa. Segundo Mendes e Branco (2013, p. 619) “foi adotado o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo”.

A Constituição Federal em seu artigo 6º dispõe que “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”.

Nesta nova Carta, os direitos sociais tomaram uma nova proporção, não só na quantidade de direitos positivados, mas também ganharam muita importância, uma vez que foram acolhidos como direitos fundamentais.

1.4 Os direitos sociais como direitos fundamentais

Por terem sido acolhidos os direitos sociais como direitos fundamentais, é de grande valia a explanação, ainda que breve, sobre a temática dos direitos fundamentais para a percepção do posicionamento dos direitos sociais nesta teoria.

Os direitos fundamentais têm aumentado consideravelmente de acordo com os momentos históricos, não possuindo homogeneidade, o que dificulta uma conceituação abrangente e determinante. Essa dificuldade é lembrada por Mendes e Branco (2013, p.139) em sua obra quando afirma que:

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material

ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

Entretanto, apesar da dificuldade de conceituar os direitos fundamentais, é possível encontrar autores que os conceituam de forma eficiente, como é o caso de Bulos (2012, p. 522) que afirma que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Durante o decorrer da história, os direitos fundamentais se expandiram gradativamente conforme as necessidades históricas. Para o estudo dos direitos fundamentais, é importante não se olvidar de sua classificação quanto às gerações ou dimensões que vão desde a primeira, passando pela segunda e terceira, até a quarta. Vale lembrar ainda que as dimensões de direitos fundamentais não se substituem, nem há supressão temporal, mas sim uma cumulatividade que faz com estes se complementem. Isto é afirmado por Mehmeri (2011, p.42).

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos ainda no século XVIII e positivados nas primeiras constituições escritas no contexto das revoluções liberais burguesas, surgindo juntamente com constitucionalismo ocidental. Segundo Moraes (2013, p. 29), “os direitos fundamentais de primeira geração são direitos e garantias individuais e políticos clássicos”, entre estes estão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. Esta primeira dimensão já está consolidada e consagrada em todas as constituições democráticas atualmente. Sobre estes comenta Bonavides (2004, p. 564):

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão foram reconhecidos como tal no início do século XX, após amplo debate filosófico a respeito do tema, no contexto das crises capitalistas que culminaram no Estado de bem-estar social. Trata-se de direitos sociais, culturais e econômicos que deveriam ser prestados pelo Estado direta ou indiretamente, e assim passou a intervir na sociedade e na economia. Mehmeri (2011, p. 42) explica da seguinte forma:

Diante do contexto histórico de crises sociais no século XIX, o Estado liberal se transforma em Estado Social, ou Welfare State, o qual passa a intervir na sociedade e na economia. Nesse momento, surgem os direitos de segunda geração, os quais outorgam, ao indivíduo, direitos e prestações sociais estatais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros.

Ainda sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão, Bonavides (2004, p. 564) afirma que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Os direitos fundamentais de terceira geração vieram a ser reconhecidos e consagrados no final do século XX frutos de novas reivindicações e necessidades do contexto do momento histórico. Bonavides (2004, p. 569) lembra que:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado.

Dessa forma, tais direitos se destinam a uma coletividade social a nível universal, como Moraes (2013, p. 29) lembra são “chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos”, não se podendo restringir esses direitos senão pela universalidade da humanidade.

Por fim, Bonavides (2004, p. 571) afirma que são direitos fundamentais de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. O autor prossegue afirmando que a democracia deve ser direta, possível graças aos modernos meios de comunicação, e isenta da manipulação dos meios de comunicação, tudo isso se fazendo vingar os direitos paralelos da informação e pluralismo igualmente.

2 OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

É fundamental para as pretensões do presente trabalho que sejam abordadas as condições jurídicas dos direitos sociais no Brasil de forma a tentar esclarecer aspectos relevantes quanto a sua positivação, o nível mínimo exigido de consecução destes e como são tratados pelo Poder Judiciário.

2.1 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A CF/88 traz em seu artigo 6º, de forma bastante genérica, com redação complementada por Emenda Constitucional, que “são direitos 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”.

Esta positivação dos direitos sociais representa uma instituição clara do Estado de bem-estar social ou Estado social de Direito. O artigo 6º da Constituição dispõe sobre a ordem social imposta pela CF/88.

Sendo direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais são direitos que devem ser concretizados por meio de prestações positivas por parte do Estado direta ou indiretamente, buscando concretizar justiça social ou, pelo menos, amenizar as desigualdades sociais. Sobre os direitos sociais, Silva (2005, p. 286) afirma com precisão que:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são 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. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Importante se faz a abordagem dos direitos sociais em espécie com o intuito de expor noções necessárias, ainda que não esgotem todos os aspectos, para o alcance do objetivo do trabalho em tela.

2.1.1 Direito à educação

A CF/88 dispõe expressamente sobre o direito social à educação e afirma categoricamente que é “direito de todos e dever do Estado e da família”, bem como “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Silva (2005, p. 286) analisa o mencionado artigo da seguinte forma:

Significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estabelecidos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.

O texto constitucional traz como princípios da educação a “igualdade de condições para o acesso; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; a valorização dos profissionais da educação escolar; a gestão democrática do ensino público; a garantia de padrão de qualidade; e piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública”.

No ordenamento jurídico brasileiro a educação foi elevada à categoria de serviço público essencial, também pela sua importância no desenvolvimento pessoal que é fundamental para dignidade humana.

A questão orçamentária da educação é muito importante, sendo determinado que a União deve reservar 18% de suas receitas para a educação, enquanto os Estados, Municípios e Distrito Federal deverão reservar 25% para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como consta no artigo 212, caput da CF/88.

Outro ponto muito importante é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) – artigo 60, inciso I, dos atos das disposições constitucionais transitórias, da CF/88 – que representou significativo avanço para o orçamento da educação, pois ajuda na universalização do ensino e remuneração dos professores.

2.1.2 Direito à saúde

A CF/88 dispõe em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A doutrina é uníssona ao afirmar que o direito à saúde tem dupla vertente: uma vertente tem natureza negativa, que consiste em exigir do Estado que este se abstenha de realizar atos que prejudiquem a saúde. Por outro lado, a outra vertente tem natureza positiva que implica na prestação de medidas objetivando a prevenção de doenças e o tratamento delas.

Em sua obra Tavares (2012, p. 855) lembra que as “ações e serviços públicos de saúde devem integrar-se em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo”. Trata-se do Sistema Único de Saúde (SUS) uma rede de saúde pública que presta auxílio universal na prevenção e no tratamento de doenças.

Sobre o financiamento trata o artigo 198, § 1º dispondo que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, além de outras fontes”.

Em 2000, a Emenda Constitucional n. 29 estabeleceu recursos mínimos para o financiamento de ações e serviços da saúde pública, e equiparou a saúde à educação no tocante à vinculação do financiamento público. Entretanto, esse novo critério de financiamento só veio a ser efetivado com a Lei Complementar n. 141 de 2012, depois de muitos anos de debate. Mendes (2013, p. 626) explica:

A lei dispõe que, anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (art. 5º, *caput*). Os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea a do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 6º), enquanto Municípios e Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art.

156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea b do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 8º).

Essas novas normas do ordenamento jurídico brasileiro representaram grande avanço e muito contribuíram para a efetivação do direito a saúde, uma vez que os gestores públicos têm que respeitar um patamar mínimo de despesas.

2.1.3 Direito à alimentação

A alimentação foi incluída na CF/88 como direito social a partir da Emenda Constitucional n. 64/2010 após campanha para fortalecer a segurança alimentar, e porque estaria em consonância com vários tratados internacionais dos quais o Brasil participava, como lembra Mendes e Branco (2013, p. 620):

A introdução da alimentação no rol dos direitos sociais foi feita pela Emenda Constitucional n. 64/2010, após forte campanha liderada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. De acordo com esse órgão, a inclusão explícita do direito à alimentação no campo dos direitos fundamentais fortaleceria o conjunto de políticas públicas de segurança alimentar em andamento, além de estar em consonância com vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Apesar de a alimentação ter sido elevada a direito fundamental de segunda geração apenas com o advento da Emenda Constitucional 64/2010, a CF/88 já tratava do tema quando dispunha no inciso VIII do artigo 23 da CF/88 que o abastecimento alimentar é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.1.4 Direito ao Trabalho

A CF/88 traz em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil tem no trabalho um de seus fundamentos, sendo, portanto, elevado a uma grande importância. O texto constitucional trata ainda da importância do trabalho no seu artigo 170, *caput*, no qual dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e que este é um instrumento fundamental para o alcance da existência digna e da dignidade da pessoa humana.

O direito ao trabalho está disposto de forma ampla no texto constitucional como lembra Mendes e Branco (2013, p. 620) que afirma que:

A constituição brasileira de 1988 contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício.

Entre os direitos relativos ao trabalho positivados na CF/88 está a proteção contra as despedidas arbitrárias, seguro desemprego, salário mínimo, décimo terceiro salário, duração do trabalho normal não superior a oito horas, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais remuneradas, licença gestante, licença paternidade, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, aposentadoria, seguro contra acidentes de trabalho, proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, liberdade de associação profissional ou sindical, direito de greve, entre outros direitos dispostos nos artigos 7º, 8º, 10º e 11º, caput e respectivos incisos.

2.1.5 Direito à moradia

O direito à moradia foi adicionado ao texto constitucional com o advento da Emenda Constitucional 26/2000 que modificou o artigo 6º da CF/88. Apesar disso, o texto constitucional já dispunha que a competência comum de todos os entes federativos de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, amparando a nova disposição do direito social.

Sobre o direito à moradia Silva (2005, p. 314) faz preciosa consideração:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito a moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente.

Podemos citar que Lenza (2014, p. 1184) lembra que de acordo com o princípio da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição dispõe o direito à intimidade e à privacidade, direito de ser a casa inviolável como direitos individuais que contribuem para consagrar o direito à habitação digna e adequada. Sobre moradia digna podemos completar com a ideia de Silva (2005, p. 314) que afirma que “O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e privacidade familiar”.

2.1.6 Direito ao lazer

A CF/88 traz o direito ao lazer positivado em seu artigo 6º, elevando ao status de direito fundamental. Ainda no texto constitucional, no artigo 217, § 3º, fica disposto que “o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”, e no artigo 227, caput, fica estatuído que sobre o lazer “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem”.

2.1.7 Direito à segurança

A segurança a que se refere o artigo 6º da CF/88 aproxima-se do conceito de segurança pública, que é também disposta no artigo 144 que dispõe que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, das polícias civis, das polícias militares e dos corpos de bombeiro militares. Outra possibilidade é que a segurança pública, em situações extraordinárias, fique a cargo, também, da força nacional e do exército.

2.1.8 Direito à previdência social

A previdência social é o mais importante dispositivo de seguridade social. A previdência social é uma proteção social que objetiva proporcionar condição de subsistência da pessoa humana, que por determinado motivo, previsto em lei, não possa através do trabalho obter tal subsistência, sendo necessária contribuição anterior ao momento de necessidade. Silva (2005, p. 310) comenta sobre previdência social:

Previdência social é um conjunto de direitos relativos à seguridade social. Como manifestação desta, a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado providência (*welfare state*), sem, no entanto, assumir características socializantes, até porque estas dependem mais do regime econômico do que do social.

A CF/88, além do artigo 6º, dispõe nos seus artigos 201 e 202 sobre a previdência social, que, como diz Silva (2005, p. 310), “funda-se no princípio do seguro social, de sorte

que os benefícios e serviços se destinam a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, apenas do segurado e seus dependentes”.

O artigo 201 da CF/88 dispõe que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”. Para que uma pessoa receba qualquer benefício previdenciário, portanto, é necessário que haja contribuição para a previdência, sendo de forma obrigatória.

A CF/88 trata ainda da previdência privada no seu artigo 202, que dispõe que “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência geral, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”.

O custeio da previdência se dá por meio de contribuição dos trabalhadores com carteira assinada e os empregadores para o Instituto Nacional de Seguro Social, que é o órgão que organiza e administra a seguridade social pública no país. Já os servidores públicos contribuem para as previdências próprias dos servidores dos respectivos entes federativos.

2.1.9 Proteção à maternidade e à infância

A CF/88 adotou a proteção à maternidade e à infância como direito social no artigo 6º, entretanto o conteúdo deste direito está disperso em mais de um capítulo da ordem social, tendo aspecto de direito de previdência social e assistência social.

O disposto no artigo 201, inciso III, afirma a previdência social atenderá a “proteção à maternidade, especialmente à gestante”. O artigo 203, inciso I, dispõe que a assistência social tem por objetivo “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”.

Por fim, Lenza (2014, p. 1186) lembra ainda que “a Constituição determinou, ainda, que a licença à gestante será de 120 dias, sendo a licença paternidade de 5 dias.

2.1.10 Assistência aos desamparados

A assistência aos desamparados é disposta no art. 203 da CF/88 que diz “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à

seguridade social”. Portanto, a assistência social é universal e gratuita para que possa ter o maior alcance possível. Assim, os beneficiários assistidos não precisam contribuir.

Sobre os recursos voltados à assistência social e sua efetivação Tavares (2012, p. 872) comenta que “por independer de contribuição individual direta do beneficiário assistido, suporta-a o Estado na medida em que disponha de recursos para tanto, o que equivale a afirmar a não existência de direito subjetivo imediato”.

Quanto ao financiamento da assistência social aos desamparados a CF/88 em seu artigo 195 dispõe que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” e de contribuições sociais.

2.2 O mínimo existencial

Na CF/88, não há previsão expressa que contemple a expressão mínimo existencial. Entretanto, apesar de não haver menção ao termo não significa que não exista um mínimo existencial na doutrina pátria. Este decorre implicitamente de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem suma importância no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do mínimo existencial nasce na doutrina alemã já na década de 1950, sendo essencial à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, como lembra Almeida (2009, p. 69):

O primeiro doutrinador a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à prestação de recursos mínimos para um existência digna foi o publicista alemão Otto Bachoff, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade humana (art. 1º, I, da Lei Fundamental, doravante referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também de um mínimo de segurança social, pois, sem recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Dessa forma, é de se destacar que o mínimo existencial, como afirma Dias (2014, p. 105), “reveste-se dos direitos mínimos para a existência digna, sem os quais não se teria um homem livre e com possibilidades de sobrevivência ou desenvolvimento”. Podemos chegar a conclusão de que mínimo existencial não se confunde com mínimo de sobrevivência, visto que a salvaguarda da sobrevivência não garante uma existência com dignidade. Portanto, o mínimo existencial representa materialmente mais do que o simples mínimo de sobrevivência.

A CF/88 em seu artigo 7º, inciso IV, dispõe que o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades básicas individuais e familiares com “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” de uma forma que assegure uma existência digna, que é fundamento da república e finalidade da ordem econômica. Em conformidade com isso, Rissi (2014, p. 124) complementa:

A referência às normas constitucionais suscitadas foi necessária para demonstrar que a Constituição Federal de 1988 protege e garante proteções mínimas de existência mínima digna a todas as pessoas. Em outras palavras, “o ordenamento constitucional de 1988 está plenamente vinculado ao propósito de viabilizar a dignidade humana, assegurando a todos o mínimo existencial ou essencial ao ser humano e à vida em sociedade”.

“Tal conclusão pode ser tomada mesmo à frente da ausência, no texto, da expressão mínimo existencial”.

Para Machado (2010, p. 55) “a ideia de mínimo pode ser extraído de todos os direitos fundamentais, estando compreendida, portanto, no conteúdo essencial, limite dos limites desses direitos”. Entretanto, o autor explica que “em razão do viés social inerente às condições para existência humana, a ideia de “mínimo vital” revela maior aproximação com o conteúdo dos direitos sociais prestacionais”. Por fim, Machado (2010, p. 55) conclui que “apenas os conteúdos essenciais de direitos fundamentais relacionados à existência digna da pessoa é que podem ser considerados como mínimos existenciais”.

É válido mencionar que os direitos sociais não se reduzem ao mínimo existencial, mas o mínimo existencial muitas vezes é lembrado como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, o que reflete na exigibilidade dos direitos sociais no judiciário. Sobre o tema Sarlet (2015, p. 535) comenta em alto nível:

Importa salientar que comungamos do ponto de vista de que os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana), conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição Federal.

Para o presente trabalho não importa definir qual é o mínimo existencial de cada direito social, mas lembrar o que Sarlet (2015, p. 536) falou sobre a importância de se ter uma noção de mínimo existencial. Segundo o autor:

A noção de mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais.

Por fim, é importante lembrar que a jurisprudência do STF tem reconhecido a defesa do mínimo existencial tanto no ponto de vista de direito de defesa, como no dever prestacional positivo do Estado.

2.3 Princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social é também conhecido como “efeito *cliquet*”. Esta expressão é utilizada pelos alpinistas e é relativo ao movimento que só permite ao alpinista subir, não sendo possível retroceder na sua escalada. Assim, o efeito cliquet ou o princípio da vedação ao retrocesso social representam a impossibilidade de retrocesso de direitos, só podendo a proteção a esses direitos avançar.

A partir do momento que um direito prestacional é positivado e efetivado, o legislador passa a ter como limite de sua legislatura, sendo obrigado avançar na defesa do direito já positivado, não podendo fazer o direito ter sua defesa diminuída, caso em que seria declarada a inconstitucionalidade da lei que fez o direito retroceder. Sobre este princípio Canotilho (2003, p. 339) ensina que:

O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Depois de positivado, o direito social passa a ser constitucionalmente garantido, sendo a única possibilidade em que o legislador tem de promover a diminuição de direito positivado e efetivado perante novo ato legislativo sem afrontar o princípio da vedação ao retrocesso é na condição de se legislar medida compensatória que mantenha a defesa do direito em um *status quo*. Caso não sejam efetivadas medidas compensatórias a nova lei passa a ser inconstitucional, como forma de defender os direitos sociais.

O objetivo do princípio da vedação ao retrocesso social é garantir que o Estado atue para fazer com que os direitos sociais sempre progridam para que se chegue cada vez mais próximo à justiça social. Dessa forma, o contrário é como uma potencialização de afronta ao princípio da dignidade humana, uma vez que o precedente de retrocesso poderia causar uma onda de verdadeiras aniquilações de direitos. Sobre o objetivo do princípio da proibição ao retrocesso social Marmelstein (2009, p. 270) comenta o seguinte:

A ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. Esse mandamento está implícito na Constituição brasileira e decorre, dentre outros, do art. 3º da Constituição de 88, que incluiu a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária entre objetivos da República Federativa do

Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos.

Marmelstein (2009, p. 270) lembra que apesar de toda a importância do princípio da vedação ao retrocesso social, uma dificuldade surge juntamente com o princípio. É profundamente difícil definir de forma absoluta o que se trata de retrocesso e o que se trata de avanço em relação aos direitos fundamentais. Em muitos casos uma medida pode significar retrocesso para algum direito e, concomitantemente, significar avanço para outro direito fundamental, contribuindo para efetivar outros valores. Isso vale para os direitos sociais.

Para Scussel (2014, p. 29) não se pode olvidar da estreita ligação entre a proibição ao retrocesso e a vinculação do legislador às normas constitucionais programáticas impositivas. O autor ainda afirma que a “vedação ao retrocesso social representa uma manifestação concreta de uma das facetas do dirigismo constitucional”, e conclui:

O princípio da vedação ao retrocesso guarda relação com a cláusula de progressividade em matéria dos direitos sociais. A cláusula de progressividade determina a necessidade de a tutela legislativa ser permanentemente aprimorada e solidificada, vinculando o poder público à consecução de determinado objetivo.

Por fim, para ilustrar o princípio em uso, na ação direta de inconstitucionalidade 1.946/DF, BRASIL (2003), o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional 20/98, que pretendia a “revogação, ainda que implícita” do artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal originária, que tratava da licença-maternidade. Segundo a decisão, a norma constitucional derivada implicaria um retrocesso histórico, matéria social-previdenciária, o que seria indesejado. Foi decidido que a mencionada norma constitucional derivada, que formulou um teto para os benefícios previdenciários, não poderia ser aplicada ao salário-maternidade, correndo o risco de cair em inconstitucionalidade.

2.4 A atuação do judiciário para concretização dos direitos sociais

Um assunto muito importante, mas também muito polêmico relativo aos direitos sociais é a efetivação desses direitos pelo poder judiciário. Quando os poderes eleitos, Executivo e Legislativo, se ausentam da implementação da prestação dos direitos sociais, muitas vezes essa implementação se dá por conta de decisões judiciárias que impõem ao demais poderes a obrigação de prestar positivamente ou negativamente os direitos fundamentais sociais.

A CF/88 dispõe que os Poderes Executivo e Legislativo devem realizar suas funções de forma satisfatória implementando direitos sociais através da elaboração e efetivação de políticas públicas de interesse da população e em conformidade com o texto constitucional.

Acontece que esses poderes, não poucas vezes, são incapazes de promover políticas públicas de forma que atendam a todos os necessitados de serviços públicos. Esse quadro se agrava em um país com grande desigualdade social como o Brasil em que grande parte da população não tem condição financeira de bancar e cobrir com recursos próprios essa defasagem dos direitos sociais. Diante disso, muito se recorre ao judiciário para que os direitos sociais sejam efetivados através de medidas judiciais.

Esse tema é muito importante para o presente trabalho, uma vez que a decisão judiciária que impõe aos demais poderes o dever de efetivar os direitos sociais causa efeitos também nas finanças do Estado.

Não podemos olvidar que existe também a questão da legitimidade democrática da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário uma vez que esta efetivação deveria ser realizada pelos poderes eleitos, Executivo e Judiciário, em decisões políticas, e não por um poder não eleito, o que põe em xeque a legitimidade da efetivação.

Apesar disso, a doutrina considera que na perspectiva democrático-deliberativa – na qual os direitos sociais são fundamentais para a realização da democracia, uma vez que esta apenas se realiza em condição de igualdade material razoável – o Poder Judiciário tem legitimidade para efetivar os direitos básicos dispostos na Constituição, mesmo sem a força do escrutínio popular.

Além disso, o constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a legitimidade para invalidar leis que sejam consideradas inconstitucionais através do controle de constitucionalidade, fazendo o controle da produção legislativa contrária às normas e princípios constitucionais

Superada a questão da legitimidade democrática, é importante lembrar que a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é importante instrumento para assegurar a existência digna, principalmente da parte mais carente da sociedade. Sobre a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, Rocha faz comentário categórico:

Em caso de omissão do Estado na missão constitucional de efetivação dos direitos sociais, impossibilitando a fruição de um mínimo necessário à existência digna, cabe ao Poder Judiciário – excepcionalmente – intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito necessitado, podendo inclusive interferir no processo de implementação de políticas públicas, obrigando ao Estado a prestações de fazer (por exemplo, matrículas em escolas de ensino particular, em caso de inexistência de

vagas em escolas públicas de ensino fundamental; internação em hospitais particulares, quando não houver vagas em hospitais públicos), preservando assim a dignidade da pessoa humana.

Na nova perspectiva de efetivação de direitos por intermédio do Poder Judiciário, os juízes têm uma nova responsabilidade de intervir e criar soluções para as demandas sociais da sociedade. Em caso contrário, os magistrados se tornam coniventes com os descumprimentos da Constituição por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, causando danos, por muitas vezes irreparáveis, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É muito importante a intervenção judiciária no tocante a efetivação dos direitos sociais uma vez que no Brasil se vive uma constante crise social com milhões de excluídos passando a largo da justiça social.

Outro ponto importante a destacar é que a efetivação dos direitos sociais não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que este princípio foi utilizado para proteger os direitos fundamentais, enquanto os direitos sociais são também direitos fundamentais de segunda geração. Vale lembrar a intervenção judiciária nas políticas públicas consiste em exemplo prático do sistema de freios e contrapesos.

Ademais, o judiciário deve fazer o controle dos atos dos poderes eleitos sempre que estes se mostrarem contrários aos objetivos das Constituição, sendo esta fórmula um aspecto democrático, uma vez que não são apenas os poderes eleitos que formam a democracia. Motemezzo (2014, p 143) completa congruentemente:

O princípio da separação dos poderes não deve ser interpretado como um modelo rígido e estanque de divisão de competências estatais. Além disso, a democracia se conforma por meio de um conjunto de atores institucionalmente competentes para a sua construção. Não há, pois, como concluir que apenas os Poderes eleitos são os representantes do povo, e que, por este motivo, suas decisões mereçam ser preservadas mesmo quando caminham no sentido contrário ao de concretização dos objetivos propostos pela Constituição Federal.

3 IMPACTO ORÇAMENTÁRIO COMO LIMITADOR DOS DIREITOS SOCIAIS

Neste capítulo, serão tratados os principais aspectos jurídicos de fatores limitadores da efetivação dos direitos sociais, quais sejam, a reserva do possível, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o orçamento público e a dívida pública. Todos esses fatores dificultam a efetivação dos direitos sociais, fazendo um contraponto com o princípio da vedação ao retrocesso social. Esse contraponto é um perigo em potencial, uma vez que o descumprimento dos preceitos e da programaticidade da Constituição se tornam possibilidades no campo prático, ainda que conflitante com a ordem constitucional.

3.1 A Reserva do possível

Toda implementação de direitos sociais requer disponibilidade de recursos financeiros para investimentos em pessoal especializado ou equipamentos e estrutura. Entretanto, os recursos não são infinitos, e, por isso mesmo, nem sempre há recursos em quantidade suficiente para efetivar os direitos sociais e toda a demanda da população.

Quando o Judiciário julga demandas obrigando o Poder Público a efetivar direitos sociais, estas demandas judiciais exigem naturalmente recursos para seu cumprimento. Desta forma, o Judiciário deverá levar em consideração a disponibilidade de recursos, visto que uma decisão mal ponderada poderá interferir na efetivação de outros valores constitucionais.

Esta possibilidade de escassez de recursos se torna um grande impeditivo para efetivação dos direitos sociais por meio do Judiciário, quando este atua sem limites em favor dos direitos sociais. Obviamente, seria o ideal que houvesse disponibilidade financeira para o cumprimento de todos os direitos e objetivos constitucionais. No entanto, como os recursos são finitos, a doutrina lançou mão da cláusula da reserva do possível, na tentativa de apresentar os limites nos quais o ativismo judicial no tema dos direitos sociais deve atuar.

A cláusula da reserva do possível teve nascimento na produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. O caso tratava de estudantes que não conseguiram obter ingresso nas universidades alemãs por falta de vagas, e ajuizaram demanda judicial alegando que estaria havendo violação ao direito de educação. O Tribunal, todavia, negou o pedido dos estudantes e obrigou o Estado a demonstrar que a quantidade de vagas era o máximo possível diante dos recursos estatais. Por fim, ficou decidido que o Estado não estava obrigado a disponibilizar vagas em universidades para toda a população, desde que se

provasse que os recursos necessários para a concretização do referido direito não eram possíveis.

Sobre o julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão e a teoria produzida, Marmelstein (2009, p. 321) afirma:

A partir desse julgamento, começou a ser desenvolvida a máxima da reserva do possível, que pode assim ser sintetizada: os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira.

Em matéria de efetivação de direitos sociais, a reserva do possível é realmente uma limitação ao ativismo judicial, uma vez que sem recursos é impossível realizar tais direitos. Isso leva o magistrado a ter preocupação com o impacto orçamentário na sua decisão.

No caso de a decisão estar em conformidade com a reserva do possível, o Poder Público não poderá se furtar de concretizar o direito social alegando que a sua efetivação seria um caso de discricionariedade do administrador público. Nesse sentido, Marmelstein (2009, p. 321) lembra que a CF/88 deve ser respeitada:

Ao fixar diretrizes aos poderes públicos, houve a intenção de que essas diretrizes fossem efetivamente implementadas. Se eventualmente não forem, é inquestionável que estará havendo uma violação à norma constitucional por omissão. Nesse caso, conforme já demonstrado, nada mais natural do que permitir que o juiz determine que o poder público efetive os comandos constitucionais, já que o Judiciário é o guardião da Constituição, devendo zelar pela sua supremacia. Se para efetivar os comandos constitucionais for necessária a realização de despesas, natural também que seja a ordem do juiz, com o fim de alcançar a máxima realização dos objetivos constitucionais.

Quando o Poder Público em juízo recorre à reserva do possível para evitar a efetivação dos direitos sociais, este ato deve ser analisado com cautela, uma vez que a reserva do possível tem sido utilizada de forma banal em processos judiciais. Sobre a banalização da reserva do possível em processos judiciais Silva (2015, p. 121) lembra que “O STF entende que a invocação da fórmula da reserva do possível na perspectiva da Teoria dos custos dos direitos não é possível para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado”. Esse argumento somente poderá ser acolhido em caso de demonstração por parte do Poder Público que a efetivação dos direitos sociais por via judicial causará mais danos do que vantagem. Diante disso, vale lembrar que o ônus da prova é do Poder Público, que tem de provar através de elementos orçamentários e financeiros.

Por fim, vale lembrar que a reserva do possível não é uma cláusula absoluta e intransponível. Esta cláusula deve ser levada em consideração no ato decisório dos magistrados. Entretanto, se outros valores constitucionais de extrema importância para ordem constitucional estiverem em risco, não será possível negar sua efetivação através da atividade judicial, sendo necessário respeitar o princípio da proporcionalidade.

3.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal

Na história brasileira, o equilíbrio fiscal normalmente não era levado a sério pelos administradores públicos. Muito pelo contrário, o desequilíbrio das contas públicas foi a principal característica dos sucessivos governos, quando sempre se gastava mais do que o que se arrecadava. Esse fato representa falta de uma importante seriedade fiscal.

Com o advento da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, esse quadro começou a mudar, e o perfil gerencial do Poder Público começou a ganhar mais seriedade. Nesta lei, foram definidos os objetivos básicos da administração pública, que se contrapunham a administração que Pinto (2008, p. 418) afirmou que se “pautava no fisiologismo, na improvisação, no imediatismo irresponsável, inconsequente, tendencioso e destrutivo”, passando a ser pautada “numa visão de continuidade, retidão e planejamento de longo prazo”.

3.2.1 Finanças públicas e a Constituição

A Lei Complementar 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, trouxe grandes mudanças no regime fiscal nacional. Esta lei veio a regulamentar a administração pública no sentido de definir condutas mais apropriadas para os gestores públicos, e direcionando a administração ao equilíbrio das contas públicas.

O objetivo maior da LRF é regulamentar as finanças públicas e instituir um regime de responsabilidade na gestão fiscal, o qual pressupõe “a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito,

inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar”. (BRASIL, 2000).

Ramos Filho (2002, p 25) comenta sobre a LRF:

A LRF visa, a um só tempo, assegurar a austeridade fiscal necessária e promover as ações indispensáveis ao desenvolvimento sustentado, no marco de um novo padrão de atuação do setor público. Estabelece a referida lei complementar limites e regras de ajuste para os principais componentes do gasto público, além de normas e princípios gerais, em benefício da prudência e da transparência na gestão das finanças públicas.

Ademais, a LRF regulamenta que deve haver equilíbrio entre receitas e despesas, exigindo que para qualquer criação de despesas seja realizado estudo sobre a repercussão no orçamento do Estado, no exercício em que entrará em vigor e os dois subsequentes. Desta forma, nenhuma despesa poderá ser realizada sem uma prévia dotação orçamentária, que será aprovada pelo Poder Legislativo.

O Capítulo II do Título VI da CF/88 trata sobre as finanças públicas, merecendo destaque o artigo 163 que define, *in verbis*, que “Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas”, do qual a Lei Complementar 101/2000 tirou inspiração, assim como o § 9º do artigo 165 que diz:

Cabe a lei complementar: I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Por fim, outros dispositivos constitucionais que foram regulamentados pela LRF foi o artigo 169 para fixar limites com gastos de pessoal e o artigo 250 que trata da previdência social.

3.2.2 Aspectos principais

A LRF foi criada para regulamentar as finanças públicas e dar as diretrizes para atuação gerencial da administração pública. Esta lei possui quatro pilares que deverão ser observados pelos gestores públicos, quais sejam o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilização.

No primeiro pilar da LRF, o planejamento significa que deverá haver um processo pelo qual o Estado delimita como serão realizadas as políticas públicas, fazendo a escolha das melhores opções para atingir determinados objetivos, sem olvidar que os recursos são escassos e, por isso, devendo levar em consideração a economia de recursos.

Para Ramos Filho (2002, p. 35) “o planejamento é aprimorado pela criação de novas informações, metas, limites e condições para a renúncia e arrecadação de receitas, geração de despesas, operações de créditos e concessão de garantias”.

O mesmo autor define o significado de planejamento:

Planejar, com efeito, significa estabelecer objetivos definidos e escolher o modo de ação adequado para atingi-los, com base no conhecimento objetivo da situação presente e na previsão de condições prováveis e futuras. O planejamento é, por definição, sempre anterior à ação, visando justamente ordená-la e torna-la mais eficiente. (RAMOS FILHO, 2002, p. 51).

Na prática, o processo de planejamento da administração pública se dá com a elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, que formulam a política de utilização dos recursos públicos.

No segundo pilar da LRF, a transparência, pode-se admitir que é um princípio que deriva do princípio constitucional da publicidade, os quais não devem ser efetivados de forma passiva pela administração pública, mas de forma ativa a partir da iniciativa dos gestores. Tal princípio é essencial ao Estado Democrático de Direito e inerente à administração pública, e significa que não devem existir assuntos reservados aos gestores públicos. Sobre o tema Moreira (2001, p. 144) afirma:

É necessária a divulgação através de meio de comunicação com acesso popular. Quando menos, através da publicação de editais e notas em jornais de grande circulação, noticiando que os documentos estão à disposição da comunidade. Note-se que essa disponibilidade, prevista no art. 49 da LRF, não pode ser compreendida sob um ângulo de inércia estatal, no sentido de os documentos serem meramente “produzidos” e “arquivados”. É imperioso que se dê notícia à população de que os instrumentos estão à sua disposição, em público, conhecido e de fácil acesso.

Para a LRF os documentos devem ser publicizados nas formas técnica e popular, não bastando que sejam de forma parcial ou limitada. A forma técnica permite o exame científico dos dados, enquanto a forma popular permite mais acessibilidade à gestão fiscal, valorizando um controle mais democrático.

O terceiro pilar da LRF é o controle, que recebeu bastante importância com a tipificação de crimes de infração a essa lei. De toda forma, o controle passou a influenciar o processo decisório na gestão fiscal da administração pública.

Para Fernandes (2002, p. 90) “a ação de controle deve ensejar uma mudança na programação das ações do gestor público responsável, pois é, precisamente, a permanente reavaliação que ensejará uma alteração qualitativa”.

A partir da LRF, os Tribunais de Contas receberam novas e mais relevantes atribuições, influenciando no processo decisório antes da consumação dos danos às finanças públicas. Outros atores são responsáveis pelo controle. São eles: a própria autoridade

administrativa, o Poder Legislativo, o Ministério Público, o Poder Judiciário, o Conselho de Gestão Fiscal e a sociedade em geral.

O quarto pilar da LRF é a responsabilidade relativa ao gerenciamento das finanças públicas com aptidão para causar consequências nas esferas civil, penal, política e administrativa. Sobre a responsabilização Pinto (2008, p. 419) é preciso:

A responsabilidade fiscal traduz-se, assim, na aptidão para responder o agente público, inclusive criminalmente, por seus atos, realizados no desempenho da função, quando em descompasso com as regras gerenciais básicas contidas na lei. Decorre do dever de conduzir-se o gestor na forma estabelecida pelo legislador visando à transparência, ao equilíbrio orçamentário e à boa aplicação dos recursos públicos.

Ao instituir a responsabilidade fiscal, a LRF não objetivou engessar a gestão da administração pública, diminuindo a liberdade que o mandato confere ao gestor público. Diferentemente disso, a LRF veio exigir que sejam cumpridos objetivos e metas mínimos para impedir a depreciação das contas públicas, de uma forma que se tenha continuidade na gestão com um mínimo de eficiência.

A LRF traz procedimentos que devem ser realizados pelos gestores para correção dos rumos da administração, quando através de indicadores financeiros for possível notar que as contas públicas tendem ao desequilíbrio ou quando a administração não estiver sendo eficiente.

Por fim, é válido lembrar o comentário de Pinto (2008, p. 419) sobre a postura do legislador relativo à LRF:

A postura mais incisiva do legislador, qualificando como crime as ações típicas de irresponsabilidade, no gerenciamento da Administração, levou em consideração o profundo dano suportado pela população em consequência das ações deliberadamente inconsequentes de seus gestores, como por exemplo, contrair despesas supérfluas, sabendo, de antemão, da inexistência de recursos para pagá-la.

3.3 Orçamento público

3.3.1 Aspectos Jurídicos

O orçamento é uma peça que documenta toda a questão financeira do Estado por um período, contendo todo o cálculo de receitas e despesas do governo, sendo produzido pelo Poder Executivo e devendo ser previamente aprovado pelo Poder Legislativo. Sobre orçamento Baleeiro (2012, p. 525) oferece definição:

Nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor,

as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Apesar das definições, é importante lembrar que no Brasil o orçamento não é seguido rigorosamente como um plano de governo. Para ilustrar podemos lembrar que a União já ficou sem orçamento por conta de divergências entre Legislativo e Executivo sem que isso afetasse a rotina do governo. Esse fato demonstra o desprezo ao orçamento, que apesar de ter seu cumprimento fiel como obrigatório, inclusive com normas penais obrigando os gestores públicos ao cumprimento do orçamento, não raro o orçamento não é cumprido.

Para Harada (2013, p. 68) os principais motivos que levam ao descumprimento do orçamento são: superestimação de receitas, contingenciamento de despesas, realocação de recursos destinados a um setor para outro, anulação de valores empenhados, não liquidação de valores até o final do exercício, gerando restos a pagar no orçamento do ano vindouro, podendo ter como consequência corte de gastos no orçamento seguinte.

As leis orçamentárias – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual – representam etapas do processo orçamentário e são de iniciativa do chefe do Poder Executivo, no âmbito federal, o Presidente da República, que envia o projeto de lei ao Poder Legislativo. Este recebe a proposta do Executivo já unificada com os projetos de lei orçamentária, respectivos ao Judiciário e ao Ministério Público inclusive.

Os projetos de leis orçamentárias são apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional na forma do regimento comum. A uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados caberá examinar e emitir parecer sobre os projetos e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República, e examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na CF/88, além de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

As emendas serão apresentadas na Comissão mista que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo plenário das duas Casas do Congresso Nacional. O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional propondo modificação nos projetos da PPA, da LDO, e da LOA, desde que não iniciada a votação.

A aprovação das emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem necessariamente deverá cumprir exigências constitucionais. Estas devem ser compatíveis com o PPA e com a LDO, devendo indicar os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesas, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida, transferências tributárias constitucionais para

os entes federados. Por fim, as emendas cumprem a exigência constitucional quanto à necessidade de alterações relacionadas à correção de erros ou omissões, ou com dispositivos do texto do projeto de lei.

O PPA dispõe sobre as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública, dando destaque para o planejamento da ação estatal. O projeto do PPA deve ser apresentado até o dia 31 de agosto, quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção antes do fim do primeiro período da sessão legislativa. O prazo de vigência do PPA é de quatro anos.

Sobre a LDO podemos afirmar que ela trata de metas e prioridades da administração pública e orienta a produção da LOA. A LDO tem vigência de um ano, sendo o projeto enviado até 15 de abril, oito meses e meio antes do fim do exercício financeiro e devolvido para sanção antes do fim do primeiro período da sessão legislativa.

A LOA é formada por três seções, quais sejam, o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas públicas e orçamento da seguridade social, e não conterá dispositivo estranho à previsão de receitas e despesas, podendo conter autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito. O projeto da LOA deve ser apresentado até o dia 31 de agosto, 4 meses antes do fim do exercício financeiro para ser sancionado posteriormente.

Sobre a LOA relativamente aos outros dois diplomas Mendes e Branco (2013, p. 1358) lembram oportunamente que:

Trata-se de diploma legislativo subordinado ao PPA e à LDO. Os Gastos autorizados na lei orçamentária anual devem estar de acordo com a LDO que, por sua vez, deve estar de acordo com o Plano Plurianual.

A ligação entre os três diplomas mencionados é tão intensa, que se poderia afirmar que nem o PPA, nem a LDO teriam significado algum sem a LOA. Os primeiros existem precipuamente em função da segunda, como instrumentos de planejamento, para regular sua criação e execução.

3.3.2 Aspectos políticos e orçamento participativo

O orçamento, em sua elaboração, sofre grande influência política de congressistas que pleiteiam verbas orçamentárias, visto que, ligados a setores da sociedade, trabalham em prol dos interesses dos seus defendidos. Outro fator político que influencia o orçamento são os partidos políticos, que têm seu programa de governo, e, uma vez no poder, realiza a programação orçamentária para efetivar seu programa.

Nesse sentido muito se pressiona os congressistas. Os vários setores da sociedade reivindicam verbas orçamentárias. Isso causa consequência que, quando analisadas estatisticamente, se tornam visíveis quais setores estão sendo mais beneficiados. Sobre a questão política Harada (2013, p. 72) conclui com precisão acerca do tema:

Os membros da sociedade, não só mediante seus representantes no Parlamento, consentem na estimação das receitas tributárias, como também, influenciam no direcionamento das despesas. Daí por que o exame da peça orçamentária permitirá revelar, com clareza, em proveito de que grupos sociais e regiões, ou para solução de que problemas e necessidades funcionará a aparelhagem estatal. Pelo exame das estimativas de impostos, por exemplo, é possível detectar qual a classe social mais onerada, e, pelo exame das dotações orçamentárias, vislumbrar as classes sociais que serão mais beneficiadas pela atuação do Estado, vale dizer pela prestação de serviços públicos.

Uma alternativa a esse modelo político é o orçamento participativo, que democratiza a elaboração do orçamento público, representando importante instrumento para consecução da democracia representativa. O orçamento participativo permite que a população influencie a elaboração do orçamento público através do debate, no qual se definem quais são as prioridades da sociedade para se investir os recursos em obras e serviços.

Nesse modelo há uma necessidade de se encontrar meios para proteger o processo de participação de métodos viciosos para que a opinião da sociedade não seja desvirtuada por meio de manipulações, uma vez que é necessário ficar evidente a real vontade do povo. Oliveira (2010, p. 393) traz como exemplos de manipulação “o caso de líderes associativos que recebam propinas” e o caso de “cabos eleitorais tendenciosos que componham uma maioria fictícia e deem as ordens”.

É essencial também que a população consiga controlar os gastos públicos. Oliveira (2010, p. 393) completa afirmando que “já não basta o controle dos gastos pelos Tribunais de Contas – é necessária a participação da sociedade na fiscalização dos gastos públicos”.

Esse novo sistema de elaboração do orçamento público, o orçamento participativo, foi inicialmente posto em prática no Brasil no governo municipal da Prefeitura de Porto Alegre, representando importante evolução.

3.4 Dívida pública: Constituição e LRF

A dívida pública é uma das despesas que mais compromete o orçamento público, ao mesmo tempo que contrair mais dívida permite ao Estado aumentar os gastos públicos, embora a custos de altas taxas de juros. A LRF adota o conceito de que dívida pública é o “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”.

A CF/88 é cautelosa ao tratar do tema, adotando perceptível preocupação em manter o equilíbrio orçamentário controlando o endividamento público. O texto constitucional no art. 176, inciso III, veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”. A ressalva do dispositivo permite que a dívida contraída seja usada apenas para realização de investimentos.

A CF/88 ainda veda “a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em relação ao controle do endividamento é importante destacar o papel do Senado Federal, uma vez que compete a esta Casa, como dispõe o art. 52 da CF/88, autorizar operações externas de natureza financeira de interesse dos entes federativos; fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada; dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno; dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito; e estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária.

A dívida pública no âmbito da LRF tem importância central, uma vez que a ela foi destinado o capítulo mais longo de toda a lei. A LRF dispõe sobre o controle do endividamento público, tratando da dívida pública de todos os entes federativos regulamentando as operações de crédito.

Ramos Filho (2002, p. 101) lembra pertinentemente sobre a dívida pública e relativo à LRF que:

Os limites ao montante (estoque) da dívida pública serão fixados tomando-se por base a dívida consolidada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que compreende a dívida da administração direta, autarquias, fundações e empresas

estatais dependentes – sempre em relação à Receita Corrente Líquida (RCL).

A LRF em seu art. 30, inciso I estabelece que, no prazo de noventa dias após a publicação da própria lei, o Presidente da República submeterá ao Senado Federal proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada conforme o inciso VI do art. 52 da CF/88.

Já o art. 31, *caput*, da LRF estabelece que “se a dívida consolidada de um ente federativo ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o termino dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro. Dessa forma, enquanto perdurar o excesso, o ente que nele houver incorrido ficará proibido de realizar novas operações de crédito e ficará obrigado a obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite.

O Código Penal determina sanção penal em caso de ordenação, autorização ou realização de operação de crédito quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei, configurando crime contra as finanças públicas, tendo como pena de um a dois anos de reclusão.

Assim, é evidente que a LRF estabelece importante controle sobre o endividamento público, trazendo normas que estabelecem limites e sanções em caso de descumprimento desses limites.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve intento de analisar o impacto que os limites orçamentários causam na efetivação dos direitos sociais levando em consideração o princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que as limitações orçamentárias representam um grande empecilho na consecução desse fim.

Com efeito, a história dos direitos fundamentais sociais demonstra que a sua positivação requereu uma grande e duradoura movimentação social para se chegar até o ponto em que se encontram hoje. A efetivação desses direitos não foi uma realização rápida, mas que se prologou por grande período dos últimos séculos e continua em evolução. E por isso, os governos devem valorizar a luta histórica pelos direitos sociais, reservando recursos nos planos orçamentários.

A efetivação dos direitos sociais depende muito da filosofia econômica vigente no país na época, uma vez que, por exemplo, no neoliberalismo, no qual se prega o Estado mínimo, há uma grande tendência no sentido de diminuir a efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado, o que gera grande déficit de concretude desses direitos. Ao contrário do neoliberalismo, o Estado de bem-estar social é mais benéfico para a concretização dos direitos fundamentais sociais, visto que nesse sistema o Estado promove políticas públicas intervindo na economia para garantir direitos.

Essa questão é muito importante uma vez que o orçamento público tem seu aspecto político-ideológico bastante evidente. Dessa forma, em governos que adotam o neoliberalismo o orçamento público tende a dar menos importância aos direitos sociais, acontecendo o contrário em governos que adotam o Estado de bem-estar social.

A questão ideológica do orçamento público gera controvérsia posto que a CF/88 tem um caráter nitidamente tendente ao Estado de bem-estar social, mas, em contrapartida, os governos mais recentes, das últimas décadas, foram eleitos com aspecto ideológico neoliberal, estando em muitas situações em inconformidade com ditames constitucionais.

A CF/88 consagra em seu corpo a fundamentalidade dos direitos sociais e dispõe sobre estes de forma a garantir sua positivação. A importância dos direitos fundamentais para ordem constitucional atualmente vigente no país é indiscutível, já que eles contribuem ativamente para o alcance do objetivos da CF/88 de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Logo, governos que adotam no processo orçamentário ideologia contrária à efetivação dos direitos sociais incorrem em afronta à própria CF/88.

O processo orçamentário deve levar em consideração os ditames do mínimo existencial da população, que não deve ser confundido com mínimo vital. O mínimo existencial se relaciona diretamente com o princípio da dignidade humana, assim, o orçamento deve ser feito de forma que dê condições para a concretização dos direitos sociais, uma vez que a concretização desses direitos contribui para existência digna da população e, conseqüentemente, para o respeito do princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da república.

Outro princípio que deve ser levado em consideração no processo orçamentário é o princípio da vedação ao retrocesso social, adotado pelo STF. Destarte, o orçamento relativo aos direitos sociais não só deve manter o nível de recursos como deve elevar os recursos destinados aos direitos sociais, em consequência do aumento populacional que ocorre anualmente. Somente assim o princípio da vedação ao retrocesso social será respeitado, pois em muitas épocas o aumento real acima da inflação dos recursos é necessário para manter o nível de efetivação dos direitos sociais, e, assim, garantir o mínimo existencial para as populações carentes.

Uma forma de efetivar os direitos fundamentais sociais que vem ganhando importância é a efetivação por via judicial. A atuação do poder judiciário tem sido de grande valia para efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais. Partindo da certeza de que a prestação dos direitos sociais não é um favor do Estado para com a população, mas sim uma obrigação constitucional, fica evidente que o papel do judiciário nessa questão não deve gerar controvérsia, uma vez que está cumprindo com seu dever de guardar a CF/88 e promover a justiça. Entretanto, esse ativismo judicial causa consequências.

As decisões judiciais que promovem a efetivação dos direitos sociais causam impacto no orçamento público. Muitas vezes a verba destinada para a consecução do direito social a ser efetivado por decisão judicial não é suficiente para a concretização, por isso as decisões judiciais tendentes a efetivar direitos sociais deve levar em consideração a reserva do possível. Entretanto, o Estado, quando utilizar como argumento a reserva do possível, deverá argumentar de forma a demonstrar que não existe outra possibilidade a não ser a observação da reserva do possível, tendo para si, inclusive, o ônus da prova. Dessa forma, para se alegar a reserva do possível esta deve ser argumentada de forma incontroversa, uma vez que levar em consideração esta cláusula de forma banal conflita diretamente e agressivamente contra a CF/88. Destarte, a reserva do possível deverá ser levada em consideração apenas em último caso.

Um fator que veio a contribuir para a amenização dos limites orçamentários dos

direitos sociais, foi a LRF, uma vez que passou a responsabilizar, inclusive criminalmente, os gestores públicos que incorrerem em gestão irresponsável das finanças públicas. Esta lei foi fundamental, visto que antes dela os gestores públicos muitas vezes realizavam despesas supérfluas em detrimento dos direitos sociais ou contraíam dívidas de forma que no orçamento seguinte era necessário haver cortes, que na maioria das vezes recaía sobre os direitos sociais. Diante disso, é notória a evolução, uma vez que, com a responsabilização dos gestores, as diretrizes orçamentárias ganharam mais continuidade, o que trouxe mais equilíbrio para as finanças públicas.

A dívida pública é um fator que limita a capacidade de investimento do orçamento público, uma vez que é necessário realizar a compensação de juros através do refinanciamento da dívida. Em um primeiro momento, a obtenção de crédito pode possibilitar novos investimentos, mas em pouco tempo a dívida deverá ser paga ou refinanciada, correndo juros que oneram mais ainda o orçamento, o que em um segundo momento aumenta os limites orçamentários, restringindo os investimentos sociais. Logo, é preferível que a obtenção de crédito seja evitada e o que já é devido seja auditado, o que pode trazer muitos benefícios orçamentários.

Vale a pena ressaltar novamente que o orçamento tem um relevante aspecto político. É evidente que o processo orçamentário sofre grande influência dos mais variados setores da sociedade, e que muitas vezes as verbas são distribuídas levando em consideração a questão política, o que pode fazer com que as orientações constitucionais não sejam seguidas a risca. Um exemplo disso é quando os governos diminuem os gastos com os direitos sociais, mas aumentam os gastos com publicidade. Uma solução para isso seria realocar recursos de forma que as verbas para os direitos sociais aumentem ainda mais, garantindo assim um maior nível de concretização desses direitos.

Diante do exposto, é possível concluir que devido a sua fundamentalidade e importância a eles dada pela ordem constitucional, os direitos sociais devem receber prioridade no processo orçamentário de forma a respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social. Uma forma concretizar essa prioridade é por meio do orçamento participativo, que visa identificar as maiores necessidades da população para ajudar no processo orçamentário.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ângela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. 2009. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009.
- AZEVEDO, Ariston Silva de. **Os governos neoliberais de Fernando Henrique Cardoso e Lula**. 2013. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica Constitucional e eficácia dos direitos sociais**. 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Brasília, DF.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin nº 1.946/DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requeridas: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 03 de abril de 2003. **Diário da Justiça**. Brasília, DF.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAVALCANTE, Kamyllé Mourão. **Análise crítica das teorias de controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais**. 2014. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.
- DELLAGNEZZE, René. **O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.
- DE SOUZA, Maria Lúcia Gomes. **A função jurisdicional e os direitos sociais: A legitimidade democrática do poder judiciário**. 2005. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Manaus, 2005.
- DIAS, Diogenes Belotti. **Globalização e soberania enviesada: concretização do mínimo existencial**. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade fiscal**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KOZIMA, José Wanderley. **Neoliberalismo e Direito: aspectos políticos-jurídicos da crítica neoliberal**. 1997. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

LACERDA, Antônia Denise. **Os direitos sociais e o Direito Constitucional brasileiro**. 1995. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Trad. Rodrigo León Contrera. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEHMERI, Marta Freire. **A aplicação do princípio do não retrocesso social na doutrina e na jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro**. 2011. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann et al. **Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

MOTEMEZZO, Francielle Pastenak. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas**. 2014. 251 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Marilza Ferreira do. **Memória e história: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil**. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/878/885>>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. **A influência do neoliberalismo na constituição federal de 1988, com enfoque nas emendas ao capítulo da "ordem econômica"**. 2010. 150

f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Responsabilidade Fiscal: Aspectos Fundamentais da Lei nº 101/2002**. Manaus: Caminha, 2002.

RISSI, Rosmar. **Teoria do mínimo existencial à luz de pressupostos democráticos**. 2014. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo judiciário**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCUSSEL, Pedro Austregesilo. **O princípio da vedação ao retrocesso ambiental e o novo código florestal**. 2014. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Anexo I – Despesa dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, por Órgão Orçamentário

Valores em R\$ 1,00

Discriminação	Tesouro (A)	Outras Fontes (B)	Total C = (A + B)	%			
				C/D	O/E	C/F	O/G
CÂMARA DOS DEPUTADOS	5.275.769.027		5.275.769.027	0,30	0,26	0,25	0,18
SENADO FEDERAL	3.893.751.426		3.893.751.426	0,22	0,19	0,19	0,13
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	1.823.143.480		1.823.143.480	0,10	0,09	0,09	0,06
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	554.750.410		554.750.410	0,03	0,03	0,03	0,02
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1.164.743.540		1.164.743.540	0,07	0,06	0,06	0,04
JUSTIÇA FEDERAL	9.797.077.381		9.797.077.381	0,56	0,49	0,47	0,33
JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	436.744.289		436.744.289	0,02	0,02	0,02	0,01
JUSTIÇA ELEITORAL	6.846.524.634		6.846.524.634	0,39	0,34	0,33	0,23
JUSTIÇA DO TRABALHO	17.126.685.840		17.126.685.840	0,97	0,85	0,83	0,58
JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	2.294.628.268		2.294.628.268	0,13	0,11	0,11	0,08
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	218.952.516		218.952.516	0,01	0,01	0,01	0,01
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	2.067.916.147	141.407.567	2.209.323.714	0,13	0,11	0,11	0,07
MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO	12.226.500.201	214.068.773	12.440.568.974	0,71	0,62	0,60	0,42
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO	7.987.828.792	1.105.738.431	9.093.667.223	0,52	0,45	0,44	0,31
MINISTÉRIO DA FAZENDA	24.625.345.155	657.704.133	25.283.049.288	1,43	1,26	1,22	0,86
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO	98.160.101.178	1.628.783.562	99.788.884.740	5,66	4,97	4,82	3,38
MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR	1.579.236.999	1.490.414.054	3.069.651.053	0,17	0,15	0,15	0,10
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO	504.835.104		504.835.104	0,03	0,03	0,02	0,02
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	12.654.900.749	29.003.539	12.683.904.288	0,72	0,63	0,61	0,43
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA	8.393.320.093	709.351.388	9.102.671.481	0,52	0,45	0,44	0,31
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL							
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO	5.647.802.963		5.647.802.963	0,32	0,28	0,27	0,19
MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES	2.980.818.298	137.429	2.980.955.727	0,17	0,15	0,14	0,10
MINISTÉRIO DA SAÚDE	118.401.267.862	71.572.170	118.472.839.832	6,72	5,90	5,72	4,01
MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (EXCLUSIVE O DISPOSTO NO ARTIGO 239 § 1º DA CONSTITUIÇÃO)							
MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES	13.652.967.798	206.410.939	13.859.378.737	0,79	0,69	0,67	0,47
MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL	586.512.712.268	467.635.982	586.980.348.250	33,30	29,21	28,32	19,87
MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES	6.276.321.324	125.804.120	6.402.125.444	0,36	0,32	0,31	0,22
MINISTÉRIO DA CULTURA	2.342.928.819	7.976.905	2.350.905.724	0,13	0,12	0,11	0,08
MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE	2.724.759.671	229.149.564	2.953.909.235	0,17	0,15	0,14	0,10
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO	12.379.359.533	6.577.991	12.385.937.524	0,70	0,62	0,60	0,42
MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO	3.685.431.346	30.438.564	3.715.869.910	0,21	0,18	0,18	0,13
MINISTÉRIO DO ESPORTE	1.746.903.414		1.746.903.414	0,10	0,09	0,08	0,06
MINISTÉRIO DA DEFESA	77.374.438.881	4.683.930.325	82.058.369.206	4,66	4,08	3,96	2,78
MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL	5.527.567.903	90.957.465	5.618.524.968	0,32	0,28	0,27	0,19
MINISTÉRIO DO TURISMO	851.210.552	144.593	851.355.145	0,05	0,04	0,04	0,03
MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME	78.330.327.944		78.330.327.944	4,44	3,90	3,78	2,65
MINISTÉRIO DAS CIDADES	12.569.454.805	265.049.799	12.834.504.604	0,73	0,64	0,62	0,43
MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS	487.623.428		487.623.428	0,03	0,02	0,02	0,02
MINISTÉRIO DA PESCA E AGRICULTURA							
CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	75.660.511		75.660.511				
GABINETE DA VICE-PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	11.277.799		11.277.799				
SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS							
SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL	18.704.353.469	490.832.270	19.195.185.769	1,09	0,96	0,93	0,65
ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO	3.049.950.720		3.049.950.720	0,17	0,15	0,15	0,10
SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS							
SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES							
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO	880.492.490		880.492.490	0,05	0,04	0,04	0,03
SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL							
SECRETARIA DE PORTOS	1.262.437.195		1.262.437.195	0,07	0,06	0,06	0,04
SECRETARIA DA MICRO E PEQUENA EMPRESA							
ENCARGOS FINANCEIROS DA UNIÃO	516.468.366.220	2.515.092.783	518.983.459.003	29,44	25,83	25,04	17,57
RESERVA DE CONTINGÊNCIA	58.039.143.658	69.434	58.039.213.092	3,29	2,89	2,80	1,97
SUBTOTAL (D)	1.747.618.433.180	16.188.261.780	1.782.734.884.910	100,00	87,73	85,08	68,68
TRANSFERÊNCIAS A ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS	246.582.591.257		246.582.591.257		12,27	11,90	8,35
SUBTOTAL (E)	1.994.199.024.387	16.188.261.780	2.008.387.278.187		100,00	88,98	83,03
MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (CONFORME O DISPOSTO NO ARTIGO 239 § 1º DA CONSTITUIÇÃO)							
OPERAÇÕES OFICIAIS DE CRÉDITO	60.405.937.426	2.540.201.489	62.946.138.915			3,04	2,13
SUBTOTAL (F)	2.054.604.961.313	17.708.463.269	2.072.313.415.082			100,00	70,16
REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PÚBLICA MOBILIÁRIA FEDERAL	881.232.972.226		881.232.972.226				29,84
TOTAL (G)	2.935.837.804.039	17.708.463.269	2.953.546.267.308				100,00