



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**DIREITOS SOCIAIS: garantias e realidades sob a ótica do Poder Judiciário**

**Aluna: Myllena Laudiceia Silva Andrade**  
**Professor-orientador: José Eduardo de**  
**Santana Macêdo**

**Aracaju**  
**2019**

**MYLLENA LAUDICEIA SILVA ANDRADE**

**DIREITOS SOCIAIS: garantias e realidades sob a ótica do Poder Judiciário**

Trabalho de Conclusão de Curso –  
Artigo – apresentado ao Curso de Direito  
da Universidade Tiradentes – UNIT,  
como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

**Dr. José Eduardo de Santana Macêdo**  
**Professor Orientador**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Dra. Marília Mendonça Morais Sant'anna**  
**Professora Examinadora**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Dra. Patrícia Veronica Nunes Carvalho Sobral de Souza**  
**Professora Examinadora**  
**Universidade Tiradentes**

**DIREITOS SOCIAIS: garantias e realidades sob a ótica do Poder Judiciário**  
**SOCIAL RIGHTS: Guarantees and realities from the perspective of the judiciary**

**Myllena Laudiceia Silva Andrade<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Sabendo-se que os direitos sociais previstos na Carta Magna são primordiais para a garantia da dignidade e da redução das desigualdades sociais, o presente artigo visa discutir sobre a aplicação destes direitos no contexto atual. Para isto, expõe-se acerca do seu conceito, previsão constitucional, bem como do seu *status* de direitos fundamentais. Além disso, é discutido sobre como a tese da reserva do possível pode eliminar a efetivação desses direitos tão importantes, uma vez que o Estado frequentemente se utiliza dessa teoria para escusar-se do seu dever constitucional de assegurar os direitos sociais. Nesse contexto, percebe-se o quão o Estado é omissor nesse seu papel, e, por isso discutiu-se sobre a possibilidade de judicialização de políticas públicas, como forma de garantir à sociedade os seus direitos assegurados constitucionalmente. Por fim, foi explanado sobre como o STF pensa sobre esta temática, utilizando como base a importante decisão proferida na ADPF nº 45.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Judicialização das Políticas Públicas. Reserva do Possível.

**ABSTRACT**

Knowing that the social rights provided for in the Magna Carta are paramount to guaranteeing dignity and reducing social inequalities, this article aims to discuss the application of these rights in the current context. For this, it is exposed about its concept,

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: myllenasandrade@hotmail.com.

constitutional provision, as well as its status of fundamental rights. In addition, it is discussed how the possible reserve thesis can eliminate the realization of these important rights, since the state often uses this theory to excuse its constitutional duty to secure social rights. In this context, we can see how the State is silent in its role, and for this reason it was discussed about the possibility of judicialization of public policies, as a way of guaranteeing to society its constitutionally guaranteed rights. Finally, it was explained how the Supreme Court thinks about this issue, based on the important decision of ADPF n° 45.

Keywords: Fundamental rights. Social rights. Judicialization of Public Policies. Reserve of the Possible.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 prevê diversos direitos sociais, dentre eles, educação, saúde, moradia e lazer. Sabe-se que eles são essenciais para uma melhor qualidade da vida, mas, para algumas pessoas, isso não passa de um sonho distante.

Nesse toar, interessante fazer uma reflexão do que são esses direitos e como é a realidade da sua efetivação no Brasil. Apesar de a Lei Fundamental determinar que o Estado implemente políticas públicas para assegurar que tais direitos “saíam do papel”, o Poder Executivo frequentemente se vale da teoria da reserva do possível, com base na insuficiência de recursos públicos como forma de desobedecer a esse comando constitucional.

Desse modo, pouco a pouco, tais direitos vão se tornando uma bela passagem da Carta Magna. Nessa seara, faz-se uma discussão sobre o que seria a teoria da reserva do possível, e se ela realmente está calcada no único fundamento de insuficiência financeira.

Ademais, tendo em vista essa situação, não resta ao indivíduo senão outra alternativa que não seja o pleito àquele a quem a Constituição Federal determinou a competência de julgar lesões ou ameaças a direitos fundamentais, isto é, ao Poder Judiciário. Mas, diante disso, surge a discussão da suposta intervenção que referido

Poder faz na competência dos Poderes Executivo e Legislativo, ao atuar de forma a combater as omissões estatais nesse âmbito.

Isso posto, tal temática deve ser debatida, tanto para melhor atuação dos órgãos estatais na consecução dos direitos, como para que os indivíduos tenham conhecimento de suas garantias constitucionais e cobrem um desempenho superior do Estado.

Diante desse cenário, o presente trabalho possui como objetivo geral abordar a situação da efetivação dos direitos sociais no Brasil. E, especificamente, busca-se: (1) explanar sobre o que são os direitos sociais, com destaque para o seu *status* de direitos fundamentais; (2) discursar acerca do princípio da reserva do possível e suas consequências no âmbito da aplicação dos direitos sociais; (3) analisar a necessidade da judicialização das políticas públicas, diante da omissão do Estado em efetivar os direitos sociais; (4) examinar a ótica do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

Diante do exposto, para a concretização deste artigo, foi realizado um estudo de natureza básica, com abordagem qualitativa. Quanto à modalidade da referida pesquisa, esta é classificada como explicativa. Ademais, foi utilizado o procedimento técnico bibliográfico e documental, tendo em vista que a investigação se embasou em doutrinas, trabalhos acadêmicos, legislações, jurisprudências e matérias de *sites* confiáveis da *internet*, que expõem sobre a temática analisada. Por fim, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e como a aplicação dos direitos sociais se dá faticamente.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS CONSTITUCIONALIZADOS**

Os direitos sociais são direitos fundamentais que idealizam a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, para que, desse modo, a igualdade social, fundamento do Estado democrático consagrado no artigo 1º, IV, da Constituição Federal (CF), seja concretizado. Tais direitos devem ser observados de forma obrigatória em um Estado Social de Direito (MORAES, 2019).

Em outras palavras, pode-se dizer, que os direitos sociais são prestações positivas que devem ser implementadas pelo Estado, visando a uma isonomia social e substancial a todas as pessoas.

É assente na doutrina a clássica subdivisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos sociais. Para não os confundir, é importante diferenciar essas espécies. Segundo Cunha Júnior:

O que distingue direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais , exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais tem por objeto um *atuar* permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material ou fática* em benefício do indivíduo , para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna, como providência reflexa típica, do modelo do Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 661-662).

Nesse contexto, no que tange aos direitos de defesa, conclui-se que ao Estado incumbe a proteção da esfera da liberdade individual de cada cidadão, o que demanda obrigações de não fazer em face do indivíduo. Além disso, em relação aos direitos sociais, é necessário que o Estado implemente prestações materiais, a fim de que sejam satisfeitos todos os direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento jurídico, o que, de forma oposta aos direitos de defesa, exige uma posição estatal mais ativa.

Sabendo-se que os direitos sociais possuem *status* de direitos fundamentais, importante ressaltar que o disposto no artigo 5º, §1º, da CF também se aplica aos direitos sociais, de maneira que as normas de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance dessa eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e interesses públicos e privados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

No que tange ao histórico dessa categoria de direitos, insta ressaltar que eles estão intimamente relacionados a uma perspectiva de um Estado Social de Direito. Nesse contexto, citam-se como documentos marcantes a Constituição Mexicana de 1917, a de Weimar, na Alemanha, de 1919, e, no Brasil, a de 1934 (LENZA, 2018).

Nesse sentido, destaque-se a grande influência da I Revolução Industrial e suas consequências, tais como o crescimento populacional, a precarização do trabalho, os

problemas sociais, bem como a I Grande Guerra Mundial (1914-1918) para a transição do ideal absenteísta do Estado Liberal para o Estado Social.

Sobre isso, Nunes Júnior (2018) assevera que o antigo liberalismo, com seus ideais de abstenção do Estado, não conseguiria resolver os graves problemas sociais das camadas mais pobres da sociedade. Por isso, o Estado deveria abandonar sua postura passiva e assumir papel positivo, ativo, para que a igualdade jurídico-formal concebida nos textos constitucionais fosse concretizada.

Diante dessa narrativa, convém esclarecer que os direitos sociais integram a 2ª dimensão de direitos fundamentais, que justamente estão intrinsecamente ligados à superação do Estado Liberalista e à substituição pelo Estado Social de Direito. Destarte, segundo as lições de Motta Filho (2016), o reconhecimento da igualdade formal da igualdade, princípio basilar da 1ª dimensão de direitos fundamentais, mostrou-se insuficiente para o pleno desenvolvimento da sociedade.

Assim, conforme já mencionado, surge a necessidade de o Estado assumir um papel atuante perante a sociedade, e, por conseguinte, implementar políticas públicas que criem condições de igualdade material. Com efeito, ocorre a transição da 1ª dimensão para a 2ª dimensão de direitos fundamentais, consagrando direitos de bem-estar social.

Importante observar que a distinção entre gerações de direitos possui somente a finalidade de situar os momentos históricos quando esses grupos de direitos são acolhidos pela ordem jurídica (MENDES; BRANCO, 2019).

Ainda sobre o contexto histórico, é importante observar que, no Brasil, a Constituição de 1934, inspirada pelos documentos marcantes para o Estado Social de Direito, foi a primeira a prever os direitos sociais de forma sistemática (NUNES JÚNIOR, 2018). Dentre eles, podem-se mencionar: a inviolabilidade do direito à subsistência (artigo 113, caput), os direitos à assistência judiciária gratuita, direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes, além de afirmar a existência digna como objetivo da ordem econômica (artigo 115), bem como dispor sobre assistência social e saúde pública (artigo 138) e direito à educação.

Após a Constituição de 1934, todas as seguintes abordaram sobre os direitos sociais. Porém, com a Constituição de 1988, tais direitos ganharam maior amplitude,

tendo em vista a previsão de um rol específico de garantias no texto constitucional, bem como o seu propósito explícito de efetivar tais direitos, na medida em que os prevê como objetivos fundamentais da República: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, consoante artigo 3º, III e IV (BRASIL, 1988).

Finalmente, convém discorrer um pouco sobre a previsão desses direitos na Constituição Federal de 1988. No artigo 6º, da CF (1988), estão compreendidos o reconhecimento dos direitos sociais à educação, à alimentação, à moradia, ao lazer, ao trabalho, à segurança, à previdência social e os direitos de proteção à infância e à maternidade, e a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Já no artigo 7º, há um rol de direitos referentes aos trabalhadores rurais e urbanos, relativos à relação individual de trabalho, podendo-se citar a proteção contra a despedida arbitrária; salário mínimo; férias; repouso semanal remunerado; a irredutibilidade salarial, dentre outros (BRASIL, 1988).

Os artigos 8º, 9º, 10 e 11, de maneira geral, tratam de direitos dos trabalhadores no contexto coletivo. Tais normas dispõem, respectivamente, sobre: liberdade de associação profissional ou sindical, greve, representação dos trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos e a representação do empregado na própria empresa com mais de 200 funcionários (BRASIL, 1988).

Importante evidenciar que, de acordo com Moraes (2019), os direitos sociais não se esgotam no Capítulo II, do Título II, do texto constitucional, uma vez que estão enumerados exemplificadamente e também se encontram difusamente previstos na própria Constituição Federal. Diante disso, destaquem-se os seguintes artigos da Constituição Federal, que preveem direitos sociais, e não estão localizados no Capítulo II, do Título II: o artigo 196, que prevê o direito à saúde; o artigo 205, o qual dispõe acerca do direito à educação; bem como o artigo 215, que garante os direitos culturais.

### **3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**



A teoria da reserva do possível é uma construção jurídica de origem germânica, que se iniciou com uma ação judicial fundamentada na garantia da livre escolha do trabalho, que visava a permitir que alguns estudantes ingressassem no ensino superior público (CUNHA JÚNIOR, 2017).

De forma mais minuciosa, sabe-se do caso que esses estudantes não foram admitidos em universidades de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. Por isso, ajuizaram tal ação, invocando o direito de escolha da profissão, o princípio da igualdade e do Estado Social.

De acordo com Olsen (2006), no contexto da referida ação, a Suprema Corte Alemã definiu que só poderia ser exigida do Estado a prestação de serviços de interesse do beneficiado, desde que os limites da razoabilidade fossem obedecidos.

Assim, não obstante o reconhecimento da existência de direito de acesso ao ensino superior, o Tribunal entendeu que a pretensão dos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade. Sobre isso, Cunha Júnior explica:

O Tribunal alemão firmou entendimento de que o cidadão só poderia exigir do Estado, e por consequência da sociedade, aquilo que estiver dentro dos limites do razoável, de modo que, no caso dos estudantes não era razoável esperar do Estado o oferecimento de vagas ilimitadas para o curso de medicina, diante do contexto social da época (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 680).

Destarte, é importante asseverar que a questão central do caso em análise não parece ter sido financeira, mas sim a razoabilidade a pretensão. Ainda que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo Tribunal Alemão, não poderia ser imposta ao Estado uma obrigação que não atendesse os limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental (OLSEN, 2006).

Na jurisprudência brasileira, a reserva do possível ganhou o significado de reserva do financeiramente possível, ou seja, apenas é levada em consideração a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária, para serem gastos

precisamente pelo fim determinado em juízo, isto é, a realização do direito fundamental social (OLSEN, 2006).

À vista disso, a constante insuficiência financeira alegada pelo Estado chama atenção, na medida em que ela é, na maioria dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos a respeito da alocação de recursos (OLSEN, 2006).

Tendo em vista essas questões, e levando em consideração o contexto atual brasileiro, o que se pode concluir é que o Estado, de forma indevida, vem se utilizando do princípio da reserva do possível como forma de se escusar do seu dever constitucional de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o que é totalmente insensato.

Sarlet explana requisitos de como a reserva do possível pode ser aplicada de forma legítima:

Em vista tanto da dimensão fática, quando da faceta jurídica da 'reserva do possível', passou-se a, sustentar que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob uma 'reserva do possível', caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber: (a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito perante (SARLET, 2015, p. 284).

Entende-se que esses requisitos estão em consonância com a Constituição Federal de 1988, e, por isso, a reserva do possível deve ser entendida, não como obstáculo intransponível à realização dos direitos fundamentais, mas com reservas. Desse modo, pode-se constatar que a ideia da reserva do possível em si não é inválida, mas o que não se pode admitir é a sua utilização como desculpa genérica para todas as omissões estatais.

Ainda, no que tange à aplicação do princípio da reserva do possível, um critério que vem ganhando destaque é a noção de garantia do mínimo existencial. Sobre isso, Sarlet, Marinoni e Mitidiero explicam:

Outro critério que segue tendo relevância diz respeito à utilização da noção de uma garantia do mínimo existencial, pois, são inúmeras as decisões judiciais que, deferem pleitos de caráter prestacional mediante o argumento de que, quando em causa o direito à vida e o mínimo existencial, não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível, bem como da separação dos poderes, tudo a demonstrar que o direito à vida e o mínimo existencial assumem a condição de critério material de ponderação, ainda que a definição do alcance da noção de mínimo existencial não tenha encontrado uma resposta unívoca e não resolva, pelo menos em parte, as dificuldades que se verificam quando se trata de exigir pela via judicial a satisfação dos direitos sociais e mesmo do mínimo existencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 642).

Isso posto, em resumo, a doutrina tem conceituado o mínimo existencial como o núcleo de direitos e garantias que permitem que o ser humano tenha uma vida digna, o que exige omissões e ações por parte do Estado. Tal tese tem servido de critério material a fim de determinar a utilização ou não da reserva do possível. Além disso, deve conduzir os orçamentos estatais, isto é, esses direitos devem possuir prioridade.

Assim, se o direito social pleiteado em juízo está inserido na noção de mínimo existencial, ele não poderá deixar de ser satisfeito por motivos de ausência orçamentária. Portanto, as noções de mínimo existencial e de reserva do possível, quando conciliadas, resultam numa justa avaliação prática do cabimento ou não da cláusula reserva do possível.

Por fim, em virtude da realidade fática, em que não há recursos financeiros que possam satisfazer todos os direitos previstos constitucionalmente e nas leis esparsas, cabe ao Poder Público estabelecer prioridades para que atenda os direitos sociais, pois eles estão totalmente atrelados à garantia de vida digna ao cidadão.

#### **4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Como já explanado, são muitas as situações em que a Administração Pública se mantém inerte ante a necessidade de prestação de inúmeros direitos sociais. Nesse cenário, não resta outra alternativa ao administrado, senão pleitear uma decisão judicial de caráter positivo ao Poder Judiciário. Tal fenômeno ficou conhecido como judicialização das políticas públicas (RIBEIRO, 2016, p. 380).

O fenômeno da judicialização das políticas públicas está totalmente atrelado à teoria da reserva do possível, pois, nesses processos, o indivíduo clama pela concretização de seus direitos assegurados constitucionalmente. O Estado, por sua vez, frequentemente argumenta a reserva do possível de maneira equivocada, bem como a ausência de recursos financeiros como meios de escusar-se de sua responsabilidade. Para entender melhor o assunto, é interessante trazer à baila o princípio da separação dos poderes.

A teoria da separação dos poderes, amplamente difundida, foi idealizada por Montesquieu como um sistema em que existem os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, independentes e harmônicos entre si, cada qual com distintas áreas de responsabilidade. Importante ressaltar que tal diretriz, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal, é cláusula pétrea, isto é, uma emenda constitucional não pode sequer tender a abolir o referido princípio.

Conforme as lições de Moraes (2019), a visão mais contemporânea da teoria supracitada reconhece que o Estado Constitucional de Direito se assenta na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Nunes Júnior (2018) delinea a atuação de cada Poder, evidenciando o exercício de funções principais (típicas) e outras de forma subsidiária (atípicas). O Poder Judiciário tem como função típica julgar, ou seja, aplicar as leis aos casos concretos, e como funções atípicas: legislar (quando os Tribunais, por exemplo, editam seus regimentos internos) e administrar (quando o próprio Judiciário faz a contratação e demissão de seus funcionários, bem como verifica licenças, férias, sanções, etc.).

Já o Poder Executivo tem como função típica administrar, e como funções atípicas legislar (o Presidente da República pode, por exemplo, editar Medidas Provisórias) e julgar (aplicar a lei nos casos concretos, nos processos administrativos). Por fim, o Poder Legislativo conta com duas funções típicas: legislar e fiscalizar. Além disso, tem como funções atípicas: administrar (contratando e demitindo funcionários, verificando férias, licenças, contratos, etc.).

No âmbito dessa temática, é válido destacar a teoria dos freios e contrapesos, a qual consiste na interferência permitida pela Constituição de um Poder sobre outro, de modo que um não se sobreponha sobre os demais (NUNES JÚNIOR, 2018).

Entendidos esses conceitos, insta ressaltar que, conforme comenta Novelino (2013), alguns autores entendem que a judicialização das políticas públicas – e as consequentes decisões do Poder Judiciário sobre a distribuição dos recursos orçamentários – é antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, por significar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo.

Além disso, alega-se que as normas de direitos sociais possuem eficácia negativa (aptidão para impedir a prática de atos contrários ou invalidar atos preexistentes incompatíveis), mas que são desprovidas de eficácia positiva (aptidão para ser aplicada ao caso concreto), motivo pelo qual não seriam capazes de conferir direitos subjetivos adjudicáveis (NOVELINO, 2013).

Essa não é a melhor posição. De acordo com as explicações de Novelino (2013, p. 620):

Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatório e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. [...] Não há como negar o caráter normativo da Constituição, formada por um conjunto de normas cuja aplicação é função típica do Judiciário. Nesse quadro, a impossibilidade de adjudicação judicial de direitos sociais constitucionalmente consagrados revela-se incompatível com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019) corroboram com esse entendimento, pois, em sua obra, destacam que qualquer entendimento que exclui uma possibilidade de dedução em juízo de um direito subjetivo originário a prestações (notadamente no caso das prestações de caráter material), não pode subsistir, tendo em vista o teor do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que os direitos sociais perderiam a sua condição de direitos fundamentais, caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia e efetividade ficassem integralmente (ainda que se reconheça o papel prioritário e

indispensável do legislador para a efetividade dos direitos sociais) subordinados ao legislador, transformando-se tais direitos em direitos apenas na medida da lei.

Nesse cenário, salienta-se, ainda, que os direitos sociais, em especial, o direito à saúde e à educação, são indispensáveis para a realização a dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o mínimo existencial de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (MENDES; BRANCO, 2019).

A afirmação de que a judicialização das políticas públicas lesa o princípio da separação dos Poderes também não parece ser a melhor doutrina, tendo em vista a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição e o que expõe Cunha Júnior:

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível, também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente aquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários ‘encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira’. (CUNHA, 2019, p. 683)

Diante do exposto, entende-se que a judicialização das políticas públicas é, na verdade, a própria garantia constitucional de “bater à porta do Poder Judiciário” numa hipótese de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. É o direito de ação. Isso não pode ser confundido com uma possível usurpação de competência do Poder Executivo de colocar em prática as políticas públicas de direitos sociais, pois é uma questão de assegurar direitos fundamentais.

Por fim, é de grande valia mencionar a corrente do neoconstitucionalismo, que tem por ideal a busca da eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter

meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo, diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2019).

Diante disso, é preciso entender que o Poder Judiciário não tem competência de conceder uma decisão judicial positiva no âmbito dos direitos sociais, é consentir que a normatividade constitucional pouco a pouco torne-se “letra morta”.

## **5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E OS DIREITOS SOCIAIS**

No que tange às decisões do STF sobre concretização dos direitos sociais, é imprescindível destacar a ADPF nº 45, que teve como relator o ministro Celso de Mello, a qual questionou o veto presidencial ao § 2º, do artigo 55, da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003, a Lei Orçamentária de 2004.

A norma cujo veto se incidiu, versava que se consideravam ações e serviços públicos de saúde, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

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

Nesse cenário, posteriormente, sobreveio a Lei nº 10.777/2013, de iniciativa do próprio Presidente da República, contendo o teor da norma vetada. Desse modo, a referida ação perdeu o objeto. No entanto, em que pese essa situação, a decisão em análise fez constar que a ADPF se revela como instrumento adequado para a concretização de políticas públicas previstas na Constituição Federal, e não observadas pelos órgãos governamentais, a quem a Magna Carta destinou essa competência.

O ministro relator também deixou em destaque que a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal, que não pode se omitir do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da ordem constitucional.

Na decisão em comento, também foi abordada a possibilidade de violação do texto constitucional não apenas por ação, mas também, diante da inércia governamental. Diante disso, quando o Estado não emprega as medidas primordiais para a efetivação dos ditames constitucionais, para torná-los efetivos e exequíveis, haverá uma violação negativa do texto constitucional.

Nesse toar, o ministro relator deixou claro que o implemento de políticas públicas é atribuição do Poder Executivo, porém, de forma excepcional, este encargo será do Poder Judiciário, quando os órgãos estatais competentes descumprirem essa função de forma evidente e arbitrária, levando a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos constitucionais, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Pois o caráter programático das normas insculpidas no texto constitucional não significa que permanecerão como promessa *ad eternum*, sob pena de lesar o dever previsto na Lei Fundamental, como também frustrar as legítimas expectativas da coletividade.

Nesse âmbito, ficou consignado que é certo que a realização dos direitos dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) é onerosa e depende das possibilidades orçamentárias estatais. Desse modo, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico financeira da pessoa estatal, não será razoável exigir o imediato implemento do comando previsto na Carta Política.

No entanto, a decisão evidenciou que isso não significa dizer que será lícito que o Poder Público crie obstáculo ilegítimo e arbitrário com a finalidade de inviabilizar os direitos sociais. Assim, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com o objetivo de exonerar-se dos seus deveres constitucionais, especialmente, quando, dessa conduta estatal passiva, puder resultar nulificação ou até aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade, isto é, a noção do mínimo existencial, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível.

Nesse sentido, o Estado deve apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), a fim de estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos, para que, depois, resolva sobre os recursos remanescentes. Assim, é possível que o mínimo existencial coexista produtivamente com a reserva do possível.



Destaque-se, por fim, o binômio trazido pela decisão para a aplicação da cláusula da reserva do possível: (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Tais requisitos devem ser cumulativos, ou seja, ausente qualquer desses elementos, é possível a não realização prática de tais direitos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Consoante já comentado, os direitos fundamentais sociais são prestações materiais que o Estado deve implementar em face dos indivíduos. Estes estão previstos na Constituição Federal e são verdadeiros direitos fundamentais, e, portanto, possuem aplicação imediata.

Nesse contexto, é necessário que o Estado se esforce para o cumprimento dessas obrigações e não se utilize de meios para eximir-se disso, como a frequente alegação da reserva do possível por insuficiência financeira.

Conforme já disposto, para uma justa aplicação da teoria da reserva do possível, é necessário que o caso concreto demonstre uma situação em que a prestação pleiteada não seja razoável, bem como que, de fato, não existam recursos financeiros para a sua realização, e que o direito pleiteado não esteja inserido na noção de mínimo existencial. Assim, a ideia da teoria da reserva do possível não é descabida, mas deve ser aplicada com a devida observância dos seus requisitos. Tal pensamento é atestado pela decisão do STF, na ADPF nº 45.

Ademais, sabe-se que o implemento de políticas públicas gera custos, e isso não pode ser ignorado, pois, por vezes, o Estado não dispõe dos recursos necessários. No entanto, os direitos fundamentais sociais, como a saúde, não podem ficar à mercê disso. Destarte, para resolver esta celeuma, é exigível que o orçamento de setores menos prioritários seja conduzido à concretização dos direitos sociais, uma vez que estes estão totalmente atrelados a uma vida digna.

Por fim, insta evidenciar que, quando o Estado se omite dos seus deveres, o indivíduo não tem outro caminho que não seja pleitear ao Poder Judiciário as suas necessidades.

Nesse cenário, quando o Poder Judiciário atua de forma positiva em demandas desse tipo, não há de se falar em lesão ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual versa que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Outrossim, apesar de o implemento de políticas públicas não ser competência do Poder Judiciário, este poderá agir quando os demais Poderes se mostrarem omissos. Pois a sociedade não pode esperar eternamente pelo cumprimento de seus direitos. Essa perspectiva também está corroborada pelo STF, tendo em vista o disposto na decisão da ADPF nº 45.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 345**. Ministro Relator Celso de Mello. Publicado em: 4 mai. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção Esquematizado).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 26. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLSEN, Ana Carlina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

RIBEIRO, Paula Regina de Oliveira. A judicialização das políticas públicas: a experiência da central judicial do idoso. 2016. **Repositório do conhecimento do IPEA**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9129/1/A%20Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20das%20pol%c3%adticas.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.