

**REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISES
ECONÔMICAS¹**

REFLECTIONS ON THE SOCIAL RIGHTS IN TIMES OF ECONOMIC CRISES

Anne Araujo Comber Corrêa de Oliveira Andrade²

Faculdade Processus – DF (Brasil)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3065043887052197>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6375-6871>

E-mail: annecomber@gmail.com

Resumo

O tema deste artigo são os direitos sociais em tempos de crises econômicas. Investigaram-se as restrições desses direitos à luz do texto constitucional. Cogitou-se a hipótese de os direitos sociais estarem intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos foram: analisar a importância dos direitos sociais no escopo constitucional; verificar prováveis justificativas pelas ausências de efetivação; buscar possíveis soluções viáveis. Este trabalho é importante, em uma perspectiva individual, em razão da observância que existe em uma má gestão dos recursos públicos, em detrimento da implementação dos direitos sociais, sob a motivação da reserva do possível. Esse é um tema relevante para a ciência pela mudança de paradigmas; e, para a sociedade, pelos benefícios. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Direitos sociais. Mínimo existencial. Reserva do possível. Crises econômicas. Retrocesso.

Abstract

This article's theme is 'social rights in times of economic crises'. The restrictions to these rights were investigated under the light of the Brazilian Constitution. The hypothesis was that "social rights are intrinsically related to the dignity of the human being. The specific objectives are: to analyse the importance of social rights in the constitutional scope; to verify the probable justifications for absence of effectiveness; and to investigate the possible viable solutions. This is an important topic for science due to the change of paradigms; and, for society, for the benefits. It's a qualitative theoretical research lasting six months.

¹ O artigo foi linguisticamente revisado pelo professor *Filipe da Silva Linhares*.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus.

Keywords: Social rights. Economics crises. Budget.

Introdução

Este artigo de revisão de literatura tem o objetivo de elucidar alguns motivos pelos quais os direitos sociais não têm a devida efetividade. E, ao sofrer limitações e restrições, devem ter as devidas justificativas, principalmente, quando são utilizados argumentos de questões orçamentárias e financeiras, mesmo em face de crises econômico-financeiras.

O Brasil, embora tenha previsto os direitos sociais na sua Constituição Federal de 1988, não consegue colocar em prática os preceitos mínimos existenciais em relação aos direitos sociais, seja por falta de recursos, seja por incapacidade orçamentária. Com isso, além de descumprir a Carta Magna, promove uma contínua violação aos requisitos básicos para uma vida justa e respeitosa à população. Essa discrepância entre a previsão de direitos no texto constitucional e a ausência de recursos para sua concretização ocasiona uma crise de credibilidade na imagem do Estado perante o seu povo (LICÍNIO FILHO, 2021, p. 54).

Os direitos sociais, por serem normas definidoras de direitos fundamentais, devem ser cumpridos com a maior intensidade possível. Para isso, os poderes públicos, principalmente aqueles relacionados à tarefa de exercer controle, devem estar atentos às disponibilidades financeiras e orçamentárias e às escolhas das políticas públicas, ou seja, devem verificar se essas estão em consonância com as normas jurídicas sobre o assunto.

De acordo com Martins (2020, pp. 456-458), as normas constitucionais que tratam sobre os direitos sociais produzem eficácia objetiva e estão aptas ao pleno cumprimento. Com isso, há a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle da constitucionalidade, inclusive sob o aspecto da legitimidade na aplicação da reserva do possível. Essa teoria promove uma restrição aos direitos fundamentais, o que pode ferir o núcleo fundamental dos direitos, violando, assim, diretamente, a Constituição Federal.

Nesse contexto, tem-se o conceito de mínimo existencial, que são os direitos mínimos que uma pessoa deve ter para possuir uma vida digna. Os direitos sociais estão intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana, assim, eles são essenciais à manutenção da vida e são inegociáveis. Logo, não podem sofrer restrições ou limitações sem as devidas justificativas ou motivações que sejam passíveis de averiguações ou comprovações, tais como indicações de valores financeiros e orçamentários das possíveis impossibilidades de atendimento.

Na opinião de Martins (2020, pp. 321-325), existe uma relação entre o primado da dignidade da pessoa humana e o conceito atribuído à cidadania e à proteção ao mínimo existencial. A ausência de condições mínimas de saúde, educação, moradia

e assistência social viola a cidadania e a existência digna do ser humano. No entanto, a dignidade do ser humano é um elemento mínimo e indispensável à realização da cidadania que, mesmo não sendo previsto expressamente no texto constitucional, o mínimo existencial encontra-se tutelado em diversos outros princípios de natureza constitucional, que garantem a proteção do Estado.

Já segundo a visão de Dotta e Marques (2017), a Constituição Federal de 1988 é garantista e progressista, por meio da qual as normas constitucionais têm eficácia vinculante. Isso pode ser constatado no art. 3º da Carta Magna, que descreve os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, não há espaço para o uso da “reserva do possível” em detrimento dos direitos sociais previstos como base fundamental de um Estado.

Os direitos sociais estão previstos em diversos capítulos da Constituição Federal de 1988. Tem-se o capítulo destinado aos direitos e às garantias fundamentais, os capítulos referentes à ordem econômica e o capítulo destinado à ordem social. Além disso, eles se relacionam aos direitos humanos, que foram positivados no ordenamento jurídico por meio de tratados internacionais.

Nesse sentido, há conexão direta entre os direitos sociais e a coletividade e, por sua vez, com a dignidade do ser humano, dado que são direitos que estão relacionados à saúde, à educação, à moradia, à assistência social, entre outros. Uma das características principais desses direitos é o caráter prestacional, ou seja, a participação do Estado como viabilizador e fomentador é fundamental a fim de proporcionar-lhes concretude.

Na visão de LICÍNIO FILHO (2021, p. 15), a teoria da reserva do possível adotada no Brasil é aquela que defende a ideia de que o Estado se encontra limitado pela sua capacidade orçamentária para atender aos direitos sociais fundamentais. Com isso, não precisa preocupar-se com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa ideia foi adotada de forma imprecisa e superficial, com o objetivo de justificar a incapacidade do Estado de atender aos direitos constitucionais potestativos.

Para dirimir o impasse adotado, Carvalho (2019, p. 23) destaca o uso do princípio da proporcionalidade para melhor adequação dos meios ao fim proposto, sempre preservando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana como o limite mínimo a ser atingido para o alcance de uma vida digna. Tal princípio pressupõe proteção material à efetivação dos direitos fundamentais à saúde, educação, moradia, segurança, emprego, entre outros.

Em relação ao princípio da dignidade humana, o referido autor pressupõe uma série de direitos subjetivos e objetivos. Por isso, os gestores de recursos públicos, assim como os órgãos jurisdicionais, devem estar atentos quando houver a invocação do argumento da reserva do possível que impeça a concretização dos direitos sociais. Os direitos fundamentais sociais são deveres e obrigações dos Estado perante a sociedade e de cada ser humano com seu próximo (CARVALHO, 2019, p. 23).

Esse assunto tem grande relevância para a ciência, porque trata sobre o tema da concretude dos direitos sociais, que são os direitos relacionados com a educação, a saúde, a moradia, a assistência social, ou seja, têm impacto direto na sociedade e na economia. Logo, faz-se necessário discutir os principais entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, assim como a evolução desse assunto no contexto mundial.

Essa temática é de grande importância social, visto que a sociedade é diretamente penalizada pela falta de implementação dos direitos sociais quando não os são viabilizados, embora estejam previstos constitucionalmente. A participação social poderia exercer uma maior efetividade e um controle mais amplo nas escolhas realizadas pelos gestores públicos e na aplicação das leis pelo Poder Judiciário. A verificação da compatibilidade dessas decisões com o planejamento das leis e da motivação das aplicações orçamentárias está associada aos anseios sociais.

Em relação aos aplicadores do direito, a temática é de suma importância em face do atual contexto de Estado de Direito, em que, na mudança de paradigma, exige-se resposta fundamentada e consistente à luz do Direito vigente. Deve-se, portanto, densificar o princípio da moralidade, da proporcionalidade no âmbito jurisdicional, bem como tratar os casos concretos de forma específica, concedendo correção, eficiência e justiça às decisões. A partir daí, é importante construir um arcabouço jurisdicional sobre determinado assunto, corroborando, assim, como princípio da segurança jurídica.

Trata-se de uma pesquisa teórica, com fundamento em artigos científicos e livros acadêmicos. Salienta-se que foi realizada a busca pelo tema no Google Acadêmico, a partir das seguintes palavras-chave (descritores): “orçamento”, “direitos sociais” e “reserva do possível”.

Nesse contexto, foram escolhidos os artigos científicos com até três autores, em que pelo menos um dos autores é mestre ou doutor, além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN. Esta pesquisa de revisão de literatura teve o tempo previsto de três meses. No primeiro mês, realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo mês, a revisão de literatura; no terceiro mês, a elaboração dos elementos pré-textuais e pós-textuais que compõem todo o trabalho.

Optou-se por uma pesquisa qualitativa, considerando a opinião dos autores levantados sobre os direitos sociais em tempos de crises econômicas. Com a finalidade de serem tratados no escopo deste trabalho, levaram-se em consideração os conceitos abordados sobre os temas de mínimo existencial, reserva do possível, segurança jurídica, princípio de vedação ao retrocesso.

Este é um artigo de pesquisa jurídica de literatura por meio do qual se realizou uma revisão bibliográfica, considerando alguns aspectos importantes levantados pelos respectivos autores. Com o objetivo de elucidar uma temática específica, foi realizada uma busca de outros artigos científicos e livros acadêmicos sobre o tema “direitos sociais em tempos de crises econômicas”. Com isso, o trabalho visou trazer uma maior elucidação acerca do assunto exposto (GOLÇALVES, 2020, p. 97).

Nas palavras de Gonçalves (2019, p. 32), o artigo de revisão de literatura será composto pelos seguintes elementos: capa; folha de rosto; planilha de notas; sumário; resumo, palavras-chave; *abstract*, *keywords*; introdução [contendo tema; problema; hipótese; objetivos (geral e específicos); justificativa; metodologia]; revisão de literatura (desenvolvimento do artigo, que pode ser desmembrado em capítulos); considerações finais; referências; anexos e apêndices. Nessa estrutura que compõe este tipo de artigo, é no desenvolvimento em que ocorre a revisão de literatura, além de paráfrases que também irão compor o capítulo da introdução no intuito de respaldar os parágrafos considerados como metodológicos (tema, problema, hipótese, objetivos, justificativa e metodologia).

Reflexões sobre os direitos sociais em tempos de crises econômicas.

Os direitos sociais estão previstos, constitucionalmente, no capítulo destinado aos direitos e às garantias fundamentais, além de estarem previstos nos capítulos referentes à ordem econômica e à ordem social. Os direitos sociais também se relacionam com os direitos humanos, que foram positivados no ordenamento jurídico por meio de tratados internacionais.

Há conexão direta dos direitos sociais com a coletividade e, por sua vez, com a dignidade do ser humano, dado que são direitos que estão relacionados à saúde, à educação, à moradia, à assistência social, entre outros. Uma das características principais desses direitos é o caráter prestacional, ou seja, a participação do Estado como viabilizador e fomentador é fundamental a fim de proporcionar-lhes concretude.

Segundo Lemos e Maas (2012), o fato de os direitos sociais estarem constitucionalmente localizados nos mesmos capítulos dos direitos fundamentais confere-lhes uma certa vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais, por serem direitos prestacionais, precisam ser efetivados por meio

de políticas públicas e da aplicação de recursos públicos, tendo por finalidade atender às demandas sociais.

Dotta e Marques (2017) defendem que há uma grande diversidade de direitos e de pessoas beneficiadas pelos direitos sociais. Em face disso, exige-se uma atuação positiva por parte do Estado, no sentido de se efetivar a igualdade social e material desses direitos. Entre todas as pessoas beneficiadas, o Estado deve preocupar-se, preponderantemente, com aqueles indivíduos que exigem mais efetivamente o auxílio do Estado como indutor de políticas públicas.

Já Sarlet (2014, p. 3) afirma que não existe um padrão uniforme para o estabelecimento dos direitos sociais entre os Estados. No entanto a globalização traz uma perspectiva transnacional a esses direitos. O autor observou que existe uma relação direta entre a contraprestação dos direitos sociais, o desenvolvimento econômico e as crises econômicas. Afirma, ainda, que o desafio do constitucionalismo atual ocorre em relação à efetivação dos direitos sociais que se encontram intrinsecamente relacionados à efetividade dos direitos fundamentais e direitos humanos.

Nesse sentido, cumpre destacar que o momento do constitucionalismo após a Segunda Grande Guerra Mundial, conhecido como neoconstitucionalismo, tem como objetivo primordial conferir maior eficácia às normas constitucionais, principalmente, aos direitos fundamentais, à preservação dos direitos humanos e à proteção contra a arbitrariedade das leis.

Nesse contexto de complexidade, exige-se uma atuação mais ativa do aplicador dos direitos do que a simples aplicação do texto da lei ao caso concreto. Soluções estanques e simples não atendem às necessidades do mundo atual. Busca-se a interpretação da realidade dos acontecimentos em harmonia com todo o arcabouço jurídico atual.

Para Carvalho (2019, p. 17), o princípio da realidade constitucional defende que a Constituição é um texto que precisa ser acompanhado de fatos e de estruturas de relevância social, econômica e política. Sob essa ótica, verifica-se uma associação direta entre o direito e a economia, que impacta a viabilidade dos direitos fundamentais. Na economia, há períodos que oscilam entre expansão e recessão econômica. Logo após o período de crescimento e expansão, costumam ocorrer crises. Durante essas crises, as despesas são reduzidas, preponderantemente, nas esferas sociais.

Sob o prisma da análise econômica, observa-se que a economia se comporta de maneira cíclica, alterando períodos de expansão e cortes de gastos públicos. Em períodos de crises, ocorre a tendência de uma política econômica restritiva, na qual o Estado busca equilibrar os gastos e, com isso, diminui sua participação nos setores sociais e econômicos. O bem-estar social, que decorre do princípio da dignidade

humana, resulta de uma junção de fatores que vinculam a sociedade e os poderes públicos com a finalidade de tornar viáveis os direitos sociais no plano fático (CARVALHO, 2019, pp. 22-23).

O Brasil, embora tenha previsto os direitos sociais na Constituição Federal (BRASIL, 1988), não consegue colocar em prática os preceitos mínimos existenciais em relação aos direitos sociais, seja por falta de recursos, seja por incapacidade orçamentária. Com isso, além de descumprir a Carta Magna, promove uma contínua violação aos requisitos básicos para uma vida justa e respeitosa à população. Essa discrepância entre a previsão de direitos no texto constitucional e a ausência de recursos para sua concretização ocasiona uma crise de credibilidade na imagem do Estado perante o seu povo (LICÍNIO FILHO, 2021, p. 54).

Para Sarlet (2014, p. 6), as crises econômicas estão diretamente relacionadas com a diminuição na prestação dos direitos sociais, em face das escolhas realizadas pelo Estado. Essa situação acaba por originar crises com espectro muito maior, atingindo também os direitos humanos e os direitos fundamentais. Em sentido mais amplo, é uma crise da sociedade, de cidadania, de ter direito a ter direitos humanos e fundamentais efetivos.

O contexto de crises financeiras e econômicas não deve permitir que direitos fundamentais sociais sejam violados em detrimento de escolhas de políticas econômicas restritivas. A falência do Estado em administrar as diversas crises e sua ineficiência nos métodos de gestão não devem pautar o modo de agir do Estado Social de Direito. Desse modo, as garantias das necessidades básicas das pessoas são tratadas como questões de solidariedade ao invés de direitos previstos constitucionalmente (CARVALHO, 2019, p. 5).

A amplitude das crises traz boas reflexões sobre como promover maior resolutividade aos direitos sociais, direitos individuais e direitos humanos. Todos esses direitos são impactados pelas crises econômicas. Questões como garantir maior resolutividade aos direitos constitucionais em um ambiente de escassez, de forma que não se comprometa o direito ao mínimo necessário de manutenção da dignidade humana, devem ser debatidas entre os poderes públicos (SARLET, 2014, p. 7).

Segundo Martins (2020 p.197), existem “escolhas trágicas”, que são decisões que os Estados tomam, nas quais deveriam levar em consideração dois fatores: a quantidade de recursos que se têm disponíveis para alcançar determinado objetivo e quem serão os beneficiados. Em um cenário em que há a falta de recursos públicos, as opções dos gestores são ditas como “trágicas”, pois terão que fazer escolhas que concedam maior efetividade aos direitos sociais, utilizando-se dos princípios constitucionais para abdicar de alguns direitos. Assim, escolhe-se uma em face de outra, que, naquele dado momento, não seria a opção prioritária.

Para Tatsch (2016, p. 15), a liberdade de escolha do legislador encontra limitação no próprio texto constitucional, em face do cumprimento aos diversos princípios fundamentais previstos. Entre esses, resta destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem o objetivo de garantir maior efetividade aos direitos fundamentais constitucionais. Outro princípio importante a ser destacado é o da proporcionalidade, que poderá ser um norteador nesse cenário de tomada de decisão diante de um quadro de escassez de recursos orçamentários.

Martins (2020, p. 171) destaca que os direitos sociais são de aplicação gradativa e estão subordinados à capacidade orçamentária do Estado para fins de concretude. Nessa mesma seara, ressalta que a concretude desses direitos depende da relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial do direito, sendo que o conceito da reserva do possível tem sido aplicado, por parte da doutrina, como forma de salvaguardar o estado dos cumprimentos de seus deveres fundamentais.

Nesse caso, cabe utilizar-se do princípio da proporcionalidade para melhor adequação dos meios ao fim proposto, sempre preservando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana como o limite mínimo a ser atingido para o alcance de uma vida digna, que pressupõe proteção material à efetivação dos direitos fundamentais à saúde, educação, moradia, segurança, emprego, entre outros (CARVALHO, 2019, p. 23).

Em relação ao princípio da dignidade humana, pressupõe-se uma série de direitos subjetivos e objetivos. Por isso, os gestores de recursos públicos, assim como os órgãos jurisdicionais, devem estar atentos quando houver a invocação do argumento da reserva do possível que impeça a concretização dos direitos sociais sob esse argumento. Sabe-se que os direitos fundamentais sociais são deveres e obrigações do Estado perante a sociedade e de cada ser humano com seu próximo (CARVALHO, 2019, p. 23).

Nesse sentido, ressalta-se a importância do princípio da segurança jurídica, que está intrinsecamente relacionado ao princípio da vedação ao retrocesso, garantindo, assim, uma continuidade nas relações jurídicas e atendendo aos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Esses fundamentos são a base das relações e da ordem jurídica estável e encontram-se intimamente relacionados à ideia da dignidade da pessoa humana (DOTTA; MARQUES, 2017, p. 10).

O gestor público deverá observar os ditames constitucionais, os princípios e as normas infralegais sobre os direitos fundamentais, com a finalidade de fornecer legitimidade e legalidade às escolhas estabelecidas. Portanto, o gestor tem a discricionariedade na escolha das políticas públicas, mas se encontra subordinado aos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição e nas demais normas sobre o assunto (LEMOS; MAAS, 2012).

A efetivação das políticas públicas depende dos recursos financeiros para cumprir seus objetivos. Cabe ao poder público, então, eleger as prioridades a cada ano, conforme os recursos disponíveis. Entretanto, quando não há recursos para viabilizar todas as demandas sociais, os poderes públicos evocam o princípio da reserva do possível como forma de justificar suas escolhas frente à restrição orçamentária (LEMOS; MAAS, 2012).

Na visão de Licínio Filho (2021, p. 15), a teoria da reserva do possível adotada no Brasil defende uma ideia de que o Estado se encontra limitado pela sua capacidade orçamentária em atender aos direitos sociais fundamentais, sem, com isso, atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa ideia foi adotada de forma imprecisa e superficial, com o objetivo de justificar a incapacidade do Estado de atender aos direitos constitucionais potestativos.

As restrições orçamentárias e financeiras, amparadas pela doutrina no conceito da reserva do possível, são empregadas pelo Estado como justificativas para não cumprir os direitos sociais básicos previstos constitucionalmente. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (órgão das Nações Unidas) destacou que os Estados não podem utilizar-se de motivações acerca de recessões econômicas ou outras circunstâncias para não cumprirem a efetiva implementação dos direitos sociais (CARVALHO, 2019, p. 17).

Licínio Filho (2021, p. 69) fundamenta sua afirmação tomando como pressuposto que todos os Estados se encontram limitados por suas capacidades orçamentárias. O Brasil adotou a teoria da reserva do possível de forma vaga e indeterminada, com a intenção de explicar sua possível incapacidade para atender aos direitos constitucionais, ou seja, mais precisamente os direitos sociais, que precisam de concretização por meio da aplicação dos recursos públicos.

Nesse contexto, os poderes exercitados pelos controles social e jurisdicional da moralidade e das alocações dos recursos públicos exercem um papel fundamental para a efetivação dos direitos sociais. Os princípios da moralidade e da eficiência servem como balizadores e direcionadores das decisões dos gestores públicos e das “escolhas trágicas”, na medida em que ocorra a verificação nos casos concretos se as escolhas realizadas pelos gestores atendem aos fins precípuos a que se destinam (MARTINS, 2020, pp. 200-201).

A complexidade do mundo atual exige do aplicador do direito uma maior compreensão acerca da complexidade e do dinamismo da sociedade contemporânea. O Estado Constitucional de Direito utiliza-se de método de interpretação e integração na aplicação dos princípios e na resolução dos conflitos. Os juízes assumem um maior protagonismo nesse novo cenário, conferindo maior imperatividade às normas jurídicas, com a finalidade de oferecer mais concretude às decisões judiciais.

Martins (2020, p. 211) defende que o Poder Judiciário, por sua vez, pode verificar a constitucionalidade da norma jurídica quando a reserva do possível for aplicada com o objetivo de restringir a aplicação do mínimo existencial dos direitos sociais. Firmaram-se, então, os seguintes parâmetros de cumprimento: aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade; proibição à proteção insuficiente; a cláusula da proibição de retrocesso. Com isso, haveria o controle das proibições dos excessos, da proteção ineficiente e da proibição do retrocesso.

No entanto, ainda se faz necessário definir parâmetros constitucionais para realizar esses controles, tais como: acesso à informação tempestiva e transparente dos recursos orçamentários, bem como consequências jurídicas para os violadores da probidade administrativa. O controle social é um dos fundamentos da República; e o controle judicial parametrizado no cumprimento das legislações em vigor não viola o princípio da separação dos Poderes (MARTINS, 2020, p. 205).

Com a finalidade de assegurar uma maior eficácia aos direitos fundamentais, posição mais concretista, garantindo, assim, maior aplicabilidade e cumprimento por parte do Estado que viola ostensivamente princípios e regras constitucionais, cabe, então, adotar a técnica da hermenêutica constitucional, que consiste em utilizar os princípios norteadores para interpretar a Constituição. Além dos princípios, considera-se o contexto vivido pela sociedade, buscando a melhor solução para aquele caso concreto e não dissociado da realidade fática dos fatos. Essa análise poderia ser aplicada nas análises das motivações de cortes orçamentários dos direitos sociais, por exemplo.

De acordo com esse pensamento, Tatsch (2016, p. 1) afirma que todos os Poderes devem observar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, mormente o legislador na elaboração da lei orçamentária anual. Este deverá realizar uma análise efetiva na alocação dos gastos públicos, principalmente quando se tratar de corte nos direitos sociais. O princípio da proibição do retrocesso social determina que o legislador priorize os recursos destinados a custear os direitos sociais prestacionais na elaboração das leis orçamentárias, caso contrário, esses atos poderão sofrer controle de constitucionalidade.

A proibição do retrocesso social tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais sociais já conquistados, não permitindo, assim, o esvaziamento do núcleo central, sob pena de descumprimento dos preceitos fundamentais da Constituição. Portanto, o legislador não poderá revogar ou diminuir a efetividade dos direitos sociais já estabelecidos, que já tenham criado situações e vantagens para os cidadãos (DOTTA; MARQUES, 2017, p. 10).

Há uma relação direta entre a vedação ao retrocesso e o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, a alegação de cumprimento do mínimo existencial encontra limite no princípio da vedação ao retrocesso, visto que as necessidades

essenciais dos seres humanos devem ser preponderantemente respeitadas sob pena de violação à dignidade da pessoa humana (DOTTA; MARQUES, 2017, p. 10).

A participação dos poderes Legislativo e Executivo é fundamental para promover maior concretude aos direitos sociais. Por meio da atuação do Estado, poderá ocorrer a igualdade material e liberdade real. Isso pode ser verificado por meio da elaboração das normas infraconstitucionais e das condições fáticas para que essas normas produzam o efeito esperado no mundo externo, por meio das políticas públicas devidamente implementadas (LICÍNIO FILHO, 2021, p. 36).

Ressalta-se, portanto, o importante papel desempenhado pelos órgãos estatais relacionados com as obrigações de velar pela efetividade do mínimo existencial dos direitos sociais, a fim de que não seja violada a proteção mínima, pois essa incorre em descumprimento de normas constitucionais e infralegais do ordenamento jurídico. Com isso, impõe-se ao Estado que haja um efetivo controle da aplicação dos recursos, da transparência e do acesso à informação (SARLET, 2014, p. 8).

Já de acordo com a visão de Dotta e Marques (2017), a Constituição Federal de 1988 é garantista e progressista, segundo a qual as normas constitucionais têm eficácia vinculante. Isso pode ser constatado no art. 3º da Carta Magna, que descreve os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, não há espaço para uso da “reserva do possível” em detrimento dos direitos sociais previstos como base fundamental de um Estado.

Os princípios sobre a existência minimamente digna para o ser humano fundamentam a teoria do mínimo existencial, por estar intrinsecamente ligado ao primado da dignidade humana, ou seja, não podem sofrer retrocessos. Estão abarcados entre esses direitos os relacionados à distribuição de renda, à justiça, ao combate à pobreza, além da saúde e da educação, que estão previstos como direitos fundamentais na Constituição (FILHO, 2021, p. 41).

O Estado deverá prestar contas da alocação dos recursos geridos em primeiro lugar, antes de realizar a alegação da cláusula da reserva do possível com a finalidade de descumprir as prioridades estabelecidas constitucionalmente, ainda mais quando existe a ausência de recursos relacionados com a má-gestão. Caso contrário, ocorrerá violação ao princípio da proibição ao retrocesso em relação às garantias conquistadas (DOTTA e MARQUES, 2017, p. 10).

Licínio Filho (2021, p. 60) traz à luz a teoria do custo, defendida pelos autores Holmes e Sustain, a qual demonstra que todos os direitos têm custos e estão sujeitos a um orçamento limitado, sejam os direitos de primeira dimensão, que precisam da ação do Estado para evitar uma possível ilegalidade; seja o direito de segunda

dimensão, que precisa da atuação prestativa do Estado. Em especial, no caso do direito à saúde, a alegação de ausência de recursos orçamentários contraria os princípios de universalidade e gratuidade previstos a esse direito. Logo, observa-se que existe um paradoxo entre a concessão de direitos pela Constituição e o orçamento público, o que precisa ser mais bem discutido.

Assim, com o objetivo de promover uma maior efetividade aos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, questiona-se qual a melhor forma de participação do Poder Judiciário e dos demais órgãos com atribuições constitucionais para atuarem com a finalidade de proteção e controle, de forma que consigam garantir uma maior exigibilidade dos direitos fundamentais, sociais e humanos. Portanto, além de se discutir o papel exercido pelos poderes Legislativo e Executivo na concretização das políticas públicas, deve-se promover meios de aprimoramentos do controle social (SARLET, 2014, p. 9).

Na opinião de Martins (2020, pp. 321-325), existe uma relação entre o primado da dignidade da pessoa humana e o conceito atribuído à cidadania e à proteção ao mínimo existencial. A ausência de condições mínimas de saúde, educação, moradia e assistência social viola a cidadania e a existência digna do ser humano, que é um elemento mínimo e indispensável à realização da cidadania. Assim, mesmo que não esteja previsto expressamente no texto constitucional, o mínimo existencial encontra-se relacionado a diversos outros conceitos de natureza constitucional, que garantem a tutela do Estado.

Há direitos sociais que estão relacionados ao mínimo existencial, ou seja, são direitos fundamentais sociais que são necessários à manutenção da vida. Esses direitos não podem sofrer restrições ou limitações sem a devida justificativa e aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como forma de atenuar os efeitos limitadores. Essas medidas têm a finalidade de evitar o esvaziamento completo dos direitos fundamentais sociais (LEMOS; MAAS, 2012).

Os direitos mínimos sociais, que são aqueles relacionados com a dignidade do ser humano e com o núcleo essencial dos direitos sociais, devem ter a garantia de maior eficácia possível, mesmo diante de uma situação de escassez de recursos, sob pena de descumprimento do princípio implícito da proibição do retrocesso. O retrocesso poderá ocorrer quando houver justificativas constitucionais plausíveis para tal (MARTINS, 2020, p. 405).

Tatsch (2016, p. 16) sugere a adoção de outro critério na seleção da escolha de redução de recursos. Utilizando-se da premissa de que os direitos sociais são prioridade, essa escolha deverá cair entre os programas que não contemplam direitos sociais. Com isso, o legislador realiza uma análise do custo-benefício de um programa para a sociedade e permitindo que haja o cumprimento do princípio da proibição de

retrocesso social. Assim, o Poder Judiciário poderia examinar os pressupostos legais adotados.

A materialidade do direito precisaria ser harmonizada com métodos mais sofisticados de análises, de forma que se cumpra a vontade do legislador, materializando-se nos programas e nas ações sociais. O Estado Democrático de Direito estimula a participação social e é pluralista, ativo e aberto a novos ideais. Esses são os desafios de uma sociedade moderna e complexa e compõem um processo contínuo de crescimento e desenvolvimento.

Martins (2020, p. 407) apresentou os julgados do Supremo Tribunal Federal que demonstraram o entendimento sobre o uso da cláusula da reserva do possível, utilizando-a apenas como motivação para justificar o descumprimento do mínimo existencial, dos direitos sociais e se houver ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, sob pena de inaplicabilidade sempre que houver comprometimento do núcleo básico do mínimo existencial.

Ressaltou, ainda, que, diante de uma crise financeira, caberá ao Poder Judiciário avaliar, em cada caso concreto, as motivações dos atos que restringem direitos fundamentais sociais, os déficits orçamentários, as “escolhas trágicas”, as motivações dos atos, com a finalidade de averiguar se estas respeitaram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e que não atingiram o núcleo central do mínimo existencial dos direitos sociais (MARTINS, 2020, p. 407).

Há diversos critérios a serem utilizados pelo Poder Legislativo para conferir maior realização nos recursos destinados aos direitos sociais. Pode utilizar-se da proporcionalidade, necessidade e adequação na aplicação da verba. Outro critério seria a escolha, dentre os programas existentes, daquele que menos afete os direitos sociais. Por fim, há a aplicação do critério da relação custo-benefício de um programa. O uso desses critérios justifica-se em face do princípio da proibição do retrocesso social, principalmente quando há corte nos recursos em face de frustração e das receitas (TATSCH, 2016, pp. 16-18).

Portanto, em se tratando dos direitos abrangidos pelo mínimo existencial, que são aqueles que atingem as condições mínimas de sobrevivência do ser humano, faz-se necessário que o poder público fundamente suas decisões e demonstre a inexistência de recursos quando houver a necessidade de aplicação da cláusula da reserva do possível. Essa fundamentação deverá ser objeto de acompanhamento por parte do Poder Judiciário quanto aos aspectos da constitucionalidade e do princípio da proibição do retrocesso social (LEMOS; MAAS, 2012).

Dessa forma, está-se diante de um novo papel exigido pelas instituições públicas. A complexidade da sociedade moderna exige um aprimoramento das análises e das respostas de maneira que sejam consistentes com a realidade atual.

Não se admitem mais respostas vagas e ineficientes em detrimento de violação a preceitos fundamentais da Constituição.

Nessa seara, Lemos e Maas (2012) reforçam os princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da redução das desigualdades sociais, os quais estão previstos no texto constitucional e traduzem, em suas essências, a ideia da proibição do retrocesso social. Assim, a falta de implementação de políticas públicas relacionadas a direitos sociais com o argumento da reserva do possível ocasiona uma violação a esses princípios.

No contexto do pós-positivismo, os princípios têm força cogente e devem ser cumpridos no máximo de suas possibilidades. Logo, a mera alegação de ausência de recursos, sob o manto da reserva do possível, sem a devida comprovação e motivação das escolhas orçamentárias, se mostra arbitrária e incompatível com o ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha, Licínio Filho (2021, p.62) ressalta que o mínimo existencial são os direitos necessários a uma vida digna. Ademais, tal direito pode ser harmonizado com a teoria dos custos dos direitos, de maneira que promovam uma alocação criteriosa dos recursos públicos, atendendo às necessidades básicas e existenciais da população em um primeiro momento e, posteriormente, escalonando as demais prioridades conforme o projeto do governo no momento em vigor.

Entende-se que o mínimo existencial tem primazia sobre a reserva do possível, sob pena de o Estado violar o princípio da dignidade da pessoa humana e impossibilitar o cumprimento de políticas públicas vitais à população. O Estado poderá, desse modo, utilizar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sempre colocando o interesse da coletividade em primazia, para justificar-se nas escolhas feitas. Entretanto, faz-se necessário melhorar o processo de gestão da transparência das informações orçamentárias, de forma a fomentar o controle social e jurisdicional (LICÍNIO FILHO, 2021, p. 63).

Nesse mesmo sentido, o autor Licínio Filho (2021, p. 93) reforça a ideia de que o mínimo existencial dos direitos sociais não poderá ser reduzido em detrimento de outras escolhas, sem a razoável e proporcional justificativa, sob pena de lesão ao direito fundamental que merece a total apreciação do Poder Judiciário, para resolver essa demanda. Logo, o descumprimento de um direito fundamental, por si só, atrai a prerrogativa do Poder Judiciário de analisar a motivação utilizada, as ponderações e a validade das escolhas realizadas pelo gestor, ainda que sejam feitas sob a alegação de restrições orçamentárias, visto que essas escolhas foram realizadas em detrimento de outras que constitucionalmente detêm prioridade.

A liberdade de escolha do legislador já encontra limitação no próprio texto constitucional, visto que esse deverá atender a diversos princípios fundamentais. Entre esses está o da dignidade da pessoa humana. Logo, a utilização do critério da

proporcionalidade para a escolha das alocações poderá ser um norteador nesse cenário de tomada de decisões. A discussão acerca da melhor aplicação dos recursos públicos advém do fato de que não há recursos suficientes para atender a todas as demandas sociais. Em face dessa limitação imposta, urge a necessidade de o legislador da lei orçamentária estabelecer prioridades e incluir os direitos sociais. Sabe-se que, sem recursos financeiros, não há efetividade dos direitos sociais, mitigando esses direitos a meros norteadores de um direito a ser garantido (TATSCH, 2016, p. 15).

A partir de todo o contexto exposto, aduz-se que o conceito de princípios, utilizado pela doutrina atual, é composto por normas que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ou seja, são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades jurídicas e fáticas postas na situação concreta.

Sob a ótica de Tatsch (2016, p. 1), todos os Poderes devem observar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, mormente o legislador na elaboração da lei orçamentária anual, atendendo aos princípios constitucionais, e na implementação da lei orçamentária. Diante de uma escassez de recursos, o Poder Legislativo deverá realizar uma análise efetiva na alocação dos gastos públicos, principalmente quando se tratar de cortes nos direitos sociais que afetem o mínimo existencial em detrimento de outros direitos.

Já para Lemos e Maas (2012), a proteção aos direitos fundamentais sociais inclui a ideia de proibição quanto ao excesso e à proteção deficiente, ou seja, relaciona-se com a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, assim como o combate à inércia na concretização desses direitos. Com a finalidade de atingir o pressuposto ideal de proteção por parte do Estado, deve-se utilizar-se do princípio da proporcionalidade. Para atingir o objetivo primordial do Estado de direito de garantir uma existência digna, faz-se necessário o acompanhamento do princípio da proibição do retrocesso.

Os célebres autores continuam a esclarecer que a proibição do retrocesso tem o cerne principal de proteger os direitos sociais já conquistados, garantir a segurança jurídica e reduzir as desigualdades. Com base nesse princípio, o Estado deve agir a fim de evitar que possíveis omissões estatais prejudiquem e esvaziem os conteúdos dos direitos já conquistados. Nesse contexto, surge a necessidade de intervenção judicial a fim de conferir controle e legitimidade nas políticas públicas (LEMOS; MAAS, 2012).

Em alguns julgados da Suprema Corte Federal, como já ressaltado anteriormente, verificou-se a aplicação dos princípios como tamanha força normativa, até superior às regras constitucionais, como no julgamento da Arguição de Preceito

Fundamental 132/RJ, que equiparou a união homoafetiva à união estável, que está prevista expressamente no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, mostrando que a realidade fática interessa ao direito e deve ser buscada pelo Poder Judiciário nesse novo contexto social, sob pena de perder a efetividade por completo. O aplicador da lei deve buscar seu fim social e sua aplicabilidade naquele caso concreto.

Já os autores Lemos e Maas (2012) defendem que, com o objetivo de evitar o esvaziamento dos direitos sociais, o Estado deve atuar para promover a realização do mínimo existencial por meio da implementação de políticas públicas que sejam aplicadas pelo Estado. Os direitos sociais prestacionais carecem da atuação efetiva estatal para serem efetivados. Por conseguinte, a participação judicial no controle das políticas públicas tem a finalidade de garantir que haja o cumprimento constitucional a fim de se evitar o retrocesso nos direitos sociais já conquistados.

Considerações finais

A efetividade dos direitos sociais e a imposição de limitações e restrições orçamentárias e financeiras sem as devidas e plausíveis aferições por parte dos poderes públicos, precisamente dos órgãos de controle e do Poder Judiciário, foram apresentadas neste artigo com a finalidade de apresentar alternativas para essa problemática, que apresenta grandes custos à sociedade.

Os direitos sociais estão relacionados à dignidade da pessoa humana, são essenciais à manutenção da vida e são inegociáveis. Eles não podem sofrer restrições ou limitações sem as devidas justificativas ou motivações passíveis de averiguações das escolhas por parte dos poderes públicos. Não há espaço para uso da “reserva do possível” em face de ausência de orçamento público, em detrimento dos direitos sociais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois eles esses direitos têm caráter prestacional por parte do Estado garantidor. Portanto, os direitos sociais estão diretamente relacionados com a viabilidade orçamentária a fim de proporcionar-lhes concretude.

Com a finalidade de equalizar essa dicotomia, propõe-se a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na análise das motivações dos gestores públicos. Com o objetivo de melhor adequar os meios aos fins propostos, com a intenção de preservar o fundamento constitucional da primazia da dignidade da pessoa humana, e com o intuito de proteger o limite do mínimo a ser atingido para o alcance de uma vida digna, sugere-se que os poderes públicos analisem, em cada caso concreto, com maior acurácia, os argumentos apresentados, principalmente, quando esses argumentos forem a ausência de recursos públicos.

Nesse contexto, ressalta-se, também, a importância da participação social como forma de propiciar uma maior efetividade e um controle mais amplo das

escolhas realizadas pelos gestores públicos. Nessa esteira, é fundamental que haja uma maior transparência nas alocações dos recursos públicos, bem como uma participação social mais efetiva por meio de audiências públicas, dos conselhos de fiscalização e das sociedades civis organizadas, que podem fiscalizar a aplicação desses recursos e representar aos órgãos competentes na presença de alguma irregularidade.

Esse tema tem grande relevância para a ciência, porque apresenta a mudança de paradigma do Direito, como já se pode verificar na doutrina e na jurisprudência de alguns Tribunais Superiores que já têm julgados nesse sentido. Esse é um assunto importante para a sociedade, porque o povo é diretamente beneficiado com a implementação desses direitos. Por fim, é valioso aos aplicadores do direito, pela exigência atual de decisões mais concretas, efetivas e fundamentadas à luz do direito vigente, tratando os casos concretos com especificidade e eficiência.

Em face do exposto, entende-se que o assunto ainda precisa ser mais explorado por parte dos doutrinadores e aplicadores do direito. À luz do arcabouço constitucional atual, já existe jurisprudência que permite fornecer uma maior realização dos direitos sociais. Entretanto, ainda há um desconhecimento sobre as formas de implantar e de harmonizar as atuações por parte do Poder Judiciário e do demais Poderes, sem ferir, no entender de alguns, o princípio constitucional da separação dos Poderes. Logo, como perspectiva futura, sugere-se que a temática seja melhor aplicada, discutida e explorada com a aplicação dos casos concretos, pois, por meios dessas aplicações, haverá discussões mais coerentes e racionais às realidades fáticas atuais.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Brasília, 5 out.1988.

CARVALHO, Osvaldo. Os direitos fundamentais em tempos de crise econômica.

Revista de Direito Administrativo. Disponível em:

<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1031>>. Acesso em: 9 ago. 2021.

DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. **Revista do Direito. Santa Cruz do Sul**, v. 3, n. 53, pp. 2-22, set./dez. 2017.

Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9624>>.

Acesso em: 16 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como elaborar uma resenha de um artigo acadêmico ou científico. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Vol. 3, n. 7, pp. 95-107, 2020. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/41>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Vol. 2, n. 5, pp. 29–55, 2019. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/122>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Vol. 2, n. 5, pp. 1-28, 2019. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/121>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Escolha do tema de trabalho de curso na graduação em Direito. **Revista Coleta Científica**. Vol. 5, n. 9, pp. 88-118, 2021. Disponível em: <<http://portalcoleta.com.br/index.php/rcc/article/view/58>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

LEMOS, Maitê Damé Teixeira; MAAS, Rosana Helena. A concretização dos direitos fundamentais sociais através do controle jurisdicional das políticas públicas na ordem interna e internacional. Simpósio internacional de direito (2012: Chapecó, SC). **Anais III do Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais**. Chapecó, 26 de outubro 2012. Joaçaba: Unoesc, 2012. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/1591>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

LICÍNIO FILHO, Rui. **Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo. Os direitos sociais a prestações em tempo de crise. **Editorial Revista PPGD-UNOESC**. V. 15, n. 2, pp. 271-284, jul./dez. 2014.

Disponível em:

<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/download/6286/3485>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

REVISTA PROCESSUS MULTIDISCIPLINAR

PERIÓDICOS



FACULDADE
PROCESSUS

Ano II, Vol. II, n.4, jul.-dez., 2021

ISSN: 2675-6595

Data de submissão: 11/08/2021

Data de aceite: 22/10/2021

TATSCH, Ricardo. Direitos Sociais, Crise Econômica, Proibição de Retrocesso Social e o Orçamento Público. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades Opet**. Ano VII, n. 14, jan./jun., 2016.