

# CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

MURILLO SAPIA GUTIER<sup>1</sup>

1.	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS .....	1
1.1.	PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	2
1.2.	DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS .....	3
1.3.	EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS .....	4
2.	DIREITOS SOCIAIS E A INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	5
3.	RESERVA DO POSSÍVEL.....	7
4.	MÍNIMO EXISTENCIAL .....	11
5.	PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO .....	12

## 1. Aspectos introdutórios

A história mostrou que não basta garantir formalmente a liberdade e a igualdade aos indivíduos se estes não dispõem de um mínimo existencial. A industrialização dos meios de produção acarretou graves problemas sociais, de modo que a mera previsão de liberdade e igualdade não era suficiente para que os indivíduos fossem, de fato, livres e iguais.<sup>2</sup>

O Estado Social de Direito ou *Welfare State* consagrou direitos de *status* positivo, ou seja, direitos a prestações por parte do Estado, de modo que os indivíduos possam “exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida”.<sup>3</sup> Com a intenção de melhoria da vida dos indivíduos, inclusive quanto ao exercício do *status negativus*, isto é, para o exercício da liberdade, consagrado no Estado Liberal, mister que o cidadão tenha um mínimo pressuposto para tanto.

O objetivo dos chamados “direitos sociais” consiste na “melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”.<sup>4</sup> Desta forma, a também denominada *segunda dimensão de direitos fundamentais*<sup>5</sup> não mais foi marcada por direitos de liberdade, mas sim, por direitos de igualdade, no sentido de que o Estado assegurasse a igualdade de oportunidade e de acesso. Enfatiza Ingo Sarlet que “não se cuida

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil na FACTHUS e UNIPAC-Uberaba. Mestre em Direito pela PUC-MG. Advogado. E-mail: [murillo@gutier.com.br](mailto:murillo@gutier.com.br)

<sup>2</sup> SARLET, *Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, 2009, p. 47.

<sup>3</sup> DIMOULIS e MARTINS, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, 2007, p. 67.

<sup>4</sup> DIMOULIS e MARTINS, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, 2007, p. 67.

<sup>5</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, 2002, p. 521.

mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim, de liberdade por intermédio do Estado”.<sup>6</sup>

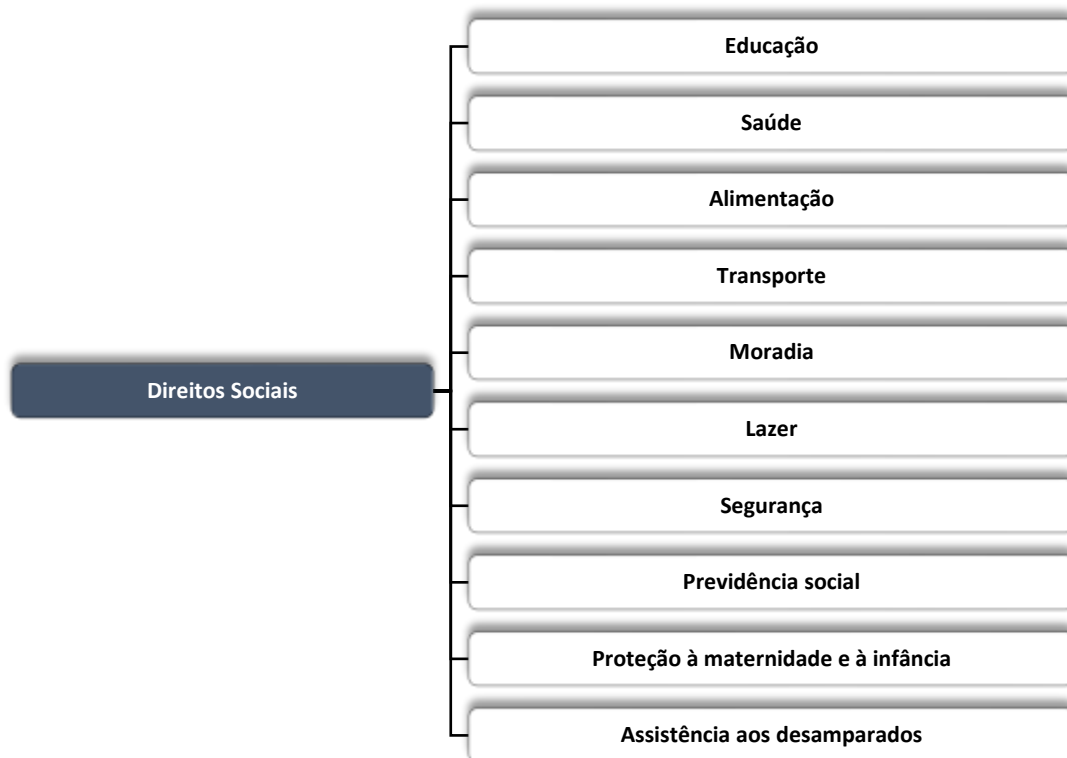
O *constitucionalismo social* foi “inaugurado” pela Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, que romperam do o modelo de Estado liberal e consagraram o modelo de Estado Social, equilibrando as relações, por meio da intervenção estatal em diversas esferas. Possui, portanto, as seguintes características: (a) É intervencionista, em contraposição ao abstencionismo do Estado Liberal. E tal se deu ante as inúmeras desigualdades criadas pelo Estado Liberal. Há a intervenção nas relações sociais, econômicas e laborais, que antes eram adstritas à esfera privada, edificando *direitos de segunda dimensão*, quais sejam, os *direitos sociais, econômicos e culturais*, que são direitos prestacionais, de caráter positivo, de atuação positiva e não negativa; (b) Há um papel decisivo na produção e distribuição de bens pelo Estado; (c) Garantia de bem-estar social mínimo, para a vida digna.

### **1.1. Previsão na Constituição Brasileira**

A CF reserva no Título II um capítulo para os direitos sociais, no capítulo II, mas temos outros direitos sociais regulados na parte final da Constituição, como direito à educação, saúde, direito à previdência social. O artigo 6º da CF elenca o rol dos direitos sociais, quais sejam:

---

<sup>6</sup> SARLET, *Eficácia...*, 2009, p. 47.



Destes direitos sociais acima elencados, tivemos o acréscimo do direito da alimentação, moradia e transporte como direitos sociais, não estando previstas originariamente na Constituição. No texto constitucional, temos o regime jurídico dos direitos sociais:

(a) No capítulo II do Título II: artigos 6º a 11.

(b) No título VIII: artigos 193 a 204

## 1.2. Direitos sociais como cláusulas pétreas

A Constituição, no artigo 60, parágrafo 4º, fala das garantias individuais, que é uma das espécies de direitos fundamentais. O que se coloca é se são ou não cláusulas pétreas. Uma parte da doutrina salienta que todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas.<sup>7</sup> Outra vertente salienta que nem todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Novelino enaltece que os direitos individuais são cláusulas pétreas expressas, ao passo que os direitos sociais são cláusulas pétreas implícitas. Alguns direitos sociais são cláusulas pétreas implícitas, uma vez que são *pressupostos para o exercício dos direitos individuais*.

---

<sup>7</sup> Posição de SARLET.

Daniel Sarmiento aduz que os direitos sociais são dimensão da dignidade humana e, afirma que *“a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente”*.<sup>8</sup> Não tendo o mínimo de acesso à educação, moradia, saúde, alimentação e transporte, não terá como usufruir de sua liberdade. Isaiah Berlin salientou que *“oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra o Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos, doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou de educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento de sua liberdade”*. De nada adianta assegurar as liberdades públicas se não assegurar o mínimo existencial, que são pressupostos para o exercício da liberdade.

### 1.3. Efetividade dos direitos sociais

Trata-se de um grande problema, uma vez que apresentam textura aberta no âmbito do texto constitucional, ou seja, com a estrutura de princípios, que exigem a concretização por meio de políticas públicas que devem ser adotadas para efetivá-los. O caso emblemático é o da saúde, em que o artigo 196 da Constituição afirma que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Perceba que o dispositivo possui textura aberta, não falando o que vem a ser o direito à saúde, o que ele abrange, se contempla cirurgias, medicamentos, quais um e outro? Há várias questões por trás para se traçar limites e o alcance. Como depende de concretização, tal se dá por políticas públicas, precedidas de custos, que não são baixos, como a construção de creche, escola, hospital, assim como a contratação do *staff* para sua execução.

A questão que se coloca é que os direitos sociais apresentam, quase sempre, um **alto custo** para sua **implementação** e **manutenção**, contrastando com a realidade orçamentária, que apresenta limitações cada vez maiores, o que impõe a fixação de prioridades. O ponto que se coloca é sobre quem deve traçar as prioridades. Acreditamos que não é o Judiciário, mas sim o Legislativo e Executivo.

---

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

O Judiciário deve intervir **subsidiariamente**, ante **omissões graves** praticadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. A questão da fixação das *prioridades* na implementação de direitos sociais tem acarretado o *fenômeno das escolhas trágicas*,<sup>9</sup> que traduz a ideia de que os recursos são finitos e as necessidades básicas são infinitas e os recursos devem ser alocados em prol do(s) direito(s) social(is) mais relevante(s). Ao se destinar uma parte do dinheiro para a educação ou para a saúde, retirando dos transportes, está-se expondo uma parcela significativa da população à riscos de vida pelo uso de estradas malconservadas, aumentando o número de acidentes. Com o dinheiro disponível, quais as escolhas devem ser feitas pelo Executivo? Escolas, Hospitais, moradia, transporte? Daí se falar em *escolhas trágicas*, o que compromete a efetividade desta classe de direitos em face dos direitos individuais. Estes, embora tenham um custo, versam sobre abstenção e não sobre prestação, em que o Estado tem que agir positivamente, com custos maiores.

## 2. Direitos sociais e a intervenção em Políticas Públicas

A intervenção judicial no âmbito dos direitos fundamentais que envolvam políticas públicas sofreu significativa modificação ao longo do tempo. As críticas à intervenção judicial em políticas públicas são as mais diversas. A **primeira crítica** se dá no que tange à **separação dos poderes**, em que há a atuação do Judiciário como legislador positivo. Embora superada, esta crítica afirma que a intervenção judicial em direitos sociais *usurpa a competência do Executivo e Legislativo*, por dependerem de concretização, conforme as prioridades. Estas **prioridades** devem ser traçadas pelos demais poderes, democraticamente eleitos para tanto, e não pelo órgão jurisdicional. Com relação a esta crítica, o STF salientou que “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a

---

<sup>9</sup> Expressão cunhada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. No mesmo sentido TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.<sup>10</sup>

**Outra crítica** que se afirma é baseada na ideia do **legislador negativo**.<sup>11</sup> A atuação do Judiciário deve se dar não pode se dar como *legislador positivo*, mas, sim, como negativo, com a função de extirpar do ordenamento Leis incompatíveis com a Constituição Federal. Assim sendo, quando um Tribunal Constitucional declara uma norma inconstitucional, está retirando a mesma do ordenamento jurídico, revogando a Lei, daí se falar em *legislador negativo*. Kelsen salientava que ao Judiciário é vedado criar normas. Obviamente que a Constituição permite a atuação do Judiciário no caso de *omissões inconstitucionais*, como no caso do Mandado de Injunção e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O **STF** tem vários precedentes de “criação de normas”, inclusive com eficácia *erga omnes*. Portanto, esta crítica deve ser vista com reservas.

Importante ponderação é feita por Heleno Torres, que afirma que “a delimitação do papel do Judiciário em matéria de direitos sociais prestacionais positivos não equivale a qualquer recusa de concretização desses direitos fundamentais. Essa crítica simplista não se sustenta, quando se afirma que a atividade financeira do Estado Democrático de Direito deve ter por finalidade cumprir todos os fins constitucionais e mormente aqueles dos direitos e liberdades fundamentais, dos quais os prestacionais avultam em importância. O que se coloca em diferente perspectiva é que seja o legislador, e não o Judiciário, o responsável por essa tarefa, segundo os procedimentos democráticos”.<sup>12</sup>

Não há que se falar em *juiz boca da Lei*, como pregado ao tempo da edificação do Estado Liberal. Os direitos sociais estão consagrados na Constituição e, assim sendo, apresenta força normativa. São normas e devem produzir efeitos concretos. As normas constitucionais apresentam a estrutura de norma-princípio ou norma-regra, afetando a todos os poderes da República e o papel do Judiciário é de fazer valer a supremacia da Constituição, assegurando a efetividade dos direitos ali resguardados pelos demais Poderes.

Uma outra crítica que se faz é o da falta de **legitimidade democrática do Judiciário**. Esta ideia parte do pressuposto de que os poderes legitimamente eleitos pelo voto popular é que possuem a *prerrogativa* de decidir como serão feitos os gastos dos recursos públicos, sendo, por oportuno, inadequada a supressão desta possibilidade de escolha. Assim, o Legislativo e

---

<sup>10</sup> **STF** - RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006.

<sup>11</sup> Elaborada por Hans Kelsen, na famosa obra *jurisdição constitucional*.

<sup>12</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Executivo que possuem a atribuição de formular as políticas públicas, uma vez que o custeio destes direitos é pago pelos impostos, que são arcados pelo povo, competindo, por oportuno, aos representantes do povo delimitar o alcance. Contudo, a democracia não pode ser entendida no aspecto formal, mas sim, no aspecto material ou substancial. Na formal, trabalha com a ideia da maioria, que possui o poder de decisão. Entretanto, o conceito de democracia hoje é *substancial*, mais ampla, abarcando a *majoritária*, mas, também, abrangendo os direitos básicos, inclusive das minorias, que não conseguem se fazer representar, de modo que compete ao Judiciário a função contra majoritária de defesa dos direitos das minorias.

### 3. Reserva do possível

A ideia da reserva do possível é a da **limitabilidade dos recursos para a implementação de direitos fundamentais**, *notadamente os direitos sociais, que são de cunho prestacional* por parte do Poder Público. Traduz a ideia de que “[...] o orçamento não poderia suportar toda e qualquer necessidade individual”.<sup>13</sup> Ressalta Novellino que “[...] a reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional”.

Esta expressão – reserva do possível – surgiu na Alemanha, em um julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão denominado de *numerus clausus*, julgado em 1972. Um grupo de alemães foi ao Judiciário para pleitear vagas nas Universidades Alemãs Públicas. A Lei Fundamental Alemã não tem um catálogo de direitos fundamentais sociais, mas tem uma cláusula aduzindo o direito à livre profissão. Argumentaram que, para que este direito seja efetivado, deve ser assegurado o acesso às Universidades. O TCF salientou que o raciocínio faz sentido, contudo, aduziu que não é possível obrigar ao Estado a fazer algo fora de suas possibilidades financeiras.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> TORRES, Heleno. **Direito Constitucional Financeiro...**, 2014.

<sup>14</sup> Conforme Novellino, “[...] esta expressão foi difundida a partir de uma decisão paradigmática proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, em um caso no qual se discutia o direito de acesso ao ensino superior, cujo número de vagas era menor que o de candidatos (Caso *numerus clausus*). Apesar do direito fundamental à educação não estar consagrado expressamente na Constituição Alemã, o Tribunal entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em certa medida, o acesso ao ensino universitário. Não obstante, na decisão ficou estabelecido que a prestação reclamada deveria corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, cabendo ao legislador, em primeiro plano, avaliar quais interesses da coletividade devem ser prioritariamente atendidos pelo orçamento, em razão da reserva do possível” (**Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: GEN/Método, 2014, n. 27.3).

Segundo Ingo Sarlet, “trata-se da discussão acerca das **decisões sobre a alocação de recursos públicos**, que envolve: um aspecto fático, qual seja, os questionamentos quanto à **existência, à disponibilização e à alocação dos recursos públicos, bem como, no caso da saúde, sobre a limitação dos próprios recursos “sanitários”** (v.g., a existência de profissionais especializados, de leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo [CTI’s/UTI’s], de aparelhagem para tratamentos e exames); e, um aspecto jurídico, concernente à **capacidade (ou o poder) de disposição sobre esses mesmos recursos**, que perpassa a definição das competências constitucionais e abrange, entre outros, princípios como a proporcionalidade, a subsidiariedade, a eficiência e, no ordenamento brasileiro, os princípios da federação e da autonomia municipal”.<sup>15</sup>

Ressalta Marcelo Novelino que a *reserva do possível* possui três dimensões de análises:

- (a) **Análise da possibilidade fática**: que consiste na averiguação da disponibilidade de recursos para que o direito prestacional seja satisfeito. Não é possível exigir do Estado uma prestação se não há recursos disponíveis, o que não se confunde com a má alocação dos mesmos.<sup>16</sup>
- (b) **Análise da possibilidade jurídica**, que compreende a *existência de autorização orçamentária* para que a despesa seja financiada pelo Estado. O orçamento é a concretização do princípio democrático, uma vez que o parlamento quem traça as prioridades a serem atingidas pelo Estado. Igualmente, no caso de má alocação de recursos, é possível a intervenção judicial. Outro ponto a ser observado é o da *competência* do ente que vai instituir a política pública. O **STF** salientou que, no âmbito da saúde, **há responsabilidade solidária de todos os entes federativos**, podendo ser proposta ação em face de qualquer um.<sup>17</sup> No que tange ao fornecimento de

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *In Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, comentário ao artigo 196. Ainda, conforme o autor em comentário, “[...] Além disso, a efetivação do direito à saúde como direito a prestações materiais demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa, havendo referência apenas a um imperativo de “integralidade” (art. 198, II, da CF). Na prática, e mais ainda nos casos-limite, isso não parece suficiente, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário, o que revela a relevância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e, de modo especial, do direito à saúde”.

<sup>16</sup> O direito à moradia é um que corriqueiramente se enquadra nesta hipótese.

<sup>17</sup> **STF** – RE n. 855.178/SE. [...]. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. “O tratamento médio adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer quer um deles, **isoladamente** ou **conjuntamente**”.



medicamento de alto custo, há o reconhecimento de repercussão geral a controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.<sup>18</sup>

- (c) **Análise da Razoabilidade da Universalidade da prestação exigida**, que deve considerar a existência de recursos efetivos. Se o fornecimento de determinado medicamento for implementado pelo Judiciário, qualquer outra pessoa que esteja na mesma situação deve ter assegurado o mesmo direito, face o princípio da *isonomia*. Portanto, a análise de dá no âmbito coletivo, ante a necessidade de atendimento de todos que se encontrem na mesma situação. Assim sendo, as ações coletivas são os melhores instrumentos para a efetivação de direitos sociais, por ser feita uma análise global. A reserva do possível é matéria de *defesa* do Poder Público, competindo ao mesmo o ônus da prova para se escusar do dever de cumprir o direito prestacional, o que o **STF** denominou de *justo motivo aferível* para o não atendimento da demanda.

O **STF** salientou que “[...] considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas”.<sup>19</sup> Ainda, enalteceu que “[...] “se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez”.<sup>20</sup>

O **STF** salientou que “[...] a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das “restrições das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela

---

<sup>18</sup> **STF** – RE n. 566.471/RN.

<sup>19</sup> RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso De Mello – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. Celso De Mello, v.g.).

<sup>20</sup> RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso De Mello.

necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso)".<sup>21-22</sup>

Especificamente sobre a “questão da reserva do possível: **reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial** (RTJ 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: *impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público*. A teoria da “**restrição das restrições**” (ou da “limitação das limitações”). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197)".<sup>23</sup>

Ainda, a Suprema Corte enalteceu que “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, *pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde*. A Corte de origem consignou ser necessária a **aquisição das fraldas descartáveis**, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas.<sup>24</sup>

Especificamente no que tange ao direito à educação de deficientes auditivos, há a necessidade de se assegurar a contratação de Professores especializados em libras, como condição para o adimplemento estatal de *políticas públicas com previsão constitucional*. A intervenção do Judiciário neste caso é excepcional, não havendo que se opor a *cláusula da reserva do possível*, uma vez que está em jogo é a proteção do *núcleo de intangibilidade dos*

---

<sup>21</sup> STF - AI 598.212 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 25-3-2014, 2ª T, DJE de 24-4-2014.

<sup>22</sup> STF - ARE 727.864 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 4-11-2014, 2ª T, DJE de 13-11-2014. Na linha do precedente citado, o STF salientou que “no confronto entre a *reserva do possível* e a **teoria dos custos dos direitos**, que não é possível [...] “sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres Estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Caráter cogente e vinculante das normas Constitucionais. *Inclusive daquelas de conteúdo programático que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde* (CF, arts. 6º, 196 e 197). A questão das “escolhas trágicas”. *A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)”*.

<sup>23</sup> STF - STA 223 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, DJE de 9-4-2014.

<sup>24</sup> STF - RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013. vide RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.

*direitos fundamentais*, assegurados constitucionalmente e convencionalmente<sup>25</sup>, que é a inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade.<sup>26</sup>

Em expressões fortes, o **STF** salientou que “a cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o **propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição** – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do **mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do *postulado da essencial dignidade da pessoa humana*”.<sup>27</sup>

No que tange à possibilidade de intervenção judicial ou não acerca da “*melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública*”,<sup>28</sup> a Corte Suprema ponderou que, quanto à colisão dos princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, que, “*em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas*”.<sup>29</sup>

#### 4. Mínimo existencial

Também advinda de precedente do Tribunal Constitucional Alemão, em 1953, extraiu a ideia de mínimo existencial da dignidade humana, do direito à liberdade material, que pressupõe condições básicas existenciais para o seu exercício, e do Estado Social. Conforme ressaltado no item precedente, o próprio STF demarcou o discurso do que vem a ser o *mínimo existencial*, explicando que “(...) A noção de “**mínimo existencial**”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um *complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos*, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do

---

<sup>25</sup> Convenção de Nova Iorque das Pessoas Portadoras de Deficiência, incorporada no Brasil com *status* Constitucional, nos termos do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e Decreto Presidencial n. 6.949/09.

<sup>26</sup> **STF** - ARE 860.979 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-4-2015, 2ª T, DJE de 6-5-2015.

<sup>27</sup> **STF** - ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

<sup>28</sup> **STF** na SL 47 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010.

<sup>29</sup> **STF** - RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013.

adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)".<sup>30</sup>

Ressalta Ingo Sarlet que “quanto à garantia do mínimo existencial, não se pode deixar de salientar o precedente estabelecido no julgamento da ADPF-MC n. 45 (DJ 04-05-2004), que, apesar da extinção da ação por superveniente perda de objeto, asseverou que a efetivação do direito à saúde liga-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar “com reservas” a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível. Nesse aspecto, merece destaque a posição de vanguarda já adotada por algumas decisões judiciais, ainda em nível ordinário, que procuram traçar certos parâmetros gerais (pautas objetivas) para a análise da concessão, via Judiciário, de *prestações materiais relativas ao direito à saúde* – o que, numa compreensão mais ampla, **densifica os deveres gerais de efetivação e de proteção dos direitos fundamentais como um todo, e do direito à saúde em especial**".<sup>31</sup>

## 5. Princípio da proibição de retrocesso

Referida “cláusula”, também conhecida como “efeito *cliquet*”,<sup>32</sup> afirma uma garantia contra a interferência da atuação do Poder Público “que tenham por objetivo suprimir ou reduzir a disciplina protetiva proporcionada pelos direitos fundamentais, sejam eles direitos sociais ou não”.<sup>33</sup> A ideia é de que os direitos fundamentais devem evoluir para abarcar um maior leque de proteção de Direitos e não o inverso, vale dizer, não se permite a *involução de direitos fundamentais*, daí se falar em *proibição de retrocesso*.

A ideia é de impedir o poder público de *reduzir* ou *extinguir*, sem justificativa constitucional ou de forma desproporcional o grau de concretização dos direitos fundamentais prestacionais.<sup>34</sup> Os Direitos fundamentais “[...] não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução tangível. Sobre o ‘legislador de configuração’ essa diretiva cria um obstáculo às

---

<sup>30</sup> STF - ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **In Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, comentário ao artigo 196.

<sup>32</sup> Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>33</sup> BERNARDES-FERREIRA, **Direito Constitucional. Tomo I**, 5ª ed, 2015.

<sup>34</sup> NOVELINO, **Curso...**, 2018.

mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior – efeito *cliquet (Favoreu)*”.<sup>35</sup>

Gilmar Mendes e Paulo Branco explicam que “[...] quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, *uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.*

A ideia elementar reside na proteção de “contra-revolução social” ou da “revolução reacionária”.<sup>36</sup> Canotilho explica que “[...] o princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar--se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, **sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial**”.<sup>37</sup> A ideia, segundo Canotilho, é a de proteger o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais sociais, uma vez que “reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade humana”.<sup>38</sup>

O STF salientou que “o princípio da proibição de retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. [...] A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como direito à educação, à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação destes direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que **os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado**”.<sup>39</sup>

Salientou ainda, que, “em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torna-los efetivos, mas, também, obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, **abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos fundamentais já concretizados**”.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição reinventada...**, 2002, p. 672.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, 2003, p. 340.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, 2003, p. 340.

<sup>39</sup> STF – ARE n. 639.337

<sup>40</sup> STF – ARE n. 639.337

A Suprema Corte Brasileira salientou que “[...] a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo *objetivamente aferível* – não pode ser invocada, *pelo Estado*, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando *dessa conduta governamental negativa* puder resultar nulificação ou, *até mesmo*, aniquilação de direitos constitucionais impregnados *de um sentido de essencial fundamentalidade*”.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> **STF** – 2ª T. – AI n. 598.212 EDCL/PR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 25/03/2014.