

OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: uma análise de casos envolvendo a Fazenda Pública do Maranhão
FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: an analysis of cases involving the Public Treasury of the Brazilian state of Maranhão

Letícia de Jesus Pereira¹
Marisa Rossignoli²

RESUMO: A discussão e manutenção dos direitos sociais se apresenta com grande relevância, há uma forte resistência em concebê-los como direitos fundamentais e essa discussão é travada, principalmente, com o argumento do alto custo dos direitos sociais (argumento esse quase sempre traduzido pela teoria da reserva do possível). Assim, este trabalho tem como objeto os direitos sociais como direitos fundamentais, baseado nos argumentos favoráveis e contrários a essa concepção, bem como em casos envolvendo a atuação da Fazenda Pública do Maranhão em juízo. Como problema, considerou-se a seguinte questão: quais são os principais argumentos contrários e favoráveis à concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais e a sua consequente eficácia? Os procedimentos metodológicos adotados consistem em estudos bibliográficos e documentais, amparados em artigos científicos, livros, legislações e processos sobre o tema. Apresenta-se com abordagem qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de estudos do conhecimento da área. Verificou-se que a reserva do possível não pode servir como argumento que justifique a omissão do Estado em relação ao seu dever de efetivar os direitos sociais, que sabe-se, possuem custos; mas, igualmente, cabe ao Poder Público saber onde e quando empregar os recursos para a promoção do bem estar coletivo, dentro do que se entende por padrões mínimos (não ignorando, no entanto, que saúde, educação, alimentação, trabalho, lazer, por exemplo, muito embora estejam dentro desse mínimo, não podem ser concebidos como esmola).

Palavras-chave: Direitos sociais. Direitos fundamentais. Eficácia. Estado.

ABSTRACT: The discussion and maintenance of social rights is presented with great relevance, as there is a strong resistance in conceiving them as fundamental rights and this discussion is fought, mainly, with the argument of the high cost of social rights (this argument is almost always translated by the reserve of the possible theory). Thus, this work's focus is social rights as fundamental rights, based on arguments in favour and against this concept, as well as in cases involving the performance of the Public Treasury of the Brazilian state of Maranhão in court. As an issue, the following question was considered: what are the main arguments against and in favour of the concept of social rights as fundamental rights and their consequent effectiveness? The methodological procedures used consist of bibliographic and documentary studies, supported by scientific articles, books, legislation and cases on the subject. This study is presented with a qualitative approach, supported by an analysis built from studies of knowledge in the area. It was found that the reserve of the possible cannot serve as an argument that justifies the State's omission in relation to its duty to implement social rights, which are known to have costs; but, equally, it is up to the Public Power to know where and when to use resources to promote collective well-being, within what is understood by minimum standards (not ignoring, however, that health, education, food, work, leisure, for example, even though they are within this minimum, cannot be considered as alms).

¹ Coordenadora Adjunta e Professora do Programa de Graduação em Direito (IESMA/UNISULMA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (FDDJ). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA). E-mail: leticiaadejesusadv@gmail.com

² Doutora em Educação (Política e Gestão) -UNIMEP - Piracicaba-SP. Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia para o Município de Marília-SP. E-mail: mrossinholi@uol.com.br

Key words: Social rights. Fundamental rights. Efficiency. State.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão previstos na Carta Constitucional de 1988 em seu art. 6º, os quais inauguram as bases do Estado social do bem-estar, sendo eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como assistência aos desamparados. Apesar de ainda encontrar guarida na corrente que concebe os direitos sociais como dependentes de uma prestação positiva do Estado, enquanto os direitos fundamentais demandam uma prestação negativa, de omissão, a corrente moderna dita que o mais importante não é saber a natureza deles, mas garantir a observância de todos os direitos humanos. Entretanto, garantir tais direitos torna-se caro, alegação daqueles que se filiam à teoria segundo a qual não se pode considerá-los como fundamentais, de modo que se invoca a reserva do possível como tese - sendo esta, inclusive, uma tese comumente levantada pelos entes públicos em matéria de defesa quando o Poder Judiciário é instado a decidir sobre a eficácia de determinado direito social.

Assim, este trabalho tem como objeto os direitos sociais como direitos fundamentais, baseado nos argumentos favoráveis e contrários a essa concepção, bem como em casos envolvendo a Fazenda Pública do Maranhão em juízo. Como problema, considerou-se a seguinte questão: quais são os principais argumentos contrários e favoráveis à concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais e a sua consequente eficácia? O objetivo geral consiste em analisar a eficácia dos direitos sociais, concebendo-os como direitos fundamentais, a partir dos argumentos contrários e favoráveis a essa concepção, baseado na análise das principais teses processuais invocadas pela Fazenda Pública Estadual do Maranhão. Os procedimentos metodológicos adotados consistem em estudos bibliográficos e documentais, amparados em artigos científicos, livros, processos e legislações sobre o tema, apresentando-se com abordagem qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de estudos do conhecimento da área.

O trabalho está organizado em duas sessões, além desta introdução e da conclusão. Primeiramente aborda-se os direitos sociais como direitos fundamentais, evidenciando os principais argumentos favoráveis e contrários, tais com o princípio do mínimo existencial e

da reserva do possível, respectivamente. Em seguida, aborda-se a eficácia dos direitos sociais a partir da judicialização, oportunidade em que se pleiteia a eficácia de determinado direito por meio da atuação do Poder Judiciário, de forma individual ou coletiva. Para tanto, os processos envolvendo a atuação da Fazenda Pública Estadual, escolhidos pelo critério de acessibilidade, são analisados para fins de verificar quais são os argumentos dos autores, dos réus e a fundamentação judicial para a concessão dos direitos vindicados.

A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Para que se possa compreender a discussão a respeito dos direitos sociais como direitos fundamentais, necessário se faz uma abordagem acerca da postura do Estado na garantia de certos direitos, a partir da concepção do modelo que adota. No Estado liberal há uma postura no sentido de não intervenção na vida dos cidadãos, repercutindo na abstenção em promoção de direitos, de modo que cada indivíduo é responsável pelo seu próprio bem-estar, dependendo do quanto consiga se esforçar para alcançá-lo (BORTOLOTTI; MACHADO, 2017). Nos Estados que instituem políticas liberais, os direitos sociais são mitigados e essa é uma situação que não se sustenta. Isso se afirma porque quem concentra a maior riqueza continuará no processo de concentração, ao passo que aqueles que não possuem as mesmas condições de acesso ao gozo de certos direitos, ficarão à margem. Nesse contexto, o Estado passa a ser obrigado a intervir, tanto na economia quanto na prestação dos direitos sociais como forma de retomar a dignidade humana e restabelecer certa segurança jurídica.

Dessa forma, o Estado precisa ser um agente de promoção dos direitos sociais e organizador da economia, o que faz com que surja um modelo em contraposição às ideias liberais, o Estado Social, tendo como finalidade precípua a promoção do bem-estar social com a prestação dos direitos como a educação, a liberdade, a saúde, a previdência, o trabalho, o lazer, para fins de garantia da igualdade e justiça social (BORTOLOTTI; MACHADO, 2017). As posturas estatais foram conferindo aos direitos sociais vertentes distintas, ora para que não houvesse a intervenção, posto que isso faria com que o Estado se comprometesse mais do que seus recursos seriam possíveis arcar; ora intervindo diretamente na economia e na prestação de certos direitos para a garantia da justiça social.

Antes de analisar, no entanto, a efetividade desses direitos, faz-se necessário evidenciar a distinção entre os direitos fundamentais e direitos sociais, trazendo elementos com relação a essa atuação estatal. É muito comum os direitos serem tratados a partir de gerações ou dimensões. Muito embora seja uma classificação abandonada por muitos, os direitos fundamentais estariam incluídos nos direitos de primeira geração, enquanto os direitos sociais seriam direitos de segunda geração. Nos primeiros, relacionados à liberdade individual, seria imprescindível a abstenção do Estado, demandando, portanto, uma prestação negativa. Em outros termos, os direitos fundamentais são aqueles que podem ser exercidos desde logo pelo cidadão, pelo simples atuar do seu titular, prescindindo de uma atuação do poder público, como, por exemplo, liberdade de locomoção, direito de informação, liberdade de expressão, reunião, associação, consciência etc.

Em verdade, essa abstenção do Poder Público com relação a tais direitos deve existir. Entretanto, o Estado não pode deixar de atuar no sentido de proteger os direitos fundamentais, inclusive do ponto de vista normativo, bem como na elaboração e execução de políticas públicas voltadas à promoção dos direitos e dos pressupostos para o seu exercício, pois não há como se abster a violar o domicílio, por exemplo, se não houver moradia (CLÈVE, 2006). Os direitos sociais estariam incluídos naqueles de segunda geração ou dimensão, sendo imprescindível, neste caso, uma prestação positiva do Estado - por meio de políticas públicas que garantam o acesso de todos os cidadãos a tais direitos. Para tanto, uma característica desses direitos é a relevância do conteúdo econômico, haja vista demandarem recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados.

Na Constituição Federal de 1988, esses direitos estão previstos no art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988). Considerar os direitos fundamentais como primeira geração, prescindindo de ação do Estado, e os direitos sociais como de segunda geração, sendo necessária uma prestação por parte do Poder Público, apesar de possuir muitos adeptos, é extremamente criticada, principalmente por utilizar a terminologia geração, que nos remete a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo, de modo que quando uma geração surge, a outra desaparece, e assim sucessivamente, o que de fato não ocorre, pois os direitos anteriores não desaparecem, havendo apenas uma cumulação, ampliação e expansão dos direitos humanos (CORREIA,

2004). Além disso, os direitos sociais, ainda que considerados direitos positivos (demandando uma prestação por parte do Estado), também comportam deveres de abstenção. O direito à moradia, por exemplo, refere-se não apenas a uma demanda por políticas públicas que garantem o acesso a um teto, mas também que não haja desalojado injustificadamente, bem assim, que não haja cláusulas abusivas nos contratos de locação ou de aquisição de imóveis. O direito ao trabalho também carece, em determinadas situações, de uma abstenção por parte do empregador, no sentido da proteção em face de demissões arbitrárias. Ainda:

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares (SARLET, 2008, n.p).

Assim, os direitos fundamentais não podem mais ser concebidos apenas como liberdades públicas, onde se espera que o Estado respeite tais direitos mediante uma postura negativa, passiva, enquanto os direitos sociais precisam de uma prestação positiva:

Os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser concebidos, portanto, não apenas a partir da perspectiva individual, mas também à luz dos direitos sociais. Aliás, não há como se conceber a consolidação destes direitos fundamentais apenas da perspectiva do indivíduo isoladamente considerado, mas também a partir de sua inserção na coletividade. Aliás, temos constantemente afirmado que esta nova visão dos direitos fundamentais, com uma perspectiva mais social, é sentida de forma bem comum a partir da ideia de que o próprio constitucionalismo teria sofrido profundo impacto das Constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919 (CORREIA, 2004, p. 308-309).

A dificuldade em reconhecer os direitos sociais como fundamentais está baseada na concepção liberal individualista antes da Constituição de 1988, onde os direitos de

segunda geração eram opcionais, o que atualmente estaria em descompasso se levar em consideração o novo constitucionalismo evidenciado pela Carta Constitucional em vigor. Assim sendo, não importa se de primeira, segunda ou terceira geração, o Estado precisa atuar para garantir tais direitos (BORTOLOTI; MACHADO, 2017). Quanto à discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, esta adquiriu força na Alemanha após a segunda guerra mundial, optando o legislador alemão por não consagrar expressamente os direitos sociais em seu texto constitucional, ficando a cargo da vontade política a efetividade desses direitos. Para efetivá-los, no entanto, fazia-se uso dos princípios basilares para a formação da identidade constitucional alemã, como, por exemplo, o princípio do Estado Social, mas ainda assim faltava força jurisdicional aos direitos sociais, dificultando o seu reconhecimento como fundamentais. Entretanto, isso não impediu que a justiça alemã, por muitas vezes, reconhecesse formalmente a existência de um direito constitucional a um mínimo vital, que traduzido para o Brasil ficou conhecido como mínimo existencial, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (BORTOLOTI; MACHADO, 2017). Havendo, portanto, violação aos direitos sociais, suscita para o jurisdicionado a possibilidade de judicialização. No entanto, ainda existem argumentos em sentidos contrários, tendo em vista que não pode ser judiciáveis por não ser direito fundamental, mas tão somente norma programática social, o que pode se dar apenas quando há situação tal que o mínimo existencial seja invocado, cabendo aí uma intervenção judicial. Sobre a possibilidade de judicialização, Shwarz (2016, p. 267) considera que:

Os direitos sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua eficácia plena seja imprescindível, de uma forma ou de outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive mediante a gestão e a implantação de políticas públicas. São direitos jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem, em tese, ser exigidos diante de um tribunal e tutelados por ele, de forma que a sua vulneração não pode permanecer impune, estabelecendo-se algum mecanismo que, de alguma forma, obrigue os órgãos legislativos e/ou administrativos a justificar publicamente as razões de seu descumprimento, e, assim, a sua legitimidade/ilegitimidade.

Críticas surgem com relação a essa atuação do Poder Judiciário, e dentre elas está a “falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais e a suposta incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas”, a qual, ainda que não seja totalmente incoerente, mas atente-se que os tribunais são chamados a decidir

habitualmente em demandas que envolvem expressivas questões econômicas em matéria de direito tributário, do trabalho, sucessões, econômico, empresarial, e nesse contexto tais decisões envolvem gestão de bens, estipulação de danos e prejuízos, além de outras situações complexas que, na maioria das vezes, exigem certo conhecimento técnico, mas nem por isso deixam prestar a tutela jurisdicional (SHWARZ, 2016). Desse modo, a alegação de que os tribunais não teriam a *expertise* suficiente pode ser facilmente rechaçada quando se tem a violação de um direito social, principalmente quando há omissão do Estado em prestá-lo, comprometendo a própria dignidade humana, consubstanciada na noção de mínimo existencial ou existência digna. Essa existência digna, pontua Sarlet e Zockun (2016, p. 121):

[...] abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.

Saber qual o mínimo existencial dentro de cada ordenamento não é tarefa fácil, significa dizer que se trata de um objeto jurídico fluído e vago, que ganhará consistência no caso concreto. Entretanto, levando em consideração o debate jurídico-constitucional alemão, há uma distinção quanto ao conteúdo e alcance do mínimo existencial, desdobrado em mínimo fisiológico e mínimo sociocultural. O primeiro tem como finalidade assegurar as necessidades de caráter básico que representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial; o segundo, por sua vez, busca assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social, política e cultural (SARLET; ZOCKUN, 2016). Destarte, o conteúdo do mínimo existencial estaria intimamente ligado com direitos básicos como alimentação, vestuário, moradia, saúde, direitos esses relacionados diretamente à manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o mínimo sociocultural estaria fundado nos princípios da igualdade e sociabilidade. Desse modo, precisas são as lições de Souza (2013, p. 212), para o qual:

[...] o mínimo existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste.

Consiste, então, em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Assim, a existência digna não se refere apenas aos aspectos físicos, relacionado à manutenção da sobrevivência do corpo, mas, além disso, está associado ao aspecto intelectual e espiritual, principalmente quando da garantia de outros direitos como a educação, o lazer e a saúde, pois sem a garantia desses direitos, há uma afronta direta ao direito constitucional fundamental à vida e, conseqüentemente, à vida digna, fundamento da Carta Constitucional de 1988³ (SOUZA, 2013, p. 212). Nesse compasso, todas as vezes que o direito social for violado, de tal monta que atinja o mínimo existencial, não cabe ao Estado alegar restrição de cunho orçamentário quanto à concepção de serem eles direitos sociais, sendo esta uma das principais alegações por parte do Estado quanto ao não cumprimento desses direitos, traduzida pelo princípio da reserva do possível. A análise desses argumentos favoráveis e contrários, quando do momento da judicialização do direito social, é evidenciada no próximo tópico, com destaque para os argumentos do autor, do réu e a fundamentação utilizada pelo Poder Judiciário na concessão de tais direitos.

OS DIREITOS SOCIAIS EM CASOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA DO MARANHÃO

A cláusula da reserva do possível, como visto, é um dos principais fundamentos que vem sendo utilizado para fins de justificar a omissão do Poder Público no cumprimento do seu mister quanto à efetividade dos direitos sociais, efetividade essa que deve ser garantida e preservada pelo Estado, incluindo o Poder Executivo e o Poder Judiciário, não somente no que concerne à prestação concedida pelos entes, mas na garantia de respeito às demais prestações, equilibrando os recursos disponíveis e a necessidade de cumprimento dos deveres estabelecidos pela Constituição de 1988 (SIQUEIRA; PETRI, 2017) Sabe-se que os direitos sociais não são prestados de forma equânime no Brasil, repercutindo na posição de nono país mais desigual do mundo. Traduzindo essa desigualdade, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e

³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

Estatística - IBGE, uma parcela mínima da população brasileira concentra a maior riqueza do país; as pessoas brancas ganham mais do que pretos ou pardos; mulheres pretas ou pardas estão na linha da extrema pobreza. No nordeste essa discrepância é mais latente, pois apenas 12,1% possuem curso superior e 49,1% das pessoas com mais de 25 anos de idade não têm instrução ou não completaram o ensino fundamental (IBGE, 2019). As oportunidades não são iguais para todos. Ademais:

Os direitos sociais têm a ver com as oportunidades do indivíduo. Como a todos são asseguradas as mesmas liberdades, a todos devem ser dadas, também, as mesmas oportunidades. Contudo, o que se verifica é que, mesmo os indivíduos tendo o direito de exercer essas liberdades, o real exercício de algumas não ocorre ou ocorre com deficiência, em virtude dos mais variados fatores, dos quais se pode citar o status social, a capacidade econômica, o nível cultural. Diante dessa deficiência ou ausência, deve haver um meio de dar oportunidades aos indivíduos para que possam chegar ao exercício das liberdades que lhes são asseguradas. Tal é o papel dos direitos sociais, procurando, pois, reduzir desigualdades socioeconômicas (SIQUEIRA, 2010, p. 48).

Nesse compasso, os direitos sociais surgem com um papel imprescindível à garantia de um dos objetivos da Carta Constitucional, que é a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais⁴. Não há investimento em determinados direitos basilares, que de fato poderiam repercutir no desenvolvimento do país - como na educação, por exemplo. Ainda assim, insiste-se no argumento de que não há recursos suficientes para prover os direitos sociais para todos, sendo este o principal fator justificante daqueles que não concebem o caráter de fundamental aos direitos sociais. Inclusive, essa é a alegação utilizada em sede de contestação pelos entes públicos quando da demanda pela concretização de um dos direitos elencados no art. 6º, da CF/88. Além disso, argumenta-se a suposta violação da separação dos Poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito⁵. Sobre os recursos escassos da Administração Pública na promoção de todos os direitos sociais, entra em cena o argumento da reserva do possível, expressão criada pelo Tribunal Constitucional alemão no sentido de que a sociedade deveria limitar suas exigências quanto a determinadas prestações sociais, ponderando de acordo com o princípio da razoabilidade, tendo por finalidade impedir que os recursos

⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]”

⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

públicos disponíveis sejam utilizados em favor daqueles que deles não necessitem. No Brasil, a ideia ganhou conteúdo e contornos diversos. Sobre a teoria:

A reserva do possível à brasileira, como lembra Fernando Facury Scaff (2004, p. 148), utiliza-se do argumento de que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos”. Não se pode adotar, contudo, esse entendimento, porque “ninguém tem necessidades, porém ideias sobre as necessidades”, isto é, as pessoas têm “prioridades, graus de necessidade” (WALZER, 2003, p. 88). Assim, não se pode confundir prioridade com necessidade, pois as necessidades são, de fato, infinitas, mas nem por isso todas devem ser atendidas, mesmo porque há aquelas supérfluas e aquelas prioritárias. Deste modo, os recursos financeiros devem ser empregados para atender o que é prioritário, podendo, caso haja sobra, atender o que é supérfluo. Esta é, pois, a verdadeira razão de ser da reserva do possível (SIQUEIRA, 2010, p. 50).

É sabido, entretanto, que os recursos existem, mas que são, na maioria das vezes, mal-empregados, refletindo na não prestação dos direitos sociais a uma parcela considerável da população. Assim, nos casos em que há a omissão do Estado na eficácia dos direitos sociais, surge para o cidadão a possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário para conseguir alcançar a tutela, envolvendo como causa de pedir o direito à saúde (intimamente ligado à manutenção da vida), quando o pedido refere-se à internação em leito de Unidade de Tratamento Intensiva (UTI), medicamentos, cirurgia, consultas médicas, leite ou alimentos especiais para crianças com determinados diagnósticos de intolerância, por exemplo.

De outro modo, há casos em que o pedido se refere ao direito à educação, no sentido de contratação de profissionais para a garantia da inclusão escolar de alunos com deficiência, disponibilização de transporte escolar adequado, construção de escolas, reformas estruturais para o atendimento da acessibilidade, dentre outras. Muito embora não se trate de eleger quais são as situações mais relevantes, posto que esta seria uma tarefa árdua e inócua ao mesmo tempo (tendo em vista a relevância de todos os direitos sociais constitucionalmente previstos), o estudo se ateve à análise de três processos. O primeiro deles tem como causa de pedir o acesso à educação por meio do transporte escolar, oriundo da comarca de Porto Franco/MA. O segundo, da Vara da Infância e Juventude da comarca de Imperatriz, ajuizado com a pretensão de garantir o direito à inclusão escolar de aluno com deficiência. O terceiro processo envolve o direito social fundamental à saúde, cuja prestação jurisdicional é no sentido de condenar os entes

públicos, municipal e estadual, ao fornecimento de bolsas de colostomia ao beneficiário da ação, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Imperatriz.

A primeira ação a ser evidenciada tem como objeto o direito social à educação, intitulada como “Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela”, foi ajuizada por estudantes do município de Porto Franco, em litisconsórcio, em face do Estado do Maranhão, dando origem ao número de processo 0800588-58.2020.8.10.0053, protocolada na 1ª Vara da Comarca de Porto Franco/MA, tendo por objeto o transporte escolar. Alegam que, por residirem na zona rural, enfrentam dificuldade no traslado, o que acaba comprometendo o acesso à educação. Em sede de contestação, o Estado diz não possuir provas suficientes juntadas aos autos pelos autores da ofensa ao direito de locomoção, não havendo, portanto, direito subjetivo das partes. O processo encontra-se concluso ao juiz (MARANHÃO, 2020). O segundo processo, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Imperatriz, está em curso sob o número 0800543-27.2019.8.10.0041, ajuizado pelo Ministério Público em face do Estado do Maranhão com a pretensão de garantir um leitor para acompanhar uma aluna com necessidades especiais devido ao diagnóstico de perda total congênita da visão de ambos os olhos. (MARANHÃO, 2019)

Na contestação o Estado argui que, muito embora o Ministério Público esteja incumbido de atuar na defesa dos interesses individuais indisponíveis, no caso em espécie se trata de ofensa ao princípio da separação dos Poderes (nos termos do art. 2º da CF/1988), pois na hipótese, a política pública relativa à proteção de crianças e adolescentes que necessitam de atenção especial no âmbito escolar implica em escolhas da Administração Pública, que é quem detém atribuições para verificar como e quando se dará a realização dos concursos públicos, o provimento de seus cargos e a distribuição de pessoal (não podendo tal escolha ser pautada por critérios outros, já que o provimento de cargos públicos depende da realização de concursos, ocorrendo que muitas vezes os cargos não são providos ou são de alta rotatividade, causando déficits pelos quais não concorre e nem pretende concorrer a Administração) (MARANHÃO, 2019).

Em sede de sentença, o juiz julgou procedente o pedido, condenando o Estado do Maranhão a providenciar um servidor para o atendimento das necessidades da beneficiária da ação e, além de afastar os argumentos do Requerido, especialmente sobre a violação à separação dos Poderes, o juízo evidenciou não se tratar de invasão ou ofensa, posto que se

os poderes possuem autonomia (de modo que um não pode intervir indevidamente na seara de atuação do outro), menos correto que, havendo violação de direitos, independentemente de quem efetivamente o fez, deve o Poder Judiciário, por meio dos legítimos instrumentos de atuação, resguardar ou restabelecer esses direitos, não havendo que se falar no caso de desrespeito a tal princípio. Em grau de recurso a sentença foi mantida, sendo conhecido e não provido o recurso de Apelação do Estado do Maranhão (MARANHÃO, 2019).

Nos casos em que a demanda versa sobre saúde, as teses de defesas variam de acordo com o que é pleiteado. Quando, por exemplo, o pedido é atinente a medicamento da atenção básica ou procedimentos cirúrgicos de baixa e média complexidade, invoca-se a ilegitimidade da parte para fins de transferir a responsabilidade na prestação ao Município. Quando, no entanto, a tutela diz respeito a um procedimento ou medicamento de custo mais elevado, a tese de separação dos Poderes é mais uma vez arguida, bem como a reserva do possível, considerando o sacrifício da coletividade em detrimento de um direito individual e a verificação se o medicamento integra ou não a lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais).

Nesse sentido, evidencia-se a Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer c/c Pedido de Tutela de Urgência sob o nº 0807011-44.2018.8.10.0040, distribuído à 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz, tendo como autor o Ministério Público Estadual em benefício de uma pessoa diagnosticada com colostomia definitiva, necessitando do fornecimento de bolsas de colostomia na quantidade de 20 unidades por mês. A ação foi proposta em face do Município de Imperatriz e do Estado do Maranhão, alegando, em síntese, a saúde como corolário da dignidade da pessoa humana e a legitimidade dos entes para figurarem no polo passivo da demanda (MARANHÃO, 2018). O argumento do Estado na contestação refere-se à ausência de inserção do insumo requerido na lista do RENAME, reforçando o entendimento segundo o qual o acesso ao tratamento universal e integral não constitui o Estado em devedor de toda e qualquer prestação. Em outras palavras, o Estado não estaria obrigado a fornecer todos os medicamentos, insumos, tratamentos ou cirurgias indiscriminadamente (MARANHÃO, 2018) O juiz condenou os entes públicos ao fornecimento dos insumos, tal como foi requerido na inicial. Os autos subiram ao Tribunal de Justiça do Maranhão para reexame necessário, sendo a sentença confirmada, tornando definitiva a prestação jurisdicional no

sentido de concessão das bolsas de colostomia. (MARANHÃO, 2018) Siqueira (2017, p. 197) evidencia essa atuação jurisdicional quando se trata do direito à saúde:

Ao analisar questões atinentes ao direito fundamental à saúde temos, a necessidade de focar sua fundamentalidade, o que por certo leva a um maior cuidado do magistrado quando estiver analisando questões que o envolvam, afinal, não se trata de um direito qualquer. O manuseio inadequado dos instrumentos processuais trará sérios gravames, em função de sua fundamentalidade e por estar intimamente ligado ao direito à vida.

Quando o direito social se refere à segurança pública, por exemplo, a prestação jurisdicional é buscada no sentido de construção de presídios ou lotação de pessoal, considerado insuficiente em algumas cidades próximas (e a tese de defesa do Estado também gira em torno da violação à separação dos Poderes). Entretanto, o argumento de que haveria inconstitucionalidade na atuação do magistrado para a garantia da eficácia dos direitos sociais por ofensa ao princípio constitucional da tripartição dos poderes estaria superado, vez que a intervenção se dá sempre que necessário para fins de efetivar normas constitucionais de competência do Poder Executivo quando este é omissivo nessa prestação (SIQUEIRA, 2017) Esse, inclusive, tem sido um argumento plenamente afastado pelos juízes, seguinte entendimento dos Tribunais Superiores:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DE AGIR DO MPF. ADEQUAÇÃO DOS PRÉDIOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO-UFPE. ACESSIBILIDADE. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 282/STF. 1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal de Pernambuco - UFPE com o escopo de obrigar a recorrente a iniciar as obras de adaptação de todas as suas edificações para permitir a sua utilização por pessoas portadoras de necessidades especiais. 2. Não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa do art. 7º, §2º, da Lei 8.666/1993, pois o referido dispositivo legal não foi analisado pela instância de origem. Dessa forma, não se pode alegar que houve prequestionamento da questão, nem ao menos implicitamente. 3. Conforme destacado pelo Tribunal regional, o MPF vem solicitando à Reitoria da UFPE, há mais de uma década, providências para a conclusão das obras de acessibilidade em suas instalações. Como prova de sua afirmação destacou a existência do Inquérito Civil 1.26.000.0001418/2003-23, que fixou o prazo de trinta meses para o encerramento das adaptações necessárias nos prédios da universidade. Contudo, o lapso temporal transcorreu em que as determinações constantes no inquérito fossem cumpridas. 4. Tendo em vista o quadro fático delineado pela instância a quo, sobeja o interesse do parquet no ajuizamento da demanda. Ainda

mais, por se tratar do direito de pessoas com necessidades especiais de frequentar uma universidade pública. 5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública. 6. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada na Constituição ou pela lei. 7. Ademais, tratando-se de direito essencial, incluso no contexto de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 8. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, não provido (STJ - Resp: 1607472 PE 2016/0155431-8, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 15/09/2016, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 11/10/2016).

Percebe-se que a reserva do possível é um argumento muito utilizado, mas necessariamente deve ser comprovado, por meio de dados concretos, que o ente público não atuou “nesse” ou “naquele” direito por ter empregado determinado verba para outros fins. Além disso, como embasamento da decisão ora analisada, houve também a consagração do mínimo existencial para confirmar que o Poder Judiciário deve agir nos casos em que se trata de direitos que comprometam a vida digna. De fato a reserva do possível deveria ser arguida quando houvesse limitação financeira séria e real do poder público, de modo que haveria certa dispensa do Estado para a concretização do direito fundamental diante do esgotamento dos recursos. Entretanto, a banalização dos argumentos e a simples colocação da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais não é suficiente para justificar a omissão do Estado, pois se assim o fosse os direitos sociais só seriam efetivados quando se estivesse sob os auspícios de um Estado com cofres cheios (SIQUEIRA, 2017)

CONCLUSÃO

Os direitos sociais estão compreendidos como direitos de segunda geração, que demandam do Estado uma prestação positiva, geralmente por meio de políticas públicas que orientam os entes públicos no sentido assegurar determinados direitos, sendo

constituídas por programas, ações e decisões governamentais. Entretanto, ainda é muito comum argumentos no sentido de que os direitos sociais não devem ser considerados como fundamentais, analisando, principalmente, a teoria da reserva do possível, considerando o gasto público que isso causa e a ausência desses recursos para prestar tais direitos de forma efetiva. Mas, por mais adeptos que tenha essa corrente, a teoria moderna dita que, independente da natureza do direito, se fundamental ou social, o Estado deve garantir que seja ele efetivado, resguardando o direito a uma vida minimamente digna. Assim, a fundamentalidade dos direitos sociais ganha adesão com a noção do mínimo existencial, pois na omissão estatal quanto à prestação, por meio de políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades e promover uma vida digna, instado o Poder Judiciário a se manifestar, deve ele atuar no sentido de materializar tais direitos pelo menos no grau básico para a manutenção da vida.

Como se percebe, a saúde, a alteração na estrutura de um prédio para a garantia da acessibilidade e, conseqüentemente, do direito à educação, a contratação de um instrutor para que uma pessoa com deficiência possa ser incluído, a concessão de um medicamento, uma cirurgia, a internação em um leito de UTI, não pode resistir ao argumento de impossibilidade de efetivá-los por não possuir, o Estado, recursos disponíveis. Assim, a reserva do possível não pode servir como argumento que justifique a omissão do Estado em relação ao seu dever de efetivar os direitos sociais, que sabe-se, possuem custos; mas, igualmente, cabe ao Poder Público saber onde e quando empregar os recursos considerando sempre o bem estar coletivo, dentro do que se entende por padrões mínimos (não ignorando, no entanto, que saúde, educação, alimentação, trabalho, lazer, por exemplo, muito embora estejam dentro desse mínimo, não podem ser concebidos como esmola).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp: 1607472 PE 2016/0155431-8, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 15/09/2016, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 11/10/2016

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; **MACHADO,** Guilherme Pavan. Direitos sociais como fundamentais: um difícil diálogo no Brasil. Prisma Jurídico, 16 (2), 428-455, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7962>. Acesso em 05 de jul de 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006.

CORREIA, M. O. G. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 99, p. 305-325, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GUIMARÃES, S. K. Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil. Civitas - Revista de Ciências Sociais, v. 16, n. 2, p. 259-284, 13 set. 2016. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/23112>. Acesso em 02 de maio de 2021.

IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>. Acesso em 10 de maio de 2021.

MARANHÃO (Estado). 1ª Vara da Comarca de Porto Franco/MA. Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela. Processo n. 0800588-58.2020.8.10.0053. Autores: Carlos Eduardo Martins de Sousa e Outros; Réu: Estado do Maranhão. 28 de fev. de 2020.

_____. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz. Ação Civil Pública, Processo n. 0807011-44.2018.8.10.0040. Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão; Réu: Estado do Maranhão e Município de Imperatriz. 11 de jun de 2018.

_____. Vara da Infância e Juventude. Ação Civil Pública, Processo n. 0800543-27.2019.8.10.0041. Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão; Réu: Estado do Maranhão. 05 de agosto de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 20 anos de constitucionalismo democrático - e agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008. Disponível em http://files.camolinaro.webnode.com/200000489-354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais_1988_Ingo_Sarlet.pdf. Acesso em 10 de jul de 2021.

_____ ; **ZOCKUN**, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, vol. 3, n. 2, p. 115-141, mai-ago/2016. Acesso em 05 de maio de 2021.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. Revista da AJURIS, v. 43, n. 141, 2016. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569>. Acesso em 20 de jul de 2021.

SIQUEIRA, D. P. **A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E O DIREITO À SAÚDE: prognósticos de um poder judiciário (in) eficiente.** Revista Paradigma, v. 26, n. 1, 5 set. 2017. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/839>. Acesso em 10 de jan de 2022

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; **PETRI**, Maria Eduarda Pires. **RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS SOCIAIS:** da previsão normativa a concretização. Revista Jurídica, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 188-203, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2045>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 76, n. 3, p. 45-56, jul-set/2010.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL:** embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan-jun/2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>. Acesso em 20 de jul de 2021.