

A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS: Uma Análise sob a Perspectiva da Reserva do Possível e da (i)Legitimidade do Poder Judiciário

THE CRISIS OF SOCIAL RIGHTS: An Analysis from the Perspective of Reservation Possible and the (i)Legitimacy Judicial Power

ANDY PORTELLA BATTEZINI ¹
KARLA CRISTINE REGINATO ²

RESUMO: O presente estudo tem como propósito analisar o papel do Estado no cumprimento e na efetivação dos direitos sociais. Para isso, objetiva-se: investigar o contexto histórico envolvendo a passagem do Estado Liberal até a chegada do Estado Social; evidenciar os problemas enfrentados desde a conquista do Estado Social, tal qual a escassez econômica e a intervenção por parte do Poder Judiciário nas questões envolvendo a prestação de valores constitucionais; e por fim elucidar o Princípio da Reserva do Possível como mecanismo capaz de adequar o controle dos recursos públicos, e, conseqüentemente, garantir a tutela dos direitos sociais. A justificativa deste estudo consubstancia-se na necessidade em reconhecer a (in)efetividade dos Direitos Sociais no contexto pátrio, no sentido de viabilizar a concretização de políticas públicas de apoio, a fim de garantir uma qualidade de vida a todos os cidadãos, principalmente aqueles que encontram-se em situações de disparidade econômica e social, os quais merecem uma atenção especial. Na realização deste ensaio utilizar-se-á o método indutivo e como instrumento procedimental a investigação bibliográfica de textos doutrinários, jurisprudência, meios eletrônicos e coleções particulares.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Orçamento; Reserva do Possível.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the state's role in the fulfillment and realization of Social Rights. For this, the objective is to investigate the historical context surrounding the passage of the Liberal State until the arrival of the Welfare State; highlight the problems faced since the conquest of the Welfare State and as an economic shortage and a part by intervention of the Judiciary in the issues involving the provision of constitutional values; and finally elucidate the possible Reserve Principle how mechanism capable of adjusting the control of public resources, and thus ensure the protection of Social Rights. The reason this study is embodied on the need to recognize the (in) effectiveness of Social Rights without parental context, not sense make possible the public policy support an end to ensure a quality of life to all citizens, especially those lying in economic and social disparity of situations, which deserve a special attention. In Study realization will be used-the inductive method and procedural instrument as the Bibliographical Research doctrinal texts, jurisprudence, Electronic Media and private collections.

Keywords: Social Rights; Budget; Reserve of Possible.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduada em Direito Tributário e Gestão de Pessoas pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: andy_battezini@hotmail.com

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: karlacreginato@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A inserção dos direitos sociais no constitucionalismo pátrio foi significativamente um avanço na consolidação de um Estado Democrático de Direito, principalmente por parte da população que passou a ter seus direitos fundamentais reconhecidos, dentre os quais se destacam o direito à igualdade e o direito às condições favoráveis no âmbito do trabalho. A positivação desses direitos teve como intuito promover a justiça social, visando assim, eliminar com as disparidades econômicas e sociais resultantes do Estado Liberal. Desta forma, a intervenção do Estado foi necessária para suprir a concepção de direitos individuais e introduzir em seu bojo direitos de cunho social, e, assim, viabilizar as mínimas condições de vida aos cidadãos.

Nesse viés constata-se que, por depender das prestações financeiras do Estado, a efetivação de tais direitos encontra-se comprometida diante do *déficit* orçamentário estatal e, ainda, em decorrência dos impasses travados pelo poder judiciário acerca da legitimidade e competência em intervir nas questões relacionadas à positivação prática de políticas sociais quando os demais poderes são omitidos.

Diante de tal cenário, indaga-se: Apesar da falta de recursos, qual o limite do poder judiciário em intervir de modo a garantir uma prestação satisfatória pelo Estado? Para tanto, no que toca a disponibilidade de recursos financeiros cumpre analisar o Princípio da Reserva do Possível como dispositivo necessário a validar os limites e o alcance da intervenção do Estado, bem como reconhecer o papel do judiciário no processo político para concretização das mínimas prestações sociais.

A justificativa deste estudo é necessária, pois o Estado deve reconhecer o longo caminho a ser traçado e encontrar mecanismos práticos que estimulem as políticas públicas de apoio, acompanhado da participação popular, que deve exigir de seus representantes o mínimo de condições essenciais para garantir uma qualidade de vida a todos os cidadãos, principalmente àqueles que se encontram em situações de disparidade econômica e social, os quais merecem uma atenção especial.

Assim, busca-se abordar inicialmente a passagem histórica, desde o Estado Liberal, até então a chegada do Estado Social e o seu papel fundamental na instituição dos direitos sociais no contexto histórico pátrio. Em um segundo momento discutir-se-á a (in)efetividade dos direitos sociais e seus impactos na esfera econômica e funcional. Para finalizar, será demonstrada a importância do Princípio da Reserva do Possível, e os limites na atuação pelo poder judiciário diante dos óbices orçamentários que se perpetraram no Estado brasileiro.

O tema é tão importante e amplo, que será focado apenas alguns pontos cruciais, levando em consideração a problemática das políticas públicas e governamentais. Assim, o presente artigo tem por finalidade refletir como essa problemática poderá ser enfrentada a fim de oferecer a uma resposta satisfatória dos mencionados direitos.

Na realização do estudo utilizar-se-á o método indutivo e como instrumento procedimental a investigação bibliográfica de textos doutrinários, jurisprudência, meios eletrônicos e coleções particulares.

2. DO LIBERALISMO AO ESTADO SOCIAL: A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A concepção do Constitucionalismo Social emerge da crise do Estado Liberal, o qual assegurava a plenitude dos direitos da burguesia em face das classes mais abastadas. Naquela época, a classe burguesa detinha o domínio do poder, principalmente em questões de cunho político e institucional, mediante ao sufrágio exercido restritamente.

Com o desenvolvimento do capitalismo industrial nos séculos XIX e XX, os trabalhadores passaram então a questionar por valores não contemplados originariamente pela Revolução Francesa, como o da igualdade, liberdade e fraternidade, reivindicando assim, a equiparação legal, já que havia resistência por parte do Estado em oferecer determinadas prestações materiais (SILVA; TRINDADE, 1982).

A crise ilusória de um Estado Liberal, que desvencilhou a figura patriarcal na mesocracia, concedia a participação na vida política e social da época apenas aos proprietários de terras. No entanto, os trabalhadores, diante do contexto real e econômico travado naquele período, estavam adstritos a trabalhar para apenas criar meios de se manter, fadados à luta pela sobrevivência, sem qualquer direito à proteção ou garantias de uma melhor qualidade de vida que pudesse vir a ser oferecida pelo Estado Liberal.

Nesse viés, a concessão de direitos como o direito à propriedade privada e a autonomia dos indivíduos estava apenas limitada à própria nobreza, isso significava uma pequena parcela da população. A burguesia, nesse sentido, impôs apenas prerrogativas voltadas para o indivíduo, e não para a coletividade como se esperava, resultando assim, no domínio da classe burguesa atrelado a não intervenção por parte do Estado.

Não obstante, a busca da superação da contradição entre a desigualdade social e da igualdade política, juntamente com a doutrina católica através da encíclica *Rerum Novarum*, formulada pelo Papa Leão XIII, foi determinante para romper com o Estado Liberal e declinar o surgimento dos direitos sociais na concepção de direitos humanos (LEAL, 1997).

Com o ingresso do Estado Social, direitos como o de trabalho, previdência, assistência social, transporte, salubridade, propriedade (STRECK, 2012) foram introduzidos no campo político-jurídico, tendo em vista a necessidade de um Estado centralizador e interventor no combate às desigualdades econômicas e sociais advindas do Estado Liberal. A legislação firmou ímpeto compromisso de revolucionar as questões conquistadas pelos cidadãos com as lutas sociais.

Nesse momento, o Estado Social passou a resgatar e controlar as mais diversas atividades, tanto que limitou a iniciativa privada e implementou diretrizes cruciais no âmbito social. Conforme Bonavides, o Estado “passou a ser mitigador de conflitos sociais e pacificados necessário entre o trabalho e o capital” (BONAVIDES, 2001, p. 101). As classes menos favorecidas passaram a ter seus direitos reconhecidos com a presença do Estado Social, o qual passou a ser também denominado como Estado de Bem-Estar ou Estado Prestador de Serviços.

Destaca-se como o marco inicial a Constituição do México no ano de 1917³ e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919. Essa última, teve papel fundamental, pois veio a influenciar sucessivas Constituições, inclusive a brasileira de 1934, que passou a incorporar os direitos sociais na conjuntura do Diploma Legal.

Nesse sentido, verificou-se a importância conquistada com o advento do Estado Social em que “a partir dessas Constituições, os direitos sociais passaram a figurar como elemento constitutivo do credo democrático, cuja proclamação tornou-se obrigatória nas constituições democráticas contemporâneas” (NASCIMENTO, 2010). Dessa forma, com o advento do Estado Social foi instaurado um novo conceito de Estado, o Estado Democrático de Direito, que na acepção de Barreto reside na incorporação social na ordem democrática (BARRETO, 1997), e ainda: “Trata-se de uma qualidade da sociedade que obriga o intérprete da lei e o legislador, a considerar a norma jurídica como ordenadora de relações sociais entre indivíduos e grupos sociais diferentes, mas que temem comum os mesmos direitos e obrigações” (BARRETO, 1997, p. 267).

No Brasil, com a consolidação da Constituição da República Nova em 1934, o preâmbulo normativo foi reformulado para incorporar o bem-estar social, além de consagrar princípios democráticos de importância fundamental como a alternância do poder, o pluralismo sindical, a livre expressão do

3 Insta destacar, que antes mesmo das Constituições mexicana e alemã, a Constituição francesa de 1848 delineou aquele novo modelo que surgiria anos após. Em seu art. 13, diz o texto que o Estado estabelecerá “trabalhos públicos para empregar os braços desocupados”, visando, de certo modo, a propiciar um meio para erradicar a miséria a improdutividade dos cidadãos. (COMPARATO, 2010, p. 182).

pensamento, e a garantia do voto universal e secreto, extensivos também às mulheres.

Além do mais, tal Constituição foi a pioneira a instituir a ordem social reconhecida de fato como ordem econômica e social (Título IV Da ordem Econômica e Social). Concedendo, dessa forma, competência comum aos três entes federativos, de modo a regular a sua organicidade e funcionamento das instituições políticas na restrição dos direitos individuais, e assim atribuir uma maior eficácia quanto aos interesses do capital social dos trabalhadores (SIMÕES, 2013).

A instituição dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvidas foi, e continua sendo de relevância irrefutável. Tais direitos além se assegurarem o bem-estar, a igualdade, e condições favoráveis aos trabalhadores, demanda por uma ação positiva do Estado como “afiançador da qualidade de vida do indivíduo” (STRECK;MORAIS, 2006, p.142), tendo como intuito a igualdade final e condições dignas de vida a toda população. Nesse sentido Sarlet destaca:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 2007, p. 57).

A partir da análise verifica-se o compromisso por parte do Estado, em garantir meios para intervir no processo econômico, através de uma política de assistencialismo a fim de cumprir a função social quanto da tutela de prestação de serviços públicos e a proteção à população. Nesse sentido, o Estado deve prover as mínimas condições, assumindo tarefas que até então estavam direcionadas apenas a iniciativa privada “assegurando a todo cidadão não como caridade, mas como direito político” (BOBBIO, 1997).

A partir da Constituição de 1988 ocorreu a universalização das políticas sociais, consolidando que todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, em sua coletividade jurídica, podem pleitear os direitos e garantias fundamentais estabelecidos no âmbito Constitucional.

Todavia, é fundamental ressaltar que a eficácia dos direitos sociais depende, senão, exclusivamente das atribuições do poder público, que em tese deveria dispor de mecanismos financeiros para consumir a concepção desses direitos, mas devido às crises, principalmente de cunho financeiro, impossibilitou a plena eficácia, bem como a consumação de um Estado baseado no bem-estar da população, por isso a necessidade em revisar e ponderar alguns fatores que contribuíram para o enfraquecimento dos direitos sociais, característico de um Estado Democrático de Direito.

3. A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS IMPACTOS NA ESFERA ECONÔMICA E FUNCIONAL

A evolução civilizatória conduziu a superação do Estado Liberal, e o Estado Social como já mencionado, foi um dos grandes precursores para a supressão das desigualdades sociais. Nos períodos que antecederam a propositura do Estado Social, a desigualdade, pobreza, corrupção assolavam a agenda política do país. A injustiça social, há séculos está presente no cenário brasileiro, e um novo modelo de Estado não foi capaz de suprir as necessidades da população que sempre lutou por condições mínimas de dignidade e cidadania.

Não obstante, esse modelo atual de Estado se mostrou insuficiente para concorrer com a iniciativa privada na consecução de determinados serviços. O Estado tem proferidos avanços ao tentar enfrentar a desigualdade e oferecer a prestação mínima de serviços essenciais, que mesmo assim não operam de maneira eficaz. Contudo, há duas questões expressivas neste contexto, que em grande parte implicam na ineficácia dos direitos sociais: a crise econômica e a crise funcional. Por essa

razão, questiona-se até quando as prestações dos serviços públicos são eficazes na instrumentalização dos direitos sociais.

Nesse sentido, Krell *apud* Canotilho (2000) e Barroso (2016), já mencionavam que o problema dos direitos sociais não se deve a falta de leis ordinárias, mas sim, a falta de prestação dos serviços fundamentais pelo Poder Público. “A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe, o problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios” (BONAVIDES, 2003, p. 381).

Ademais, em relação a essa crise impetrada em face dos direitos sociais, Bonavides elucida que a preocupação maior dos entes federais após a ditadura militar é apenas legitimar um chefe de governo e não um sistema de poder, pautado em regras e princípios, ou uma ordem jurídica moderna capaz de estabilizar a economia (BONAVIDES, 2003).

Ainda, o mesmo autor denomina o atual texto constitucional como ‘a Constituição do conflito’ e a constituição do Estado liberal como ‘a Constituição do Repouso’, sintetizando suas diferenças em virtude do formalismo e da rígida separação de poderes, qual seja o divórcio entre a sociedade e o Estado (BONAVIDES, 2003).

Recorrendo, outra vez, à lição do jurista:

Contemporaneamente os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria constituição, concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições (BONAVIDES, 2003, p. 380).

No que diz respeito à crise financeira do Estado, faz-se necessário avaliar o vasto rol de direitos sociais conclamados pela Constituição, que em contrapartida desenrolou no esgotamento de recursos financeiros para a materialização dessas demandas. O Estado, teve então seu papel ampliado no sentido de amenizar as desigualdades sociais e reduzir os níveis de pobreza. A questão, então, seria enfrentar essa desestabilidade social, já que como consequência o país tem um déficit público inversamente maior que suas receitas (MATOS; BUFFON, 2007).

A crise dos direitos sociais perdura até os dias de hoje, tendo em vista a necessidade de racionamento profundo nos direitos essenciais, como o da saúde e da educação, além do aumento dos níveis de desemprego em consequência da falta de estímulos do próprio governo com as indústrias e o setor comercial. O governo, ao invés de oferecer subsídios, acaba por taxar e onerar ainda mais as despesas, aumentando de forma vertiginosa a carga tributária, sem projetar qualquer alternativa segura para nivelar a economia. O resultado do acima citado são as pressões e manifestações cada vez mais recorrentes por parte da população e dos sindicatos.

Nesse mesmo sentido, Mendes (2012), entende que na escassez de recursos, a comunidade há de encontrar critérios jurídicos e éticos para a tomada de decisões que impliquem em efetivação de prioridades coletivas. Há sempre uma decisão financeira detrás de cada atuação estatal que demanda recursos. Essa é, por sua vez, precedida de uma atividade de arrecadação, que torna a decisão de controlar os gastos necessários. Nessa vertente, as finanças públicas, e as normas que as regulam, além de sua função instrumental, são um saber ético que leva o cidadão a decidir como aplicar esses recursos pensando no bem da coletividade.

Além da crise financeira, merece respaldo a crise funcional do Estado (MORAES, 2002), está

última pode ser compreendida como “a perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes” (STRECK, 2013, p. 95) ou ainda, aquela em que as funções estatais perdem seu poder tanto internamente, quanto por agentes externos, como bem elucida Bolzan de Moraes (1996).

A crise funcional de acordo com a doutrina pode ser dividida sob dois enfoques: o interno e o externo. Sob o viés externo classifica-se diante das transformações tradicionais atreladas a funções do Estado⁴. Enquanto o viés interno é relativo a ausência de centralidade e especificidade do Estado em razão dos desvios de funções diante da dimensão de locais provido de poderes⁵. Isso significa a perda de comando estatal em decidir ou estar vinculado as prescrições legislativas quanto da sua efetivação e resolução de conflitos, conforme afirma Moraes (2002).

Nessa perspectiva, a crise funcional é decorrente da contramão do Estado Social, já que o papel intervencionista do Estado resta comprometido em face das disputas e omissões provocadas no âmbito dos três poderes, em especial, no poder judiciário a fim de suprir as lacunas e promessas não concretizadas na esfera política do bem-estar social. Dessa forma, a sociedade civil passa a exigir por meio do judiciário o cumprimento de direitos estabelecidos no Texto Constitucional.

Brandão sustenta a fragmentação da estrutura do judiciário da seguinte forma:

A mais grave das crises da juridicidade está, no entanto, na atuação do Poder Judiciário. A crise de identidade é o principal fator determinante dessa situação. Por vezes parece que o Poder Judiciário se entende cada vez mais afastado do Estado. O discurso presente de algumas (muitas) decisões judiciais dá a sensação de que o Poder Judiciário é um corpus totalmente diverso do Estado. Parece, nesse discurso, que o Estado é composto do Executivo e do Legislativo e que o judiciário é um “terceiro imparcial” colocado acima dos outros (VALLE; BRANDÃO, 2015, p. 277-292).

Nesse viés, percebe-se a necessidade em redefinir o papel do Estado. Sarlet (2007) na mesma linha de investigação afirma que o neoliberalismo e a globalização cooperaram para uma minimização do Estado, havendo uma desnacionalização, desestatização, desregulação e uma redução gradativa na intervenção do Estado na economia e, na própria inefetividade desses direitos.

Portanto, esse é um dos maiores desafios a serem enfrentados, embora com a chegada do Estado Democrático, os recursos financeiros advindos desde a proclamação do Estado Social são insuficientes. Assim, considerando que a proteção dos direitos sociais assegurada pelo Estado depende de recursos disponíveis, torna-se evidente que a efetividade dos direitos sociais está em crise.

Ademais, a Constituição prega aquilo que não consegue cumprir. A crise funcional do Estado é resultante do desequilíbrio entre os novos fatos sociais e econômicos, os quais desestabilizam os entes estatais, ocasionando assim um distanciamento entre a realidade social e a realidade proclamada no ordenamento constitucional.

Em virtude dessa ausência em viabilizar a concretização dos direitos sociais, é oportuno analisar que não é tarefa do judiciário a legitimidade em conceder a aplicação financeira destinada no tocante aos recursos sociais, mas sim do poder executivo, portanto deve-se avaliar o embate existente entre o princípio da reserva do possível, e sua relevância econômica, conforme será estudado no tópico seguinte.

4 Vale lembrar que a tradicional forma de funcionamento do Estado é tripartite: executivo, legislativo e judiciário.

5 As tarefas atribuídas são inerentes ao modelo clássico da tripartição (executivo, legislativo e judiciário) de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado. (MORAIS, 2002, p.51).

4. A POLÍTICA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL E OS LIMITES NA ATUAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Conforme verificado, uma das principais dificuldades no âmbito da aplicação dos direitos sociais está relacionado com questões de ordem econômica e funcional. Não há como negar que grande parte, se não todos os direitos sociais demandam de custos para o Estado, independente de sua natureza positiva ou negativa. É de relevância a posição de Nabais ao compreender que todos os direitos fundamentais procedem de custos, sejam eles relacionados a própria existência e sobrevivência do Estado (dever de defesa da pátria), custos relacionados a organicidade democrática, (como o dever de votar), e ainda, no sentido estrito, que pode ser entendido como os custos financeiros que abrangem todos os direitos (NABAIS, 2007).

É justamente em face do poder limitado do Estado em dispor sobre capacidade jurídica e financeira das normas definidoras de direitos sociais que a problemática envolvendo o princípio da reserva do possível é essencial e merece respaldo diante das pretensões sociais e os recursos existentes na esfera estatal.

O princípio da reserva do possível tem sua origem na Alemanha, baseado em uma demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em medicina na Universidade Pública de Hamburgo, sob o pretexto da restrição de vagas ao ensino superior imposta pela Alemanha no período de 1960. O argumento levantado pelos estudantes estava consolidado no disposto pelo artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (SARLET, 2007, p. 267).

Deste modo a decisão por parte da Corte Alemã utilizou como critério a razoabilidade, sobrepondo-se o direito dos cidadãos, nesse caso os estudantes de medicina, frente os limites econômicos do Estado em arcar com a prestação demandada. Dessa forma, a inédita Teoria da Reserva do Possível passou a ser reconhecida e adotada em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

De acordo com o entendimento de Sarlet o fundamento da decisão relativa a Reserva do Possível deve estar em consonância com o que [...] o indivíduo pode exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2007, p. 267).

Nessa perspectiva compreende-se que na sua origem, o Princípio da Reserva do Possível não está apenas condicionado a ordem financeira do Estado, mas sim na sua razoabilidade, entre disposição material e possibilidade de efetivação, ou ainda, na análise de Sarlet mediante uma tríplice dimensão, a qual corresponde:

- a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, etc.
- c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2008).

E ainda, no mesmo sentido, cabe destacar:

[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantias dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observado os critérios da proporcionali-

dade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2008).

Por tais critérios, elenca-se o Princípio da Reserva do Possível como suporte para efetivação de direitos sociais, amparados no Diploma Legal desde que observados critérios indispensáveis como o da capacidade econômica do Estado no âmbito de suas competências funcionais e de maneira proporcional à tutela exigida.

No entanto, conforme entendimento jurisprudencial, não é cabível ao ente Estatal se eximir de suas obrigações constitucionais, alegando o Princípio da Reserva do Possível no intuito de frustrar a perspectiva jurídica do cidadão que se encontra em situação desmedida e que impossibilite as mínimas condições materiais de existência. A decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, evidencia no sentido de que ressalvado justo motivo: “Não se mostrará lícito, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial [...]”, pois se “dessa conduta governamental negativa, pode resultar na nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (BRASIL, 2004).

No entanto um dos maiores problemas deste princípio não está condicionado apenas aos critérios que definem a razoabilidade ou abstenção por parte do Estado em não oferecer o mínimo de condições a população, mas sim no que concerne a competência funcional dos poderes estatais.

Conforme estabelece o Diploma Legal no seu art. 2º “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Esse dispositivo, por mais que denomine a autonomia dos três poderes, não confere a rigidez necessária para o rompimento do sistema de Separação de Poderes concebido por Montesquieu, mas, sim, demonstra a essencialidade consubstanciada na harmonia e na interação entre as funções do Estado, em especial aquelas que visem a proteção do Direitos Sociais perante o Estado.

Deste modo, segundo análise de Krell:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica (KRELL, 2000, p. 46-47).

Ainda, nesse sentido, o mesmo autor enfatiza a necessidade em reaver o princípio que estabelece a Separação dos Poderes principalmente nas circunstâncias que envolvem os gastos públicos e a prestação de serviços básicos, considerando a impossibilidade dos poderes executivo e legislativo em garantir o cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 2000).

O que se busca esclarecer é que não é papel do judiciário ocupar-se em dar efetividade a todas as demandas impostas diante de eventuais omissões por parte do Legislativo e do Executivo, mas sim, zelar pelo cumprimento constitucional, em especial nos casos de flagrante desrespeito aos direitos sociais, propiciando assim um sistema jurídico equilibrado. Nesse sentido, “Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de compelir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias” (SILVA; WEIBLEN, 2007, p. 42).

Ainda, cumpre destacar o entendimento de Lenio Streck o qual elenca a tarefa do legislador constituinte como de “guardião dos valores materiais positivados na constituição” (STRECK, 2002, p. 78), em que ao judiciário incumbe a alternativa de resgatar as promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais, sendo que para realização é imprescindível a inserção do Poder Judiciário, no âmbito das relações dos poderes do Estado (STRECK, 2002).

Consequentemente a leitura dos argumentos que sustentam a atuação razoável do poder judiciário nas políticas públicas fundamentais demonstra-se necessária, no sentido de impulsionar a efetividade dos direitos sociais, símbolo de constantes lutas e que até hoje não se efetivaram em sua integralidade pelo Estado. Diante deste ponto de vista, Simões contribui esclarecendo que “em matéria de gastos públicos não devem ser de competência exclusivamente discricionária da deliberação política; ao contrário; são antes de tudo delimitadas pelos fins constitucionais, tendo como prioridade a efetivação dos direitos” (SIMÕES, 2013, p.264), por isso, não é oportuno ao legislativo recusar a sua autonomia deliberativa, deixando a critério do poder judiciário, mas sim, observar o destino dos recursos disponíveis, respeitando sempre os direitos fundamentais (SIMÕES, 2013).

A doutrina ainda não é unânime à realização dos direitos públicos e seu controle pelo poder judiciário. Os que se posicionam em sentido contrário a exemplo de Ana Paula Barcellos, argumenta ser um “prejuízo ao equilíbrio da democracia, já que a intervenção do Judiciário é matéria tipicamente reservada à deliberação política majoritária” (BARCELLOS, 2008, p. 118). No entanto, de acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p.10), o fundamento normativo consiste no fato de que foi a Constituição que conferiu tal atribuição ao Judiciário, e nesse particular ao Supremo Tribunal Federal, que agiria de forma técnica e imparcial, desprovido de vontade política, apenas concretizando a vontade do povo por meio da aplicação das leis e da Constituição.

Não obstante a (in) efetividade dos direitos sociais, como se percebe desponta de uma crise associada principalmente a fatores econômicos e funcionais. A intenção do poder judiciário não pode ser vista sob a perspectiva de ocupar a posição do legislativo, interferindo nas prioridades orçamentárias, mas sim, em decidir de acordo com as necessidades básicas da população, visando propiciar uma melhoria gradual nas prestações as quais sofreram abstenção pelo poder executivo e legislativo, sobretudo, respeitando os limites orçamentários do Estado previsto no âmbito da Reserva do Possível.

Ademais, à exemplo do setor privado, em que há um estudo estratégico dos recursos, deve-se da mesma forma o setor público elaborar um programa orçamentário. Sem dúvidas, a crise financeira sempre existiu e não está se findando. Entretanto, a ideia de um planejamento entre sociedade e Estado com maior participação por parte da população, talvez seja um dos mecanismos mais adequados para contornar essa adversidade e efetivar a aplicação do Princípio da Reserva do Possível. Por mais que a decisão final do destino dos recursos seja tarefa do legislador, nada impede que o juiz examine o seu cumprimento, impulsionando se necessário os demais poderes a validarem com efetividade a prestação de serviços sociais, de modo que as decisões proferidas na esfera administrativa não se distanciem dos valores almejados pela Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua evolução, o Estado Social, apresentou significativa importância nas conquistas pelos direitos mínimo fundamentais, principalmente no tocante a equidade e justiça social, concedendo aos menos favorecidos condições mínimas para o seu provimento.

No entanto, apesar dessa importante conquista, existe uma grande resistência por parte do Estado em exercitar com plenitude a satisfação de políticas públicas, especialmente as de cunho social como a educação, moradia, trabalho, segurança, assistência, previdência e outras que duramente foram conquistadas com a consolidação do Estado Social Democrático. Contudo, diante da escassez de recursos financeiros, juntamente com a inércia de políticas públicas sociais, e a crise funcional dos poderes acabaram por agravar ainda mais a busca por um Estado igualitário.

Certifica-se que o princípio da Reserva Possível de fato deve ser respeitado dentro dos limites econômicos do Estado, em que pese, segundo o critério da razoabilidade, e ainda, se necessário, mediante a intervenção do Poder Judiciário quando os demais poderes se omitirem na realização das

prestações sociais. Embora existam disputas no campo jurídico sobre tal intromissão, é certo que o maior prejuízo para os cidadãos não é a atuação demasiada pelo judiciário, mas sim, a abstenção de todos os poderes a cumprir a prestação de serviços fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais sociais.

Ou seja, na linha do que foi dito, pode-se afirmar que a intervenção do judiciário não pode ser adotada com total rigidez sob o fundamento da separação dos poderes, pois não é tarefa do judiciário criar novas medidas no que se refere a prestação de serviços básicos, mas sim prezar pela harmonia com os demais poderes, observando sempre a tutela da Reserva do Possível na busca pela efetivação dos direitos sociais.

Assim, mesmo diante dos obstáculos, o grande desafio é contornar essas dificuldades. Existe uma solução em longo prazo, no entanto cabe ao poder público designar um planejamento estatal progressivo, intervindo na administração estatal no sentido de instaurar um programa orçamentário e de intervenção popular, com o intuito de fomentar os meios de participação direta dos cidadãos no monitoramento e nos recursos do Estado, facilitando ainda mais a aplicação de tais direitos no âmbito judiciário. Além de auxiliar a combater a crise econômica do Estado, já que prescinde de uma maior transparência do destino final dos recursos e de sua aplicação, em contrapartida haverá reflexos na atuação do judiciário, considerando que a expectativa é reduzir as demandas sociais, e conseqüentemente a judicialização de políticas públicas.

Sendo assim, considerar-se-á um árduo caminho a ser percorrido pelo Estado para consolidar a instrumentalização dos direitos sociais, tanto o legislativo, quanto executivo e judiciário têm um papel importante, e não devem ficar omissos na garantia dos direitos mínimos, os quais amargamente foram conquistados com o esforço dos cidadãos. Dessa forma, o Estado como interventor dos direitos sociais, deve assegurar a plena eficácia de sua aplicabilidade, pois, a conquista desses direitos é um dos principais, se não o mais importante símbolo do atual regime Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGNES, Cláudia; BUFFON, Marciano; MORIGI, Valmir. A Evolução do papel do Estado na promoção dos Direitos Sociais. *Revista Destaques Acadêmicos*, ano 3, n. 2, 2011 - cchj/univates.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. O discurso da tolerância e a crise da ordem jurídica liberal. Anais do XVIII Colóquio Internacional – IASL/AISI: *Direito oficial, contracultura e semiótica do direito*. São Paulo: USP, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 26 jun. 2015.

- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.
- FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- KRELL, Andreas. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 29 jun. 2016.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Rumo, 1967.
- MATOS, Mateus Bassani de; BUFFON, Marciano. Da crise do Estado Social ao Pós-Neoliberalismo: Uma breve história entre dois séculos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco*. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. – VV Nº 10 – ANO V (jul./dez. 2011) – Curitiba: Dom Bosco, 2007, p.69-84.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- NASCIMENTO, Marilza Ferreira. Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas Vitória da Conquista-BA*, n. 9, p.11-42, 2010.
- REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso: em 27 jun. 2015.
- SARLET, Ingor Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabricio Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, jul. de 2007 – Vol.2, N.2, p. 42-53. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793/4109#.V5AoSaJvCXc>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- SIMÕES, Carlos. *Teoria e Crítica dos Direitos Sociais*. O Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência política & teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

VALLE, Juliano Keller do. *Direitos Fundamentais, economia e estado: reflexão em tempos de crise/ Alexandre Moraes da Rosa; [TC. AL]; organizadores Juliano Keller do Valle, Julio Cesar Marcelino Junior e Sergio Ricardo Fernandes de Aquino. BRANDÃO. Paulo de Tarso. A crise dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais em tempos de crise. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.*

Recebido em: 11/09/2016

Aprovado em: 28/10/2016