Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS EA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL[1]

Geder Tadeu Nunes Petry[2], Eloisa Nair De Andrade Argerich[3], Paula Batista Ferreira[4].

[1] Trabalho de pesquisa realizado em 2016, como parte integrante do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, Unijui
[2] ACADÊMICO DIREITO UNIJUÍ
[3] DOCENTE
[4] ACADÊMICA CURSO DE DIREITO - UNIJUÍ

Introdução

Considerando que a Constituição Federal de 1988 elencou os direitos sociais de segunda geração como direitos fundamentais, estes passaram a ter assegurada sua força normativa, na condição de direitos dotados de exigibilidade.
Portanto, o presente trabalho tem por objetivo analisar os limites impostos pelo princípio de reserva do possível no âmbito da concretização dos direitos sociais no Brasil.
Entretanto, a partir da constatação de que os direitos sociais têm custo, sua concretização pressupõe a existência de recursos e especialmente financeiros. Acerca disso, assume relevância a noção de reserva do possível que diz respeito às possibilidades e limites de se exigir da sociedade e do Estado prestações sociais, com vistas à satisfação de direitos fundamentais.
Assim levando em conta o dever Estatal de realizar na maior medida possível os direitos fundamentais, torna-se imperioso analisar os limites postos, fáticos e jurídicos pela assim chamada reserva do possível. Neste contexto, a presentepesquisa busca analisar as diversas variáveis da reserva do possível, a fim de avaliar o quanto ela assume condições de argumento válido no sistema constitucional brasileiro, em, em caso afirmativo, em que circunstâncias, especialmente tendo em conta as vinculações constitucionais voltadas à promoção e ao financiamento dos direitos sociais.

Observa-se que o trabalho tem o condão de analisar o tema historicamente, ou seja, a origem dos direitos sociais e sua contextualização no sistema brasileiro, em especial na Constituição de 1988, para posteriormente realizar a averiguação da dicotomia existente entre as políticas públicas e sociais e a reserva do possível.
Por último, objetiva-se desenvolver aspectos referentes ao controle judicial das políticas públicas para verificar se o Poder Judiciário não está, ao judicializar os direitos prestacionais, atentando contra a separação dos poderes, uma vez que apenas está dando vigência ao que é constitucionalmente garantido pela Carta Magna, adentrando na argumentação utilizada pelo Poder Judiciário para deferir pedidos na área da saúde e educação, para verificar se a escassez de recursos pode ser utilizada pelo Estado como fundamento para a não efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Metodologia

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

A pesquisa é do tipo exploratório, e utilizando seu delineamento, a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, em revistas acadêmicas, reportagens e em dados oficiais. Como se trata de um tema atual e pontual foram realizadas análises de estudiosos e pesquisadores do tema, colhidas em sites específicos da Internet e em livros especializados. Para o desenvolvimento do tema utilizou-se o método indutivo/dedutivo.

Resultados e Discussão

Tratar sobre os direitos sociais requer que se reconheça que esses direitos fazem parte dos direitos fundamentais e que estão concentrados nos artigos 6º a 11º da Constituição Federal, sem prejuízo de outros espalhados pelo texto constitucional.

Salienta-se que os direitos sociais constituem naqueles direitos os quais se exige prestações positivas por parte do Estado, considerando que este tem o dever de desenvolver políticas públicas e sociais para efetivar uma isonomia social e substancial entre os cidadãos.

Os direitos sociais foram conquistados e contemplados nos Textos Constitucionais, com muitas lutas, inclusive, com muitas perseguições políticas e intolerância dos patrões e dos governos, mas que de forma alguma fez com que os movimentos sociais recuassem em suas reivindicações.

Portanto, infere-se que o surgimento dos direitos fundamentais sociais estão diretamente atrelados às transformações na sociedade, diferentemente das dimensões ou gerações de direitos anteriores, que pareciam concretizar direitos de primeira geração ao homem como tal. Conforme bem elucida Norbert Bobbio (2004, p. 70).

Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente de qualquer consideração histórica, a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade.

As mudanças ocorridas no mundo do trabalho colaboraram para que os movimentos sociais exigissem cada vez mais a participação do Estado na concretização dos direitos sociais.Paulo Bonavides (2005, p. 564) também comenta com clareza a origem dos direitos sociais:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Ao insistir, faz alusão ao princípio da igualdade. Diz ele que " nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula (BONAVIDES, 2005, p. 564).

Além do mais, Bonavides (2005, p. 565) enfatiza as mudanças trazidas por estes novos direitos, ou seja, anteriormente a proteção do Estado estava centrada no indivíduo e, agora, volta-se ao coletivo.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Os direitos sociais restaram positivados por conta das lutas das classes operárias, buscando, inicialmente, a proteção dos trabalhadores.

Entretanto, com o passar dos anos, firmou-se o conceito de que os direitos sociais não têm como objetivo somente a proteção dos trabalhadores explorados, mas de igual modo às minorias excluídas.

Cabe ressaltar que a Carta Magna, promulgada em 05 de Outubro 1988, apresenta os direitos sociais como garantias fundamentais, elencados em seu art. 6° " São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira dentre as demais Constituições brasileiras em elencar os direitos sociais como direitos fundamentais.

Pode se entender como um compromisso do legislador constituinte em construir uma sociedade um tanto mais igualitária, dadas as grandes desigualdades que aflige a sociedade brasileira (KELBERT, 2011, p. 33-34).

Reforçando essa ideia Fabiana Okchstein.Kelbert (2011, p. 34), diz o seguinte:

É de se reconhecer o bom passo dado pelo legislador constituinte ao atribuir o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais, mormente num país que desde sempre foi marcado por gritantes diferenças sociais, além de marcar a mudança dos bens a serem protegidos pelo Estado, resultando da passagem do modelo liberal para o modelo social.

Declarada expressamente como finalidade fundamental os direitos sociais estão dispostos da seguinte forma: a saúde, a previdência social, a assistência social, a alimentação, a educação, o transporte, a cultura, o desporto, a ciência e tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família, a criança e o adolescente, o idoso e os índios.

Portanto, desse modo pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 elegeu um Estado voltado ao cunho social, baseado em princípios de justiça social no intuito de reduzir as desigualdades sociais. Entretanto, apenas para introduzir a reflexão a seguir, pode-se observar que, embora os direitos sociais estejam no rol de direitos fundamentais, estes possuem um custo ao Estado, como quaisquer outros direitos.

Em decorrência disso, será realizada uma análise no plano de fundo fático jurídico e social de como os direitos sociais são implementados levando em conta as dificuldades do erário público na

implementação destes direitos e até mesmo considerar as manobras jurídicas que o próprio Estado cria para frear a positivação dos direitos sociais de forma a contrariar a Constituição Federal vigente.

Em primeiro lugar deve-se mencionar não é difícil perceber que os direitos sociais, estão interconectados diretamente às políticas públicas e, que estas exigem que o Estado disponha de recursos financeiros para a sua implementação e efetivação.

Certamente que a efetivação dos direitos sociais demandam, como já exposto, prestações positivas do Estado e por consequência, grande disponibilidade financeira e, por isso conhecer a origem, da reserva do possível se faz muito importante, uma vez que este tema ver com a falta de disponibilidade financeira para dar cumprimento as prestações exigidas pelo cidadão.

Importa referir que a expressão reserva do possível, foi apropriada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, contudo, com reservas àquele modelo, haja vista que as prestações exigidas o estado brasileiro são compreendidas em face do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade da pretensão face à necessidade da realização do direito. Na interpretação de Ana Carolina Lopes Olsen (2011, p. 222-223, grifo da autora) acerca da exigência de prestações onerosas do Estado:

Viola a reserva do possível a pretensão que satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando, inclusive, o princípio da igualdade material e do Estado Social. Não é que os direitos vigem "sob uma reserva do possível", mas que em determinados casos específicos, sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, [...].

Como se percebe, a Teoria da Reserva do Possível é uma questão importante na ótica do Estado, pois ao mesmo tempo que tem o dever de garantir por meio das políticas públicas e sociais os direitos sociais, de igual modo, fica na dependência da existência de meio e recursos financeiros em caixa para a efetivação das despesas advindas das demandas sociais.

Para Sarlet (2015, p. 358), "a reserva do possível constitui em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstancias como garantia dos direitos fundamentais [...]".

De outra banda, a reserva do possível é entendida como uma teoria, na qual a realização fática dos serviços públicos estatais, está relacionada com a disponibilidade de recursos previstos nos orçamentos públicos (OLSEN, 2011).

De fato, a relevância econômica dos direitos fundamentais sociais quanto às prestações materiais pelo Estado, é inegável, haja vista que a ausência de recursos pode comprometer a realização de políticas públicas capazes de efetivar políticas públicas e sociais, pois segundo Olsen (2011, p. 207) "a reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental quando da demanda, em juízo por sua exigibilidade."

Em vista disso, destaca-se que a reserva do possível atua como limite a ação estatal, tanto no plano jurídico quanto no plano político, podendo-se afirmar que é matéria exclusivamente de defesa do Estado, conforme Gustavo do Amaral (apud Olsen 2011, p. 207),

A falta de implementação dos direitos sociais e das políticas públicas, em especial o direito à saúde e educação, representam parcela majoritária das demandas que chegam até as portas do Poder

Judiciário, uma vez que encontram na reserva do possível um limite à concretização ou efetivação das prestações sociais devidas pelo Estado aos cidadãos.

Nesse contexto, Carlos Alexandre Amorim Leite (2014, p. 18-19) afirma que

[...] a reserva do possível é um limite relativo à concretização das prestações sociais, de acordo com a defesa da maximização dos direitos fundamentais sociais, em prol do bem-estar e da dignidade do ser humano. Isto é, a mencionada restrição é um dado da realidade a ser aferido caso a caso, diante de uma prestação individual ou coletiva por prestação de direito fundamental. [...].

Deve se analisar a relatividade da reserva do possível, enquanto de um lado os direitos sociais considerados fundamentais não podem deixar de ser observados, por outro lado, de igual modo, às limitações do Estado não podem ser uma justificativa intransponível para a realização das prestações materiais, uma vez que [...] "a escassez de recursos pode, em termos absolutos e instantâneos constituir-se em um limite material incontornável". (GLOBEKNER, 2011, p. 132).

Ademais, a superação desse argumento se faz necessário, haja vista que os direitos sociais prestacionais são implementados mediante políticas públicas e sociais, pelo Poder legislativo e executivo, não se permitindo, portanto, prejuízo ao cidadão e a própria sociedade.

É neste aspecto que se observa a existência de dicotomia entre a efetivação dos direitos sociais e a reserva do possível, "ou seja, o custo para a realização dos direitos sociais não deve ser considerado como um empecilho para a implementação de prestação sociais essenciais ao bem-estar do cidadão, [...]." De fato, os custos desses direitos envolvem despesas para o Estado e, para concretização de tais políticas públicas há necessidade de previsão orçamentária e planejamento que maximize a sua implementação.

Neste sentido, Leite (2014, p. 28) sustenta que

No entanto, o financeiramente possível sob o viés fático não é apenas um obstáculo à realização dos direitos sociais mas também representa um limite à concretização dos direitos de liberdade. Isto porque todos os direitos fundamentais demandam dinheiro do Estado, conforme atestam Holmes e Sunstein ao comprovarem que os direitos, para serem efetivos, dependem ao menos de mecanismos e estruturas estatais de monitoramento e controle pagos pelos contribuintes.

Não se desconhece que a questão da alocação de recursos orçamentários das escassas verbas financeiras distribuídas pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a realização das despesas relativas à efetivação dos direitos sociais tem sido um desafio ao Executivo, "pois a realização dos direitos fundamentais só poderá ser efetivada quando o Estado dispuser de verbas, ou seja, quando o orçamento público permitir gastos nesse sentido." (KELBERT, 2011).

Por força deste entendimento é inegável que a reserva do possível está atrelada à dignidade da pessoa humana e a democracia igualitária, as quais caracterizam o mínimo existencial.

Na verdade, a reserva do possível e o mínimo existencial estão interligadas, na medida em que este último é a garantia da existência digna do homem, ou seja a manutenção da dignidade do ser humano que decorre da busca das suas necessidades básicas, que refere-se a um padrão mínimo social para a sobrevivência. Por outro lado, a efetivação deste mínimo existencial encontra na reserva do possível limitações que podem inviabilizar a efetividade dos direitos sociais.

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

Conforme Kellen Cristina de Andrade Avila (2015, s.p) o Estado não pode se eximir de seu dever de prestação alegando que não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes," [...] é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos e não pelo Judiciário, via de regra"
Ademais, a Reserva do Possível não pode ser alegada como justificativa pelo Estado para se omitir no cumprimento das políticas públicas e sociais ou para a "[...] ausência Estatal, um forte argumento do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, de provedor das necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais ali descritos" (AVILA, 2016, s.p).
Verifica-se, assim, que o Judiciário não está, ao judicializar os direitos prestacionais, atentando contra a separação dos poderes, pois apenas está dando vigência ao que é constitucionalmente garantido pela Carta Magna e, desta forma o controle judicial ocorre por conta desta situação.

Conclusão

Ao findar este estudo é possível extrair com satisfação algumas conclusões pontuais acerca do tema discutido. Afigura-se que os Direitos Sociais, pertencem àqueles direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. De igual modo, verifica-se a obrigatoriedade do Estado em implementar Políticas Públicas e Sociais para assegurar esses direitos aos cidadãos.
Conclui que a teoria da reserva do possível, constitui limites à realização dos direitos sociais. É, por vezes, fundamento de defesa do Estado na tentativa de a justificar a escassez de recursos financeiros para a implementação de políticas públicas.
Por fim, percebi que o Poder Judiciário, vem atuando como órgão de controle para a implementação das políticas públicas e sociais, quando o Estado é omisso e, que, a Reserva do Possível não pode servir de fundamento para as alegações do Estado parase omitir no cumprimento das políticas públicas e sociais ou para que sua ausência em áreas prioritárias como a saúde, por exemplo sejam sentidas. A Constituição deferiu competência aos entes políticos para cumprir sua missão de efetivar os direitos sociais

Palavras-chave: Direitos Sociais. Dever do Estado. Defesa do Estado. Efetivação dos direitos. Limites

Referências

ÁVILA. Kellen Cristina de ANDRADE. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-reserva-do-possivel-e-as-politicas-publicas,47214.html. Acesso em 13 jun 2016

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES. Paulo. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao34.htm>. Acesso em: 05 dez. 2015.

KELBERT, FABIANA OKCHSTEIN. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. Direito Fundamental à Saúde - Efetividade, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.Curitiba:Juruá, 2014

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.