

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Guilherme Rodrigues BATALINI¹

RESUMO: Nossa Constituição Federal trás todo um rol de cláusulas que nos garantem as condições mínimas para uma vida digna. Essas cláusulas, previstas em todo o texto constitucional, tem cristalizadas em si o que a doutrina chama de direitos e garantias fundamentais. A Carta Magna incumbiu o Estado de garantir o pleno gozo a todos os cidadãos, indistintamente, de tais direitos, entretanto, recentemente, parte da doutrina tem levantado uma idéia que condiciona o referido múnus estatal à existência de recursos públicos disponíveis para tal e o interesse do Estado.

Palavras-Chave: Reserva do Possível; Direitos e Garantias Fundamentais; Existência de Recursos Públicos; Intervenção do Judiciário no Executivo.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Direito, como matéria dinâmica que é, para que possa atender aos clamores sociais, deve estar em constante mudança, admitindo, porém, um ritmo de mudança que acompanhe a mudança da consciência social, evitando, assim, que tenhamos um sistema jurídico muito avançado para uma sociedade mais arcaica ou um ordenamento ultrapassado para uma população mais desenvolvida.

Os Direitos e Garantias Fundamentais surgem, em um primeiro momento, como uma forma de limitação de poder. Sabe-se que na idade antiga como na idade média existiam governos e senhores absolutos, que mandavam e desmandavam sem qualquer freio ou plano, de acordo apenas com suas vontades, e é com o intuito de frear e reprimir tal administração ilegítima, garantindo aos cidadãos os direitos mais básicos à garantia de sua dignidade que surgem os direitos e garantias fundamentais.

¹ Discente do 5º termo do curso de direito das Faculdades Integradas Antonio de Eufrásio Toledo – Presidente Prudente.

Talvez o primeiro resquício da existência de direitos fundamentais de que se tem notícia seja já na época da idade antiga, por volta do Século X, A.C, na instituição do Reino de Israel, quando o Rei Davi não mais se proclama como Deus em si, mas declara tratar-se apenas de um representante de sua vontade, um delegado das Leis Divinas². Posteriormente, já na Grécia Antiga, os grandes filósofos, como Aristóteles, em seus estudos, passaram a colocar a pessoa humana como o centro das atenções, tentando compreender suas virtudes e valores, buscando desde já alcançar também a tão famosa dignidade da pessoa humana³.

Damos um salto agora para ressaltar um dos fatores determinantes para o surgimento das garantias fundamentais constitucionais como elas são hoje. Na segunda metade da Idade Média começou-se a difundir documentos nos quais eram escritos e reconhecidos direitos a determinadas pessoas ou classes sociais. Dentre estes documentos, o que inquestionavelmente mais mereceu destaque foi a Magna Carta, outorgada por João Sem Terra, então Rei da Inglaterra, no Século XII. Tida por muitos historiadores e juristas como o marco inicial dos direitos e garantias fundamentais, referida carta surgiu como uma promessa do rei aos barões e senhores feudais, que cansados do aumento de impostos para financiamento de campanhas bélicas e das pressões exercidas pela Igreja, revoltaram-se contra o Estado⁴.

Importantíssima contribuição desta época ao direito constitucional moderno também foi a do filósofo São Tomás de Aquino, que defende a escola do Direito Natural, pregando a existência de Direitos que são inerentes à pessoa humana e que por esta razão não podem ser limitados ou cerceados pelo Estado devendo, ao contrário, ser respeitados e garantidos por ele. Sobre essa escola leciona o professor DALMO DE ABREU DALLARI⁵:

2 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 40.

3 MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

4 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 71 e 72.

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São, 1999.

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas.

Depois, na Inglaterra, em 1869, em decorrência ainda da publicação da Carta Magna, e também da posterior Revolução Gloriosa, surge uma nova carta de direitos, conhecida como “*Bill of Rights*”, reconhecendo dentre outros, os direitos à liberdade, segurança e propriedade privada.

Nos Estados Unidos da América, no século XVIII, ocorria também a guerra de independência dos EUA, quando os colonos pregavam ideais de liberdade e igualdade, buscando a independência da até então colônia inglesa. Antes mesmo da independência foi elaborada a Carta de Direitos do Bom Povo da Virgínia, declarando que todos os seres humanos são livres, independentes e possuidores de direitos inerentes como vida, liberdade, propriedade, segurança e felicidade. Em 04 de julho de 1776 foi proclamada a independência dos Estados Unidos da América, quando foi elaborada a Declaração de Independência dos EUA, ressaltando que todos os homens são iguais perante Deus e lhes garantindo direitos naturais que não podem ser cerceados por qualquer poder político, tais como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade⁶.

Mas foi na França, em decorrência da Revolução Francesa, em 26 de agosto de 1789 que surgiu a mais importante carta de direitos fundamentais da história, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que além de garantir todos os direitos já assegurados pelas declarações anteriores, ainda garantia taxativamente que tais direitos eram universais, inexistindo distinção quanto a qualquer cidadão, pregando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Posteriormente, surge em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, garantindo agora seu relevo também na esfera internacional.

6 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 49 e 50.

Concluindo, toda a evolução história dos Direitos e Garantias Fundamentais no decorrer dos séculos sempre teve como intuito impor limites ao poder Estatal, para paralelamente garantir uma maior liberdade individual, possibilitando uma vida digna a todo e qualquer cidadão, de maneira universal e indistinta.

2 DIREITOS SOCIAIS

Dentre os Direitos e Garantias fundamentais elencados em nossa Carta Política encontram-se os Direitos Sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição⁷, que dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

Tal garantia surge em nossa carta maior como uma das facetas do Estado Social de Direito, espelhando-se em modelos constitucionais populistas, tais como a Constituição Mexicana de 1917, a Lei Fundamental de Weimar, na Alemanha de 1919 e até mesmo a Constituição Brasileira de 1934. Todas estas leis fundamentais têm em comum o largo rol de direitos sociais, que buscam atender às necessidades do destinatário final de toda e qualquer lei, o povo.

Nossa Constituição Federal tem caráter programático, ou seja, ela irá prever a forma de regência do país, conferindo diretrizes para a organização política, a quantidade e forma das despesas públicas, tributação e demais normas de conteúdo institucional organizacionista. O já citado artigo 6º é uma norma constitucional programática, deixando desde já garantidos os direitos citados em seu texto, mas apenas a título de diretriz, sendo necessária a ação dos três poderes da república para a garantia de sua efetiva prestação.

⁷ FEDERAL, Constituição. 1988, Senado Federal, Brasília.

Caberá ao legislador, nas três esferas federativas do poder, criar e editar normas que, da melhor forma possível, garantam a prestação dos direitos sociais dispostos no artigo 6º. No mesmo sentido caberá ao executivo administrar oferecendo tais prestações a título de serviços públicos, e ao judiciário zelar pela distribuição e efetiva realização de tais serviços, bem como dos meios necessários para o alcance da população a esses serviços.

Ocorre que para a efetivação dessas garantias constitucionais são necessários infra-estrutura, corpo de funcionários, equipamento, manutenção, e etc. Tudo isso demanda em gasto do dinheiro público, seja a título municipal, estadual ou federal. Muitas vezes surgem litígios neste ponto, principalmente porque o administrador pode ter planos diferentes para a destinação daquela verba. Não obstante, a Carta Magna de nosso país garante a todo e qualquer cidadão tais serviços, ficando o administrador obrigado a de uma forma ou outra prestá-los, e é aí que muitas vezes a única saída ao cidadão desamparado é recorrer ao judiciário, buscando garantir um direito que lhe é constitucionalmente assegurado.

3 RESERVA DO POSSÍVEL

O Executivo, para justificar a ausência ou deficiência de tais prestações, usa como defesa a falta de recursos públicos que possam ser destinados a tais setores da administração. Nessa toada, surge da doutrina alemã uma cláusula conhecida como "*Numerus Clausus*", essa cláusula tem origem jurisprudencial, surgindo de uma decisão da Suprema Corte Alemã. No referido caso, o Tribunal Constitucional Alemão analisou um pedido de estudantes que não haviam sido aceitos nas faculdades de medicina de Hamburgo e Munique, pois tais escolas possuíam número limitado de vagas em função de política estrutural alemã. Na decisão da demanda, o Tribunal deu origem à referida cláusula, entendendo que a prestação estatal pleiteada pelos estudantes deve respeitar a razoabilidade daquilo que o indivíduo pode esperar de seu Estado, fazendo alusão também ao princípio universal da

proporcionalidade⁸. Nesse sentido é o ensinamento do professor INGO WOLFGANG SARLET⁹:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em 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.

Nessa toada, a referida teoria foi ganhando cada vez mais espaço, não só no direito alemão, mas passou a ser utilizada também em outros países da Europa e até mesmo fora dela. A teoria previa que por mais que o Estado tenha o dever de prover os direitos e garantias mínimas para garantir uma vida digna ao ser humano, esse dever se adstringe à suas possibilidades financeiras e ao seu poder econômico, de forma que não se pode esperar que um Estado que passa por uma crise economia proporcione à seu povo condições de vida idênticas às de uma potência financeira.

Com o passar to tempo a teoria da reserva do financeiramente possível, ou simplesmente reserva do possível, começou a ter sua aplicação no Brasil, sendo amplamente recepcionada pela doutrina e jurisprudência. Ocorre que tal dispositivo doutrinário passou a ser desvirtuado pela administração pública, sendo utilizado como um subterfúgio, uma “saída de emergência” para que não fosse provida tutela de direitos fundamentais e sociais à população em geral. Por essa razão, principalmente, nossos tribunais começaram a firmar entendimento no sentido de que para o Estado deixar de prover recursos essencialmente necessários à subsistência do povo não basta a mera alegação de ausência de recursos, mas deve ser pormenorizadamente demonstrada e comprovada a ausência de recursos, através do que se chamou “exaustão orçamentária”.

⁸MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265

O entendimento das cortes brasileiras, de modo geral, passou a ser uniforme, no sentido de que a concessão dos direitos e garantias fundamentais que possuem valoração econômica (ou seja, que dependem de dispêndio de verba pública por parte do Estado) é vinculada às condições econômicas e à possibilidade financeira de concessão desses recursos por parte do ente federativo que se obrigou a concedê-los (município, estado membro ou união). A justiça brasileira colocou, entretanto, um porém nessa questão, proferindo entendimento de que tal desobrigação do poder público de prestação por ausência de disposição financeira só se legitima se for impolutamente demonstrada. Nesse sentido é a obra do já mencionado professor INGO WOLFGANG SARLET¹⁰:

É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência de sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Nesse sentido também merece destaque algumas decisões muito elucidativas e didáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filctiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde, algumas aproximações. http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf

em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...).¹¹

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em

¹¹ STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".¹²

Nessa toada, percebe-se que o que o STF tem feito, na verdade, é um balanceamento do choque que acontece entre a obrigação estatal constitucional do provimento do mínimo existencial a título de direitos fundamentais sociais e a disponibilidade de recursos financeiros para tanto, através da teoria da reserva do possível. Fica claro, através dos julgados acima expostos, o entendimento de nossa suprema corte no sentido de que no conflito entre necessidade de fornecimento e possibilidade de fornecimento, quando se trata de direitos fundamentais sociais, prevalece a necessidade, não podendo o Estado exonerar-se do múnus que lhe foi outorgado pela Carta Política de 1988.

Até mesmo porque não poderia se equiparar mero limite jurídico de direitos criado via jurisprudência (que é a natureza jurídica da cláusula da reserva do possível) a direitos e garantias fundamentais expressos na Lei Maior de um país. Deve se considerar, entretanto, que a teoria da reserva do possível se desdobra em várias vertentes, sendo uma delas a já analisada, de limite jurídico de prestação estatal constitucional e as demais as que passaremos a analisar adiante.

A referida teoria serve também como uma salvaguarda de direitos fundamentais constitucionais na medida que a escusa estatal de prestação tutelar só se legitima se demonstrada a ausência de recursos para tanto e se inexistem recursos para referida prestação, subentende-se que é porque tais recursos estão sendo destinados para a efetivação de outros direitos, talvez mais essenciais ainda, ou até mesmo da prestação do próprio direito pleiteado,

¹² AgR 410715 / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

mas em escala menor, em função da deficiência econômica estatal. O que se observa é que não se pode forçar o Estado a destinar uma verba que não possui para a prestação de qualquer serviço, mesmo que para a efetivação de direitos constitucionais, mormente porque se o Estado comprovadamente não dispõe desses recursos, se obrigado a realizar a prestação, terá de retirar recursos de determinada área (até então servida de recursos) e destiná-los a outra causando assim deficiência em algum outro setor público.

Entende-se então que a teoria da reserva do possível, atuando como adstrição à obrigação de prestação tutelar estatal, na verdade atua também como princípio garantidor das condições mínimas de existência digna do cidadão, enquanto garante que haverá recursos para tanto e, mesmo que mínimos, estarão destinados aos direitos mais essenciais ao ser humano.

Consigno ainda que a teoria da “*Numerus Clausus*” deve ser interpretada também a *contrariu sensu* de sua interpretação mais utilizada, chegando-se ao exaurimento de sua essência, onde fica claro que bem como o Estado pode deixar de prestar tutela ao cidadão na comprovada ausência de recursos, se demonstrada a existência deles - ou mesmo se não demonstrada a ausência - o Estado se obriga a garantir a efetivação de tais direitos. Se for razoável aquilo que pleiteia o litigante e se estiver dentro da possibilidade financeira estatal deve o Estado conceder sem qualquer óbice, sob pena de violação expressa da constituição, uma vez que a regra é a efetiva prestação dos recursos destinados à satisfação de direitos fundamentais e sociais, só podendo ser deixada de lado tal prestação se estiver presente a exceção que, de acordo com a teoria estudada, é a ausência de recursos financeiros para tanto, agora, ausente a exceção, não há motivo algum para que o poder público se recuse a conferir ao cidadão aquilo que lhe é de Direito.

4 ATUAÇÃO JUDICIÁRIA.

A forma legítima de obrigar o Estado, através do executivo, a fornecer a tutela necessária é através de intervenção judicial. Aquele que necessitar de um direito seu, que não está sendo fornecido por omissão do

executivo deve bater às portas do judiciário, que não pode deixar de prestar jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Doutrina e jurisprudência têm discutido então se haveria uma intromissão indevida do judiciário na esfera administrativa que, em tese, não lhe compete.

A corrente que defende ser a atuação do judiciário nesses casos uma intromissão ilegítima argumenta utilizando-se da clássica teoria da tripartição dos poderes, pois cada um dos três poderes da União, independentes e harmônicos entre si, possui sua função ordinária específica e predominante na qual não podem os demais poderes interferir, cabendo ao legislativo criar leis e regulamentos, ao executivo administrar a coisa pública e ao judiciário apenas julgar, aplicando as leis ao caso concreto.

Nessa toada, a administração da verba pública cabe ao poder executivo, sendo só ele legítimo para criar programas assistenciais e verificar oportunidade e conveniência para a distribuição das verbas públicas em quantidade, localidade e frequência. Ao judiciário caberia apenas a imparcialidade no que toca a esse tema, não podendo intervir nessas decisões administrativas e políticas, sob pena de inconstitucionalidade de qualquer decisão que interfira em políticas e programas do executivo, uma vez que feriria a cláusula pétrea disposta no artigo 2º de nossa Lei Maior. Nesse sentido existem decisões do Superior Tribunal de Justiça¹³, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO REGIMENTAL – ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS – ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – LIMITES.

1. Descabe ao Poder Judiciário realizar o controle de mérito de atos discricionários, tomados pelo Poder Executivo em sede de política econômica, que não contrariaram qualquer princípio administrativo. 2. Inadequabilidade da via eleita, por ausência de interesse-adequação. 3. Agravo regimental não provido.

Os pensadores que defendem essa corrente clássica de pensamento admitem a intervenção do judiciário em decisões de caráter exclusivamente administrativo apenas na hipótese de configuração de ato de improbidade, nesses casos o judiciário possui não apenas o poder, mas o dever de prestar jurisdição, analisando se houve ou não violação dos princípios inerentes à administração pública e se comprovado o ato de improbidade, aí

¹³ AgRg no MS 13918 / DF - Ministra ELIANA CALMON (1114)- S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

sim seria possível a reversão e modificação de atos discricionários do poder executivo.

Por outro lado, existe uma linha de pensadores que entendem que essa questão deve ser analisada sob um prisma mais atual. Utilizando-se de pensamentos iluministas, essa corrente entende que não se deve mais ver os poderes da União apenas como órgãos aos quais compete realizar as funções inerentes do Estado de maneira uniforme e linear, mas como órgãos que possuem sim suas funções ordinárias, mas possuem também funções extraordinárias, dentre elas, cada poder tem a função de ser um freio do outro, fiscalizando e cerceando sua atuação para evitar o abuso de autoridade uns dos outros.

Segundo essa corrente de pensamento, não pode um poder se omitir na falha de outro. Não se pode esquecer em momento algum de que a função originária e essencial a todos os poderes é, na verdade, a organização e gerência do Estado para garantir que seu povo viva bem. O Estado surge como uma forma de organização do povo em sociedade. Para que todos pudessem viver em condições dignas e para que fossem criados e respeitados direitos à todos os cidadãos que conviviam em determinadas sociedades, eles decidiram abrir mão de parte de sua liberdade, criando um ente superior que exerceria autoridade igualmente sobre todos, obedecendo a um conjunto de regras criadas também por esse ente, que seria regido por um governante. É dessa forma, resumidamente, que surge o Estado, através do contrato social.

Além disso, esse ente superior é uma forma de representação do povo, segundo a doutrina mais atual, um dos elementos básicos constitutivos do Estado é o povo. Se o Estado é o povo, ele deve ser sustentado pelo povo, por isso, para garantir a manutenção do Estado, o povo (elemento constitutivo desse ente superior) deve sustentá-lo através dos impostos, taxas pagas em certa freqüência e quantidade que garantem a subsistência do Estado.

Ocorre que na medida em que a população de um Estado aceita submeter-se a ele e inclusive paga por isso, o Estado também se obriga a garantir um retorno a essa população, tal retorno deveria ser feito através de direitos e garantias. O Estado cria então uma Carta de direitos, uma Constituição, nela estando transcritas normas que povo e Estado deveriam seguir. Na Constituição o Estado se obriga a prover ao povo o mínimo

necessário para uma existência digna, garantindo segurança, saúde, educação, alimentação, lazer e todos os demais direitos que assegurassem uma vida com dignidade.

Posteriormente, para que houvesse uma melhor gerência do Estado e até mesmo para evitar abuso e exercício ilegítimo de poder, o filósofo Francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Charles de Montesquieu ou Barão de Montesquieu,¹⁴ surge com a teoria da tripartição dos poderes, sobre a qual teceremos um sucinto comentário.

Desde os primórdios da filosofia grega, Platão e Aristóteles já reconheciam a existência de três funções distintas no Estado: a legislativa, a executiva e a judiciária. Acontece que até então, essas três funções eram exercidas por um único órgão, um rei, um soberano absoluto. Sob essa égide, esse soberano, gerente único do Estado e conseqüentemente dos interesses de todo seu povo se legitimava no poder através da teoria da Graça Divina, sendo fixado na mente do povo que o soberano era um Deus, ou se não, um representante direto da divindade, por isso seus atos eram inquestionáveis e impassíveis de erros ou falhas, devendo ser obedecidos estritamente, sob pena inclusive de morte.

Nesse período, trabalhando no pretexto de legitimar a pretensão autoritária do soberano, surge o ilustre filósofo Jean Bodin, defendendo que o Estado, representado na figura do soberano, possui poder absoluto e inquestionável. Baseado nessa teoria unitarista e cabalista, o soberano tinha plena autoridade para a realização de quaisquer atos que lhe fossem interessantes e, por essa razão, acabava cometendo graves violações e abusos a direitos naturais da população, tornando-se não um governante responsável e garantista – como deveria ser – mas um rei mesquinho e egoísta, que se utilizava da massa populacional para satisfazer seus interesses mais comezinhos.

A teoria da tripartição dos poderes, na verdade, não foi idealizada por Montesquieu, mas sim pelo filósofo inglês John Locke, cerca de um século antes. Entretanto, confere-se o mérito ao Barão de Montesquieu por tê-la explanado de maneira mais ampla e elucidativa. Segundo a teoria, as três

¹⁴ http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_de_Montesquieu

funções estatais, até então exercidas por um único soberano, deveriam ser exercidas por três reis, cada um com uma competência distinta, cabendo a um administrar a coisa pública, ao outro criar leis, e ao terceiro aplicar essas leis aos casos concretos, julgando. Aplicando-se essa teoria, um poder deveria também fiscalizar e cercear o outro, para que não houvesse qualquer abuso de poder ou mesmo omissão por parte de um deles¹⁵.

Nossa Constituição Federal prevê em seu artigo 2º a tripartição dos poderes, porém, em um país ainda em desenvolvimento e com políticas de garantia não tão bem efetivadas como o nosso, essa teoria deve ser vista sob um prisma mais garantista do que burocrático e limitador, explico.

Nosso país, infelizmente, ainda tem administradores muito omissivos para leis garantistas como são as nossas. Nossa atual constituição (1988) surgiu após um período de ditadura, no qual se tinha pouquíssimos direitos individuais, talvez por isso, após a queda do regime militar tenha-se elaborado uma constituição tão extensa e cheia de garantias como é a nossa. Ocorre que as leis tornam-se frágeis e de pouca utilidade se os administradores da coisa pública não lhes conferem o poder que merecem, deixando de aplicá-las.

Nosso poder executivo tem uma péssima característica: é omissivo. Enquanto a Constituição Federal garante uma série de regalias e benefícios que são inerentes e naturais ao ser humano, nosso poder executivo se nega a efetivar a prestação desses direitos, sob a alegação de falta de recursos financeiros disponíveis para tanto, alegação que nem sempre é fato verídico e, como já explanado acima, não pode servir de óbice para que se deixe a população brasileira à mercê da própria sorte.

Através da teoria dos freios e contrapesos, corolário da teoria da tripartição dos poderes, cada poder tem o dever de fiscalizar a atuação dos demais, de maneira que se o executivo não está cumprindo com sua obrigação constitucional, cabe aos demais poderes obrigá-lo a cumpri-la e, justamente por isso tem legitimidade o judiciário para intervir nas decisões do poder executivo, obrigando-o a cumprir um múnus que lhe é constitucionalmente imposto. Essas são as razões da corrente de pensamento que entende ser não

¹⁵ COTRIM, Gilberto Vieira. Fundamentos da filosofia: história e grandes temas. 16. ed., ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

só um poder, mas um dever do judiciário a intervenção no executivo para forçá-lo a fornecer à população os meios necessários para que se tenha um mínimo necessário para uma existência digna, de acordo com a já estudada teoria da reserva do possível.

5 CONCLUSÃO

Ao final deste breve estudo sobre a Teoria da Reserva do possível chegamos à conclusão de que uma vez que a Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica Municipal, ou até mesmo Lei Ordinária confere ao povo de um País, Estado ou Município referido direito, não tem o Estado legitimidade para negar tal tutela, isso de acordo com a obrigação que assume o ente com a firmação do contrato social. Ocorre que a obrigação do poder público de fornecer toda e qualquer prestação se limita à sua possibilidade financeira, bem como à disponibilidade de seus recursos. Os tribunais brasileiros chegaram ao entendimento, porém, de que tal indisponibilidade de recursos deve ser demonstrada de maneira clara, para que seja então legítima a negativa estatal de fornecimento de recursos sociais ao povo. Dispondo o Estado desses recursos, não há nada mais constitucional do que a garantia da efetivação desses direitos sociais ao povo.

Muitas vezes, mesmo havendo a disponibilidade de recursos, o administrador da coisa pública tem interesses diferentes para ele, deixando assim de cumprir com sua obrigação constitucional de prestação recursal dos direitos sociais à população indistintamente, por isso legitima-se o poder judiciário para interferir, excepcionalmente, nestes casos, alterando decisão administrativa de mérito e obrigando o poder executivo às prestações necessárias para garantir um mínimo existencial digno para toda a população, zelando assim pela garantia da dignidade da pessoa humana, bem como pela obediência a Constituição Federal, que são funções típicas do poder judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHARLES DE MONTESQUIEU. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_de_Montesquieu> . Acesso em: 23 de Ago.
de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto Vieira. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 16. ed., ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São, 1999.

DIREITOS fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FEDERAL, Constituição. 1988, Senado Federal, Brasília.

FEDERAL, Supremo Tribunal, decisões e jurisprudência. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 de Ago. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. Editora Saraiva, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público,

Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. Disponível em:
<http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em 23 de Ago. 2011.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filctiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde, algumas aproximações.** Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf>. Acesso em 23 de Ago. de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.