

## **A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**MARIA LAURA MACIEL FERNANDEZ<sup>1</sup>; MARCELO NUNES APOLINÁRIO<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Universidade Federal de Pelotas – maria-laura-95@hotmail.com

<sup>2</sup>Universidade Federal de Pelotas – marcelo\_apolinário@hotmail.com

### **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, assegura a máxima proteção aos direitos fundamentais, a qual inclui no título dos direitos e garantias fundamentais um amplo rol de direitos sociais, sendo estes: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, conforme Artigo 6º da Carta Magna.

Porém, há dificuldades na implementação de tais direitos, pois dependem para serem efetivos da disponibilidade de meios suficientes, requisito que nem sempre o Poder Público conta. Portanto, o legislador, na possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988 dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata” em seu parágrafo 1º do Artigo 5º. Porém, nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata e nem a positivação dos direitos sociais no texto constitucional tem a capacidade de realizá-los plenamente, por diversos motivos. Um deles é que a eficácia das normas que prevêm direitos sociais, consideradas pragmáticas, impede sua concretização sem interposição legislativa. Ademais, o caráter essencialmente prestacional dos direitos sociais pressupõe a existência de recursos estatais para a sua efetivação (FILHO, 2012).

No atual contexto brasileiro, a escassez de recursos efetivamente se mostra como obstáculo à realização de todos os direitos sociais a toda a sociedade. É nesse cenário que a reserva do possível assume importância no Direito Brasileiro. O presente princípio se mostra hoje, como um argumento válido no âmbito do direito constitucional brasileiro quando se discute a realização dos direitos sociais (KELBERT, 2011).

A ausência de recursos, para a realização dos direitos sociais, muitas vezes é feita em face do princípio da reserva do possível. Entretanto, ao aderir ao modelo de Estado Democrático e Social, o constituinte brasileiro definiu as formas de financiamento dos direitos sociais, para os quais previu vinculações por meio de percentuais oriundos dos tributos a serem pagos pela população brasileira (KELBERT, 2011).

Ademais, o princípio da vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais exige que toda a atuação estatal seja pautada pela proteção e promoção dos referidos direitos, fazendo com que haja um limite claro à liberdade de atuação do legislador e do administrador público (MAZZA, 2016).

Portanto, a escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado para efetivação dos Direitos Sociais sempre desafiou os operadores do direito. O direito busca respostas para as questões controvertidas a cerca das situações em que os recursos sejam limitados e em uma situação em que o Estado não saiba quem deva atender e em um cenário onde há a falta de meios econômicos para a satisfação de todos (BIGOLIN, 2006).

Assim, a presente pesquisa pretende investigar se o argumento da reserva do possível dialoga com o modelo de Estado adotado no Brasil, bem como

procura descobrir se ela pode valer como fundamento para a não concretização de direitos sociais, tendo em vista que todos os direitos fundamentais assumem também a condição de princípios, ou seja, não configuram direitos absolutos.

## 2. METODOLOGIA

A pesquisa, de caráter qualitativo, é realizada sobre a base bibliográfica-documental. Quanto à pesquisa bibliográfica, ela oferece o suporte necessário para a compreensão de conceitos e teorias sobre os direitos fundamentais. Já, a pesquisa documental, foca-se no estudo da legislação referente ao tema proposto. Esta sendo realizada também pesquisas doutrinárias e jurisprudencial sobre o tema no Supremo Tribunal Federal.

## 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A origem do termo reserva do possível surgiu na Alemanha e foi desenvolvida para solucionar a restrição do número de vagas em Universidades. O caso foi julgado no dia 18 de julho de 1972, onde foi analisado o artigo 12, parágrafo 1º da Constituição Alemã que previa que todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação. Esses direitos foram, na decisão do caso, analisados diante dos princípios da igualdade e do Estado Social. Discutiu-se os vários critérios de admissão ao ensino superior, assim como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação (KELBERT, 2011).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que o cidadão pode exigir da sociedade de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível. Assim, as prestações exigidas do Estado são compreendidas em face da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão face à necessidade de realização do direito. A decisão foi importante, tendo em vista que surgem problemas acerca da questão se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o Estado prestacional deverá existir na medida dos direitos fundamentais. Diante do caso ocorrido na Alemanha, mostra-se que a pressão normativa para efetivar direitos fundamentais subsistiria, mas não se pode exigir do Estado o impossível. Assim,

Como se vê, a partir daí consignou-se que a prestação de direitos sociais fica na dependência da existência de meios e recursos, mormente os financeiros, o que se manifesta por meio dos orçamentos públicos, bem como da possibilidade de dispor desses meios e recursos, aspectos que compõem as dimensões da reserva do possível, conforme se verá. Naquela decisão restou assentado, ademais, que mesmo que o Estado disponha de recursos, a obrigação de prestar deve se manter nos limites do razoável. Nesse sentido, Sarlet aponta que não seria razoável exigir do Estado que preste assistência social a quem dispõe dos meios necessários e suficientes a sua subsistência (KELBERT, 2011, p. 71).

Na Alemanha, a reserva do possível deriva de prescrição expressa do artigo 109, parágrafo 2º da Lei Fundamental, onde a Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto. No Brasil, porém não existe a mencionada prescrição na Constituição de 1988, que apenas ordena que alguns percentuais

de arrecadação de tributos sejam destinados a certas atividades (saúde e educação, por exemplo). Diante disso, na Alemanha, a reserva do possível tem ligação com a sua Lei Fundamental que ordena que o orçamento deve ter todos os encargos do Estado. Já, a Constituição de 1988 não possui norma similar o que torna duvidoso compreender a reserva do possível, no caso do direito constitucional brasileiro, nos mesmos termos em que foi desenvolvida na doutrina e jurisprudência alemãs. Porém,

Tornou-se comum a utilização, pela Fazenda Pública, da chamada tese da “reserva do possível” como excludente da responsabilidade estatal na implementação de direitos sociais e políticas públicas. Surgida no Direito Alemão, a referida tese justifica a omissão estatal usando pretextos como “a contenção de gastos” ou a “limitação orçamentária” (MAZZA, 2016, p. 398).

Assim, não se discute que todos os direitos fundamentais são dependentes de fatores econômicos da disponibilização de verbas e que com a escassez de recursos, um limite à efetivação dos direitos fundamentais surge. Com a escassez, a sociedade busca a tutela dos direitos sociais pelo Poder Judiciário (BIGOLIN, 2016).

A reserva do possível, no Brasil, aparece quando a sociedade busca a tutela jurisdicional para a efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente. Por meio de uma ação judicial, a sociedade pode pedir ao Poder Judiciário que obrigue o Poder Público a prestar saúde, educação, moradia, etc.

A princípio, a efetivação dos direitos sociais deve ocorrer por meio de políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Público em prol da sociedade. Porém, estas políticas demandam gastos de recursos públicos. Com a exigibilidade judicial dos direitos sociais, ou seja, com uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto, há a obrigação do Estado em realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a toda população todos os direitos sociais garantidos na Constituição, acaba que muitas vezes a Administração pública não tem ou não há meios de dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que a Administração compreendeu ser mais importante (WANG, 2006).

No Brasil, a noção de reserva do possível se propagou, mas a expressão perdeu o seu sentido inicial, pois a doutrina e a jurisprudência não se referem à razoabilidade da pretensão, mas sim à disponibilidade ou não de recursos, fazendo com a reserva do possível se torne a reserva do financeiramente possível. Esta deve abranger nos termos de sua formulação originária a constatação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado, não sendo um debate apenas envolvendo restrições financeiras, sendo muito mais amplo que isso, devendo ser examinada a razoabilidade da pretensão e não apenas a existência de destinação orçamentária e de recursos em caixa (FALSARELLA, 2012).

#### 4. CONCLUSÕES

Os direitos sociais estão constitucionalmente positivados na Constituição Federal de 1988 e estes asseguram a exigência de prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Porém, com a ausência de recursos materiais, há uma barreira fática para sua efetividade.

A reserva do possível foi formulada inicialmente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e surge como um limite à efetivação dos direitos fundamentais. Já, no Brasil, a reserva do possível tem sido associada à existência ou não de recursos financeiros para tornar efetivos os direitos sociais. A doutrina e também a jurisprudência têm ressaltado o seu aspecto econômico, quando também deveria ser considerada a razoabilidade ou não da pretensão.

A Constituição Alemã possui uma regra expressa sobre o princípio da reserva do possível, ou seja, o quadro das despesas orçamentárias na Lei Orçamentária Anual devem refletir proporcionalmente todas as tarefas que o direito vigente exige do Estado Alemão. Logo, há um limite do possível para cada rubrica orçamentária e dessa lógica que surge o princípio da reserva do possível, pois a LOA alemã não pode destinar mais do que uma dada dotação proporcional para a saúde, educação, etc. Com isso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que o vestibular para ingresso nas universidades era lícito, uma vez que as verbas para a educação são necessariamente limitadas pela reserva do possível.

No Brasil, existem apenas regras que determinam um orçamento impositivo para certas despesas, como percentuais mínimos em saúde e educação, mas nos demais casos, cabe o Executivo, via proposta orçamentária, e ao Legislativo, via aprovação da LOA, definir quanto e como vai gastar os recursos públicos, não cabendo no país se falar em dever de repartição proporcional das despesas.

O Poder Judiciário surge como órgão legitimado a realizar as ponderações acerca de quais direitos fundamentais e sociais deverão ser satisfeitos pelos poderes públicos diante da escassez de recursos para atender a toda população. Entretanto, o constituinte proporcionou discricionariedade para a atuação da Administração Pública, que deve ser respeitada pelo Judiciário.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, p. 23-39, 2004.

FALSARELLA, C. **Reserva do Possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. ADESP, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_christiane\\_mina\\_out2012.pdf](https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf)

FILHO, M.G.F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELBERT, F.O. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WANG, D.W.L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 539-568, 2001.