

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA RELAÇÃO COM A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS¹

Renata Maciel².

¹ Pesquisa desenvolvida no curso de Mestrado de Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e apresentado no Salão do Conhecimento UNIJUI 2014

² Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUI, Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Bolsista FAPERGS. Especialista em Dir. Administrativo e em Dir. Previdenciário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela UNIJUI. E-mail: advogada.rmaciel@gmail.com

Introdução:

O presente estudo consiste em uma análise crítica da reserva do possível, é apresentada a origem histórica e conceituação, a fim de que se chegue a uma conclusão sobre a relação tal princípio com os direitos sociais, bem como da possibilidade de superação da reserva do possível para que seja possível a realização de tais direitos.

Analisa-se a teoria dos custos dos direitos e a relação que esta possui com a reserva do possível, bem como os limites jurídicos e a dimensão negativa de tal relação para a concretização dos direitos sociais.

Por fim, se destaca a recepção dada pelo Poder Judiciário brasileiro ao princípio da reserva do possível, bem como os casos de maior incidência de aplicação junto aos nossos tribunais.

Metodologia:

A pesquisa foi desenvolvida através do método procedimental bibliográfico, histórico, por meio de documentação indireta, elaborada a partir da leitura de obras existentes sobre a temática. A investigação pretendeu apresentar um breve estudo sobre o princípio da reserva do possível, bem como sua relação com a efetivação dos direitos sociais e sobre o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro frente à aplicação de tal princípio.

Resultados e discussão:

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XIX Jornada de Pesquisa

A reserva do possível teve origem na Alemanha e sua aplicação ocorreu pela primeira vez na década de 70, do século passado, mais precisamente no caso BVerfGE 33, 303, de 1973, no qual se procurava solucionar a restrição quanto ao número de vagas em algumas Universidades alemãs. Neste caso, a Corte Constitucional Alemã afirmou que “na medida em que os direitos de tomar parte são limitados e não existentes a priori, encontram-se sob e reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade” (SGARBOSSA, 2010, p. 36), e decidiu que como foi verificado ao longo do processo que o Estado Alemão estava fazendo todo o possível para tornar o acesso ao nível superior mais facilitado, fugia do razoável que fosse exigido ainda mais daquele Estado, sob a possível consequência que outros direitos sociais fossem negligenciados.

Nesse sentido, pode-se perceber que, de acordo com o princípio da reserva do possível, é preciso que exista racionalidade por parte dos indivíduos em relação às suas expectativas na concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Destaca-se que antes mesmo de o Tribunal Constitucional da Alemanha proferir a decisão sobre a reserva do possível, o autor Häberle já havia traçado os primeiros contornos sobre o tema. Para o autor, uma questão importante era justamente saber se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o Estado prestacional deveria existir para efetivar direitos fundamentais. (KELBERT, 2011, p. 70)

O conceito de reserva do possível não é fácil de ser delimitado, mas Sgarbossa (2010, p. 215) destaca que “a reserva do possível é expressamente concebida como o limite imposto pela razoabilidade, como aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade”. Outros autores, a exemplo de Barreto, destacam a reserva do possível como custos dos direitos.

Assim, de acordo com interpretações a reserva do possível começou a ser compreendida de várias maneiras. Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 216-217) entende que ora tal princípio é compreendido como limitação fática aos direitos fundamentais, especificando, como a limitação que se baseia em escassez real ou econômica imposta ao exercício dos direitos sociais. Destaca, ainda, uma limitação jurídica, ou seja, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez ficta, ou legal. Além disso, pode ser entendida como uma limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão, e, por fim, como todos esses aspectos em conjunto ou alguns deles combinados entre si.

Os direitos fundamentais são os direitos sociais em sentido amplo, ou seja, decorrem do desenvolvimento do Estado Social de Direito. A Constituição Federal de 1988 inclui os direitos sociais dentre os direitos fundamentais. Esses direitos são, geralmente, caracterizados como prestações positivas do Estado, todos os entes estatais devem atender e promover tais direitos.

A promoção dos direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos sociais, encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (Kelbert, 2011), daí a importância do Estado promover tais direitos, pois, inerentes à própria essência das pessoas.

A arrecadação tributária é o meio pelo qual o Estado dispõe para promover e financiar os direitos fundamentais. Ocorre que, muito embora exista verba prevista para a efetivação dos projetos sociais, os valores, por vezes, não são suficientes para a promoção de todos os direitos constitucionalmente previstos, considerando a quantidade de direitos fundamentais elencados na CF/88. Outra situação é que as verbas acabam não sendo aplicadas às finalidades previstas.

A concretização dos direitos fundamentais depende de fatores econômicos bem como da existência de verbas disponíveis, nesse sentido, “a escassez de recursos pode figurar como limite à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional” (KELBERT, 2011, p. 76).

Com a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro assume o compromisso de concretizar tais direitos. Assim, as vinculações orçamentárias previstas na Constituição Federal não podem ser violadas, devem ser respeitadas e cumpridas fielmente. O Estado deve planejar-se com o objetivo de realizar esses direitos.

Isto porque todos os direitos têm custos, tanto os de prestação positiva, em geral os direitos sociais; e até mesmo os de prestação negativa, a exemplo de os valores despendidos para a manutenção de instituições permanentes providas pelo Estado.

A simples constatação de que todos os direitos possuem custos não é por si só uma questão problemática. De acordo com Kerbelt (2011), “os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais”. Assim, para que seja possível a efetivação dos direitos fundamentais é preciso que escolhas sejam feitas. A mesma autora aprofunda a discussão ao referir que “A necessária eleição de valores e bens a serem protegidos, as já referidas escolhas, engloba, ainda, outro aspecto, que diz respeito à relativização dos direitos protegidos”

Sempre será necessário que exista um critério de escolha a ser adotado para que se delimite quais os direitos que serão primordialmente atendidos e efetivados, este critério é decorrente da finitude dos recursos. No entanto, é importante considerar que a aplicação de recursos em determinado setor sempre causará conseqüências negativas em outro setor que deixará de ser atendido. Nesse sentido, o Estado deve promover políticas que prevejam a exata aplicação de recursos para a efetivação de todos os tipos de direitos, sejam os decorrentes de prestações positivas ou negativas.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XIX Jornada de Pesquisa

É inviável pensar em concretização de direitos sociais sem pensar no custo desses direitos, isto porque diretamente “os custos dos direitos podem figurar como uma limitação à plena realização dos direitos sociais” (KERBET, 2011, p. 68)

No Brasil, não existe previsão legal constitucional sobre a reserva do possível. A Constituição Federal vigente apenas estabelece que o valor proveniente da arrecadação dos tributos deve ser destinado a determinadas atividades, como, por exemplo, saúde, educação.

A reserva do possível foi recepcionada pelo STF em diversas decisões. Na maioria dos julgamentos a recepção consistiu apenas no reconhecimento de eventual cabimento da alegação do princípio, em tese, sendo que, no caso concreto sub judice, foi negado o acolhimento à mesma. (SGARBOSSA, 2010, p. 156)

Sendo amplamente conhecida, debatida e utilizada nos tribunais brasileiro, é necessário que se faça uma análise breve sobre como a reserva do possível vem sendo empregado pelas partes e recepcionada pelos órgãos jurisdicionais.

Sgarbossa (2010) desta que o princípio de aplica essencialmente nas ações em que se discute o acesso aos direitos sociais, ou seja, em casos que comumente tratam de acesso à educação, à saúde, entre outras políticas públicas de cunho social e, continua, ao referir que apenas em casos excepcionais a reserva do possível aparece em casos que discutem outras temáticas, destaca entre essas, processos em que se discute o cabimento ou não de indenização por danos morais em face às condições dos estabelecimentos prisionais.

Nos casos em que a vida do requerente encontra-se em risco direto em decorrência de não cumprimento de prestação por parte do Estado, ações que demandem direitos à saúde ou educação, o STF tem aplicado a reserva do possível apenas a título argumentativo ao referir que a prestação é restrita à condição financeira do Estado, no entanto, não deixa de conceder a prestação, especificando que o direito não pode ser negado, ou seja, que a reserva do possível não é cabível como argumento para a não realização do direito. Já nos casos excepcionais em que se discute a dignidade do preso, o STF utiliza a reserva do possível como argumento contrário à prestação estatal, mesmo quando o Estado não comprova a indisponibilidade de recursos para a realização de melhorias nos estabelecimentos prisionais. (KELBERT, 2011, p. 117-118)

Assim, é possível assegurar que a discussão sobre a reserva do possível não foi ainda devidamente tratada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, na maioria das manifestações, refere que tal princípio se limita à escassez de recursos financeiros do Estado.

Conclusões:

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XIX Jornada de Pesquisa

Pelo exposto, pode-se concluir que o Estado deve garantir os direitos fundamentais e sociais constitucionalmente previstos e que, muito embora todos os direitos possuam custos, o Estado possui a previsão de arrecadação tributária que se destina, entre outras aplicações, à concretização de tais direitos. Ainda, é possível destacar que a simples argumentação de inexistência de recursos para aplicação na efetivação dos direitos sociais não basta como fator que desobrigue o Estado dessas prestações.

Desse modo, apesar de o STF já ter reconhecido e, por vezes, aplicado a reserva do possível no âmbito brasileiro, ainda há muito que se buscar. É preciso que o Poder Judiciário seja incisivo para que os direitos sociais, amparados pela legislação, especialmente constitucional, sejam efetivamente cumpridos.

Palavras-chave:

Reserva do possível; custos dos direitos; direitos sociais.

Referências bibliográficas:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SGARBOSSA, Luis Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume I, Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.