

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**FABIANA OKCHSTEIN KELBERT**

**RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO  
DIREITO BRASILEIRO**

**PORTO ALEGRE  
2009**

FABIANA OKCHSTEIN KELBERT

**RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO  
DIREITO BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA COMO  
REQUISITO FINAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE  
MESTRE EM DIREITO, NO PROGRAMA DE PÓS-  
GRADUAÇÃO EM DIREITO, REALIZADO NA  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO  
GRANDE DO SUL - PUCRS.

Orientador: Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre  
2009

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

K29a Kelbert, Fabiana Okchstein  
A assim chamada “reserva do possível” e efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro / Fabiana Okchstein Kelbert. – Porto Alegre, 2009.  
138 f.  
  
Diss. (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS.  
Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.  
  
1. Direito Fundamentais. 2. Direitos Sociais – Brasil.  
3. Reserva do Possível. 4. Constituição – Brasil, 1988.  
I. Sarlet, Ingo Wolfgang. II. Título.  
  
CDD 341.27

**Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779**

## RESUMO

O presente trabalho, que se insere na linha de pesquisa Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, tem por objetivo analisar os limites impostos pela noção de reserva do possível no âmbito da concretização dos direitos sociais no Brasil. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais, estes passaram a ter assegurada sua força normativa, na condição de direitos dotados de exigibilidade. No entanto, a partir da constatação de que os direitos sociais têm um custo (como, de resto, os direitos fundamentais de um modo geral), sua concretização pressupõe a existência de recursos e meios, especialmente – embora não exclusivamente – financeiros. Quanto a este aspecto, assume relevo a noção de reserva do possível, originalmente reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e que diz respeito às possibilidades e limites de se exigir da sociedade e do Estado prestações sociais, com vistas à satisfação de direitos fundamentais. Considerando o dever do Estado de realizar na maior medida possível os direitos fundamentais, incontornável o exame dos limites postos – fáticos e jurídicos – pela assim chamada reserva do possível, de acordo, aliás, com ampla produção doutrinária e jurisprudencial. Neste contexto, o presente trabalho analisa as diversas dimensões da reserva do possível, com o intuito de avaliar o quanto ela assume condições de argumento válido no sistema constitucional brasileiro, e, em caso afirmativo, em que circunstâncias, especialmente tendo em conta as vinculações constitucionais voltadas à promoção e financiamento dos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais - custos dos direitos - reserva do possível

## RESÜMEE

Der vorliegende Aufsatz, der sich in die Forschungslinie Wirksamkeit und Effektivität der Verfassung und der Grundrechte im öffentlichen und privaten Recht, verbindet mit dem Magister- und Doktorprogramm der Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS einfügt, zielt auf die Analyse der Grenzen des Begriffes des Vorbehalt des Möglichen im Bereich der Konkretisierung von sozialen Grundrechten in Brasilien. Da die brasilianische Verfassung von 1988 die sozialen Grundrechte als Grundrechte verankerte, haben sie ihre normative Macht als anspruchsfähige Rechte erreicht. Jedoch, ab der Wahrnehmung, dass die sozialen Grundrechte Kosten haben (wie im Übrigen alle Grundrechte), ihre Konkretisierung setzt voraus, dass Ressourcen und Mittel vorhanden sind, insbesondere - aber nicht nur - finanzielle. In diesem Zusammenhang stellt sich der Begriff des Vorbehalt des Möglichen hervor. Dieser Begriff wurde ursprünglich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt und bezieht sich auf die Möglichkeiten und Grenzen der von der Gesellschaft und des Staates auf die Befriedigung von Grundrechten gerichtete soziale Leistungen. Unter der Berücksichtigung, dass der Staat verpflichtet ist Grundrechte so gut wie möglich zu verwirklichen, kann man die Untersuchung der faktischen und rechtlichen Grenzen des Vorbehalt des Möglichen nicht umgehen, was mit der herrschenden Meinung in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung einstimmt. Im diesem Sinne analysiert dieser Aufsatz die verschiedenen Dimensionen des Vorbehalt des Möglichen, gezielt auf die mögliche Geltung dieses Begriffs als geltendes Argument im brasilianischen Verfassungssystem und unter welchen Bedingungen, insbesondere im Sinne der auf soziale Grundrechte gerichtete verfassungsrechtlichen finanzielle Verbindungen.

Schlüsselwörter: Soziale Grundrechte – Grundrechtskosten - Vorbehalt des Möglichen

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONCEITO</b> .....	13
1.1 Desenvolvimento Histórico.....	13
1.2 Os direitos sociais na história constitucional do Brasil .....	21
1.3 Conceito .....	24
1.4 A Proteção dos direitos sociais na Constituição de 1988.....	26
1.5 Direitos Sociais e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais .....	36
1.6 A dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos sociais: algumas aproximações.....	42
<b>2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEUS CUSTOS E AS DIMENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE E POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO NO ÂMBITO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	61
2.1 Os direitos e seus custos .....	61
2.2 A reserva do possível: origem do termo .....	65
2.2.1 A recepção da noção de reserva do possível no Direito Brasileiro .....	68
2.3 Dimensões da reserva do possível .....	74
2.3.1 Dimensão fática: objeção da falta de recursos.....	75
2.3.2 Dimensão jurídica: objeção da indisponibilidade de recursos .....	81
2.3.3 Dimensão negativa: proteção contra o esvaziamento de outras prestações.....	86
2.4 Possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do possível .....	88
2.4.1 Proporcionalidade e reserva do possível .....	88
2.4.2 Vedação de retrocesso e reserva do possível .....	93
2.4.3 Ponderação de valores e mínimo existencial frente à reserva do possível.....	98
2.5 Aplicação da noção de reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal.....	105
2.6 Estudo de caso. Previsões constitucionais de financiamento dos direitos sociais. Vinculação e desvinculação de receitas: caso específico da Desvinculação de Receitas da União .....	119
<b>CONCLUSÃO</b> .....	129
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	133

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema do presente trabalho se deu em razão de uma grande preocupação com o tratamento doutrinário e jurisprudencial dispensado às questões pertinentes à realização dos direitos sociais no Brasil. Nesse ponto, destacou-se uma inquietação quanto à reserva do possível, a qual tem servido de argumento para justificar o descumprimento das normas que prevêm direitos sociais constitucionalmente assegurados, de modo que sua aplicação sem um estudo mais aprofundado lançava ares de argumento retórico e carente de justificação no sistema constitucional vigente.

Originária da jurisprudência alemã, a “reserva do possível”<sup>1</sup> foi considerada um limite à realização do direito à escolha do local de ensino naquele país, por meio da paradigmática decisão nº 33 do Tribunal Constitucional Federal, onde ficou consignado que algumas prestações estatais ficam sujeitas a uma reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), de modo que o indivíduo só pode esperar da sociedade prestações que se afigurem razoáveis. Essa conclusão mostrou-se afinada com os ditames do modelo de Estado Democrático e Social de Direito, ao qual a Alemanha aderiu. Naquele país, como decorrência do pós-guerra, os direitos fundamentais assumiram posição de destaque na Lei Fundamental, onde passaram a figurar no primeiro título, encabeçado pela proteção da dignidade da pessoa humana, considerada intangível. Nesse contexto, embora apenas tipicamente previstos, os direitos sociais despontaram como garantia da dignidade humana e como condição para o exercício da liberdade real dos indivíduos. Isso significa que o princípio do Estado Social procura assegurar a todos os indivíduos a universalidade de direitos, os quais devem ser satisfeitos na máxima medida possível, considerando a totalidade da sociedade.

A Constituição Federal de 1988, influenciada pela Lei Fundamental e pela Constituição Portuguesa de 1976, também aderiu a um modelo que assegura a máxima proteção aos direitos fundamentais, e foi mais longe: incluiu no título dos direitos e garantias fundamentais um amplo rol de direitos sociais.

---

<sup>1</sup> Tendo em vista que a expressão “reserva do possível” encontra-se atualmente amplamente divulgada e aceita na doutrina e jurisprudência brasileiras, a mesma será doravante referida sem o uso de aspas.

Essa inclusão, no entanto, não foi poupada de críticas, uma vez que a mera positivação dos direitos sociais no texto constitucional não teria o condão de realizá-los plenamente, por diversos motivos. Dentre as objeções mais comumente apontadas, surge a problemática da eficácia das normas que prevêm direitos sociais, consideradas programáticas, o que impediria a concretização dos direitos sociais sem interposição legislativa. Além disso, o caráter essencialmente prestacional (mas não apenas) dos direitos sociais, pressupõe a existência de recursos estatais para sua efetivação.

Especialmente nesse ponto é que a reserva do possível assume maior importância, uma vez que não há como negar que a escassez de recursos efetivamente se apresenta como obstáculo à realização de todos os direitos sociais a todas as pessoas.

Daí a importância do tema escolhido, no sentido de avaliar em que medida a reserva do possível se afigura um argumento válido no âmbito do direito constitucional brasileiro quando em discussão a realização de direitos sociais, o quais, cumpre repisar, asseguram, em última instância, a própria dignidade humana.

Os problemas surgidos em sede de realização dos direitos sociais em face da reserva do possível revelam-se especialmente quando ela é resumida como mera ausência de recursos. No entanto, a reserva do possível comporta ao menos três dimensões distintas. Por outro lado, ao aderir ao modelo de Estado Democrático e Social, o constituinte brasileiro estabeleceu as formas de financiamento dos direitos sociais, para os quais previu vinculações, por meio de percentuais oriundos dos tributos a serem pagos por toda a sociedade. Além disso, o princípio da vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais exige que toda a atuação estatal seja pautada pela proteção e promoção desses direitos, configurando, portanto, um limite claro à liberdade de atuação do legislador e do administrador público.

Assim, o presente trabalho 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 à 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.

Desse modo, o trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro trata unicamente dos direitos sociais, investigando-os desde o seu histórico surgimento,



sua positivação nas constituições brasileiras, sua conceituação, o tratamento que lhes foi dispensado na Constituição Federal de 1988 e sua dogmática e fundamentação, bem como suas dimensões.

O segundo capítulo procurou abordar todas as questões que vinculam os direitos sociais à problemática gerada pela reserva do possível, o que engloba os custos dos direitos, a origem da reserva do possível, sua fundamentação no direito constitucional brasileiro, suas dimensões possíveis e as possibilidades de superação dos limites impostos por ela. Além disso, dedicou-se um tópico à análise de algumas das decisões mais importantes em sede de reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição. Justamente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal figurar como órgão máximo da jurisdição constitucional é que deixaram de ser analisadas decisões (as quais seguramente não são menos importantes) de outros tribunais brasileiros.

Por fim, contemplou-se um tópico dedicado ao estudo de um caso que envolve diretamente a problemática da reserva do possível e a vinculação constitucional de verbas destinadas à realização dos direitos sociais, a qual vem sendo reiteradamente usurpada pela Desvinculação de Receitas da União, instrumento previsto por meio de emenda constitucional e que permite a desvinculação de percentuais originariamente vinculados ao financiamento dos direitos sociais por expressa determinação constitucional.

Para tanto, analisou-se especialmente (mas não apenas) a doutrina e a jurisprudência constitucional tanto brasileira quanto a alemã, na busca de aproximações e pontos de contato entre os dois sistemas.

Desta feita, o objetivo mais premente do presente trabalho é a busca da maior e mais ampla realização dos direitos sociais, procurando afastar qualquer argumento que não se encontre em consonância com as determinações expressas da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu os valores e bens mais caros à sociedade brasileira, especialmente a dignidade da pessoa humana.

## **CONCLUSÃO**

A partir da exposição realizada, é possível extrair algumas conclusões parciais:

1. Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, são direitos que asseguram a exigência de prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Além disso, todos os entes estatais encontram-se vinculados aos direitos sociais também em um sentido negativo: devem se abster da prática de condutas que possam violar esses direitos.

2. Em que pese a dimensão programática das normas de direitos sociais demandarem interposição legislativa para a definição do conteúdo e das políticas públicas que darão concretude aos direitos sociais, a sua falta não poderá servir como fundamento para nenhuma concretização. Conforme restou assentado, o caráter programático poderá ser relativizado, uma vez que o reconhecimento de uma dimensão objetiva também aos direitos sociais pressupõe a adoção de medidas efetivas voltadas ao cumprimento desses direitos. Ademais, a dimensão prestacional dos direitos sociais impõe deveres e tarefas para o Estado, os quais serão veiculados por meio de políticas públicas.

3. Concluiu-se, ainda, que os direitos sociais assumem também o caráter de normas principiológicas, ou seja, são normas que determinam que o direito seja realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas.

4. Em face dessas premissas, chegou-se à conclusão de que os direitos sociais são plenamente justiciáveis, especialmente nos casos em que ao Judiciário é dado corrigir a atuação deficiente dos outros poderes, de modo que, nessas situações, sua atuação não configura uma invasão de competências. Além, disso, também o Judiciário encontra-se vinculado ao dever de proteção e promoção dos direitos sociais.

5. No entanto, a concretização dos direitos sociais esbarra em alguns limites, representados primeiramente pelo seu custo, pois conforme se mencionou ao longo desta exposição, a escassez de recursos é um problema que precisa ser enfrentado. Além da ausência de recursos e meios, observa-se que a realização dos direitos sociais pressupõe ainda a capacidade jurídica do ente estatal de dispor desses meios.

6. Da paradigmática decisão nº 33 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, colheu-se a lição de que não se pode exigir da sociedade (representada pelo Estado) o impossível, ou seja, ainda que existam recursos e que esses possam

ser disponibilizados, a prestação exigida deverá ser razoável e respeitar os interesses coletivos.

7. Quanto ao acolhimento da reserva do possível no sistema constitucional brasileiro, inferiu-se que, embora não se possa extraí-la diretamente do texto constitucional, é argumento válido a ser levado em conta quando em causa a concretização dos direitos sociais, especialmente por configurar um limite real, ou mesmo uma condição de realidade, conforme referido na doutrina.

8. Assim, concluiu-se que não se trata de regra, cláusula, teoria ou princípio, mas sim de um limite real que deve ser levado em conta na aplicação dos direitos sociais, compreendendo três dimensões: fática, jurídica e negativa.

9. Diante disso, ficou claro que não se poderá pleitear o impossível, no entanto, a reserva do possível só poderá ser aceita como argumento excepcional. Isso significa que, primordialmente, deverão ser atendidos os direitos sociais, pois são decorrência expressa da vontade constituinte, bem como deverão ser atendidas todas as vinculações orçamentárias igualmente previstas no texto constitucional, sob pena de violação destas normas. Ou seja, o Estado deverá comprovar que empregou os recursos existentes e disponíveis em consonância com as vinculações constitucionais.

10. Desse modo, consignou-se que a dimensão fática da reserva do possível, representada pela escassez de recursos, não poderá ser o único fundamento para a não concretização dos direitos sociais, pois em face da constatação da inexistência de recursos suficientes a satisfazer todos esses direitos, as normas constitucionais que os prevêm restariam despidas de vinculação jurídica.

11. A par da ausência de suficientes recursos públicos para a concretização dos direitos sociais, constatou-se que o modo como são distribuídos também se afigura questionável, uma vez que no Brasil as verbas vinculadas nem sempre são usadas nas finalidades para as quais foram previstas. Daí a necessidade de um corajoso debate acerca da destinação de recursos públicos.

12. No que tange à dimensão jurídica da reserva do possível, concluiu-se que a indisponibilidade de recursos esbarra no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, o Poder Judiciário goza de legitimação para determinar uma despesa que vise à garantia do mínimo em conteúdo do direito pleiteado, o que não

significa que não devam ser tomadas em consideração as conseqüências orçamentárias de sua atuação.

13. Já a dimensão negativa da reserva do possível apontou para a conclusão de que determinadas prestações de direitos sociais poderão ser negadas, se ficar comprovada uma lesão à coletividade. Ou seja, em alguns casos o deferimento da prestação individualmente pleiteada poderá gerar o esvaziamento do orçamento previsto para satisfazer prestações universais.

14. Em face dessas premissas, concluiu-se, ainda, que decisões amparadas na reserva do possível ficam sujeitas ao exame da proporcionalidade, sob pena de violação injustificada a direito fundamental.

15. Além disso, foi necessário analisar a reserva do possível em face da proibição de retrocesso social, onde se concluiu que a reserva do possível como fundamento de medidas que configurem um retrocesso social não será válida sem uma justificativa afinada com o sistema constitucional vigente, sob pena de afrontar o mínimo em conteúdo exigível dos direitos sociais.

16. Nesse ponto, restou consignado que a reserva do possível exige ponderação entre princípios, sob pena de acarretar o esvaziamento de um direito sem justificativa válida.

17. Analisou-se, ademais, a relação entre reserva do possível e mínimo existencial, donde se consignou que aquela não poderá ser aceita como argumento válido quando em xeque a vida e a dignidade humana. Além disso, os entes estatais deverão comprovar que eventual restrição a direitos sociais derivou da ponderação entre os princípios colidentes e que foram atendidos os ditames da proporcionalidade e da preservação do conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna.

18. Da análise jurisprudencial concluiu-se que as questões pertinentes à reserva do possível ainda não foram devidamente enfrentadas pelo STF, o qual aparentemente desconhece todas as suas dimensões, como se observou na maioria dos julgados, os quais levam à crença de que a reserva do possível se restringe à escassez de recursos financeiros, à exceção do julgamento da ADPF nº 45.

19. Por fim, do estudo de caso apresentado, extraiu-se a conclusão de que as emendas constitucionais que previram a DRU afrontam diversos mandamentos constitucionais, e representam um enorme retrocesso em sede de concretização dos direitos sociais. Também aqui se observou que o STF perdeu uma

grande oportunidade de se manifestar, especialmente porque em pauta evidentes violações a direitos sociais, em razão do desvio de verbas constitucionalmente vinculadas ao financiamento desses direitos.