**Revista Jurídica Consulex nº 391**
*Contexto*

**Italo Roberto Fuhrmann**
Mestre em Direito (PUCRS). Advogado.

[a-]  [A+]

1/5/2013

**DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NO DIREITO BRASILEIRO • APONTAMENTOS DOGMÁTICOS**

Ao se tratar da efetivação judicial dos direitos sociais, comumente se aborda o tema a partir da sua dimensão econômica, imersa em um conflito objetivo entre necessidades infinitas e meios finitos.1 No seio do ambiente jurídico-acadêmico brasileiro, e posteriormente adotado *in totum* pela jurisprudência nacional, o tema foi relacionado à propalada “reserva do possível”, construção teórica que condiciona a efetivação judicial dos direitos sociais à capacidade financeira do Estado.2

Com efeito, a teoria da “reserva do possível” ganhou contornos jurídicos precisos a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, destacando-se a multicitada decisão BVerfGE 33, 303 (333), chamada popularmente de decisão *numerus clausus*, em expressa alusão à limitação de vagas em relação ao número de candidatos “beschränkte Platzzahl” em alguns cursos do ensino superior alemão.3 Tratou-se, na ocasião, do direito de acesso a vaga no curso de Medicina, sobre o qual firmou-se o entendimento de que, além da disponibilidade orçamentária, era necessário a razoabilidade da prestação, no sentido de se aferir o que o indivíduo pode exigir razoa­velmente da sociedade em termos de bens e serviços.4

Neste sentido, a “reserva do possível”, na esteira do que leciona Ingo Sarlet, se desdobra em uma tríplice dimensão que engloba (i) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e (iii) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, também o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Como visto, a chamada “reserva do possível” não abrange apenas o viés econômico da concretização dos direitos sociais, mas também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo servir, neste sentido, como possível critério balizador por ocasião de colisões entre direitos fundamentais, desde que preservados, em qualquer hipótese, os núcleos essenciais dos direitos em jogo.5

Cumpre destacar que, para o caso específico do direito à saúde, além da escassez de recursos financeiros, que se torna cada vez mais evidente à medida em que avança o processo de desenvolvimento da tecnologia médica, há também a questão da disponibilidade de órgãos, pessoal especializado e equipamentos, além da questão legal/constitucional da repartição de competências.

Sem embargo, não deve ser menosprezado o impacto econômico da efetivação dos direitos sociais e a eventual utilização da “reserva do possível” como argumento no cenário jurídico brasileiro, já que, nem mesmo na Alemanha, economia central da União Europeia, dispensa-se o debate acerca dos limites orçamentários à efetivação dos direitos sociais. Todavia, o que se impõe é a análise crítica do posicionamento impeditivo da intervenção judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, tendo como fundamento último a escassez de recursos e a correlata competência parlamentar em matéria orçamentária, no sentido de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Primeiramente, o potencial da teoria da “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz respeito ao embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações de matriz infraconstitucional. É em um contexto estritamente de legalidade, como em regra se identificam os direitos sociais na Alemanha, que tal teoria se presta a maior aplicabilidade, já que tais posições jurídicas não se revestem de um conteúdo contramajoritário, característico do sistema de direitos fundamentais. Ademais, o fato de que os direitos sociais não se constituem em direitos absolutos não significa, necessariamente, que estes devam ser limitados pela (in)capacidade econômica do Estado, mas que possam, eventualmente, sofrer limitações frente à proteção e garantia de outros direitos fundamentais.

De outra banda, ainda que admitamos o argumento da escassez de recursos como apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que, o argumento, *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartado.

Com efeito, a limitação estrita das possibilidades do Direito pela Economia é objeto de estudo científico desde a doutrina marxista, que relega o Direito à mera condição de superestrutura ideológica que reflete o sistema econômico-produtivo.6 A teoria da análise econômica do Direito7, ao atribuir, para o campo jurídico, maior significação à categoria eficiência do que à categoria legalidade/constitucionalidade, acaba condicionando todo o sistema jurídico pela lógica da infraestrutura das relações econômicas. Neste particular, e à guisa de conclusão, Lima Lopes, ao criticar o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, destaca que ainda que seja mais eficiente, do ponto de vista econômico, abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante, a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode ser respondida, em última análise, a partir do critério do custo financeiro.8

[voltar] | [[topo]](http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=16880)

NOTAS

1 WALLERATH, Maximilian. Zur dogmatik eines rechts auf sicherung des existenzminimums. Ein beitrag zur schutzdimension des art. 1 abs. 1 satz 2. In: Juristen Zeitung 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008, p. 157.

2 O princípio da reserva do possível “vorbehalt des möglichen”, para a doutrina alemã, não se reporta apenas à capacidade econômica do Estado, mas também ao respeito à liberdade de conformação do legislador de decidir sobre políticas públicas prioritárias. Cf., por todos, MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). Handbuch des Staatsrechts. V. V. 2. ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 267 e segs.

3 No nosso entender, de forma acertada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que tal decisão não se coaduna diretamente com a problemática dos direitos fundamentais sociais em sentido estrito. No contexto alemão, tratava-se da análise judicial da intervenção do Estado na liberdade profissional de candidatos ao curso de Medicina em universidade alemã. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 131.

4 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 203.

6 De acordo com a teoria marxista, o Direito não pode ser entendido como um sistema mais elevado do que a estrutura econômica e do que o desenvolvimento cultural de uma determinada sociedade por ela (infraestrutura) condicionado. Cf. MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. Comentários à margem do Partido Operário Alemão. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 107.

7 A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão “análise econômica do Direito”, se refere, geralmente, à aplicação de métodos econômicos, especialmente de microeconomia, a questões legais. Nada obstante, há várias Escolas e ramos da Ciência em que o termo é abordado em diversos sentidos. Entre nós, cf. TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET; TIMM. Op. cit., p. 53-56.

8 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Sociais. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 271-272.