**Teoria da reserva do possível no Brasil.[[1]](#footnote-1)**

 Alexandre José Fontinele Murici[[2]](#footnote-2)

 Nágylla Vitória do Nascimento Alves Costa[[3]](#footnote-3)

Lino Sousa [[4]](#footnote-4)

**RESUMO**

A Constituição Federal brasileira de 1988 insere os direitos sociais no rol de direitos fundamentais atribuindo a eles aplicabilidade imediata, o que implica dizer que são exigíveis diretamente do texto constitucional. Como direitos prestacionais os direitos sociais dependem da disponibilidade de recursos para sua prestação por parte do Estado (prestação positiva). A reserva do possível surgida na Alemanha é um dos argumentos utilizados para a limitação na prestação desses direitos. No Brasil Tanto doutrina quanto o STF já se pronunciaram em relação à teoria. Enquanto alguns autores criticam à teoria por fazer uma análise que leve em conta apenas aspectos financeiros outros analisam a teoria de forma mais próxima ao contexto de criação na Alemanha fazendo uma análise, além de financeira, que englobe a razoabilidade e a proporcionalidade do que se pretende nos pedidos feitos ao Estado. O STF já se pronunciou fazendo análises em casos distintos que englobaram a existência de recursos disponíveis a razoabilidade dos pedidos e a observação do caso concreto desde que garantido o mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos sociais. Reserva do possível. Razoabilidade. Exigibilidade. Prestação.

**1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal brasileira de 1988 é celebrada por muitos como a constituição cidadã, pois “adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o dos “Direitos Sociais” (BRANCO e MENDES, 2012, p.760).

Com a constitucionalização dos direitos sociais e sua inserção no rol de direitos fundamentais no Brasil observa-se que: “[...] as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata” (MORAES, 2003, p.59). Assim se observa no Brasil um grande debate e uma noção de exigibilidade quase que ilimitada desses direitos no âmbito social, político e jurídico (este último por vezes gera o ativismo judicial na busca da efetivação de tais direitos).

A Teoria da Reserva do Possível é de extrema importância para entender a limitação na prestação desses direitos. Falsarella (2015) observa a discrepância existente entre o sentido original da reserva do possível ao surgir na Alemanha e a forma como vem sendo tratada em especial pela doutrina brasileira.

Para Branco e Mendes (2012, p.197): “Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado [...] realizar opções de alocação de verbas”. Essa é uma das formas a que a Reserva do Possível é tratada no Brasil, como algo que se refere à mera alocação de recursos sendo necessário um resgaste do seu sentido original.

Diante desse contexto torna-se essencial um estudo sobre os aspectos doutrinários e jurisprudenciais da suprema corte brasileira que sejam mais relevantes em relação a essa teoria no Brasil abordando tanto as suas críticas quanto o sentido original da Teoria e as mudanças de concepções que sofreu com o tempo entendendo que a partir do momento que tal problemática se torna mais conhecida e estudada mais claro fica o caminho que lavará a fomentar um debate que considere as limitações nas prestações dos Direitos Sociais.

**2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Vivenciamos um paradoxo da proliferação dos direitos tidos como fundamentais decorrentes do dinamismo recorrente à sua própria noção e à necessidade de preservar suas tradições jurídicas. A Constituição brasileira de 1988 esboça isso em seu texto, Leal (2015, p.01):

Como se não fosse suficiente, o texto constitucional admite ainda direitos e garantias fundamentais implícitos que decorrem do sistema e dos princípios por ele adotados, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O que dá margem para uma espécie de vulgarização dos direitos fundamentais após a inserção dos direitos sociais, questionando-se até quando tal flexibilidade é efetiva.Tais direitos sociais surgem juntamente com os econômicos durante o século XVIII e XIX, como consequência do modelo liberal idealista empregado, que trouxe por sua vez, a revolução industrial e paralelamente a desvalorização e exploração da mão do obra, do ser humano. Este passou juntamente com os movimentos marxistas a reivindicar direitos, deixando de ser excluídos, tanto economicamente como politicamente. (BRANCO; MENDES, 2012)

Como decorrência desses fatores, várias constituições passaram a incluir no seu rol de direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos. Marco da constitucionalização de tais direitos é a Constituição alemã de 1919, embora alguns indiquem a Constituição mexicana de 1917 como a precursora deste movimento. No Brasil, tal tendência passou a se manifestar a partir da Constituição de 1934 quando, inovando no constitucionalismo pátrio, estabeleceu-se um novo título denominado “Da ordem econômica e social”. A Constituição de 1988, porém, foi mais enfática. Além de conter em seu texto títulos referentes à ordem econômica e à ordem social, inscreveu os direitos sociais no título concernente aos direitos fundamentais. (LEAL, 2015, p.02)

Assim sendo, a constituição de 1988, representa um marco perante as demais, por tratar de forma mais profunda a importância dos Direitos Sociais como fundamentais ao ser humano. Sarlet (2008) afirma que a efetivação e aplicabilidade dos Direitos Sociais exige uma atuação que ao mesmo tempo é positiva, mas também terá que ser negativa do Estado para que se efetivem, Hesse (1991) afirma que e para que a constituição como norma seja observada há de se considerar a realidade e adequação social.

Os direitos Sociais para Sarlet (2010) são direitos fundamentais de segunda dimensão, isso implica dizer que são direitos frutos de um Estado que deve agir em busca da justiça social através de prestações positivas que diferentemente dos direitos de primeira dimensão não buscam apenas uma consagração formal de direitos, mas sim que busquem também “por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais,
como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das
liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (p. 47).

Em relação aos direitos prestacionais Branco e Mendes (2012) observam que:

partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”85. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.[...] Na relação jurídica, o direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou de dar.(p.194).

Concluindo a análise dessa seção tem-se o pensamento de Sarlet (2008) que observa que os direitos Sociais no Brasil tem aplicabilidade imediata por serem direitos fundamentais, isso implica dizer que existe uma exigibilidade, inclusive judicial, decorrente diretamente do texto constitucional que obriga o Estado a prestar esses direitos à população dessa forma garante-se maior efetividade e busca-se “tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares”(p.36) na busca de um mínimo existencial que garanta a vida digna.

**3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO DE SURGIMENTO NA ALEMANHA.**

A origem da teoria da Reserva do Possível , deu-se no dia 18 de julho de 1972, no Tribunal Constitucinal Federal Alemão, durante a análise de constitucinalidade de normas que admitia o ingresso em curso superior de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970 (Fochesatto,2015).

Onde se emprega restrição de acesso ao ensino superior, demostrando por vez a violação do direito fundamental alemão onde “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei” (Falsarella, 2015, p. 2). O que iria limitar não só o direito a escolha da profissão, como também o local no qual se almejava cursar.

Com essa atitude, o estado não buscava limitar apenas o campo financeiro, mas também aquilo desejado pelo individuo e exigivel ao estado no ambito interno, racional, “A noção de reserva do possível serviria, portanto, como um limite às pretensões dos indivíduos em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais, com base em um critério de proporcionalidade” (Fochesatto, 2015).

Após ser empregada pela primeira vez na Alemanha, a teoria passou a ser difundida rapidamente e ganhando o nome de teoria da reserva do possível, o que justifica a limitação dos direitos sociais para alguns ou vira motivo de críticas para outros dentre eles Canotilho apud Falsarella (2015, p.05):

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Tal limitação do sentido da teoria em relação à eficacia dos direitos sociais pode ser observada aqui no Brasil, quando não se leva em consideração razoabilidade da pretensão, mas a disponibilidade de recursos no quesito financeiro.

**4 Aspectos da Teoria da Reserva do possível no Brasil.**

A Teoria da Reserva do Possível no Brasil nem sempre apresenta seu sentido original de juízo de razoabilidade entre o direito pretendido e aquilo que o Estado deve ofertar. Muitas das críticas relacionadas à teoria da reserva do possível são relacionadas à existência ou não de recursos financeiros que possam concretizar os direitos sociais na figura do Estado que deverá oferecer, entre outros direitos, saúde, educação e lazer a todos.

Nesse sentido temos:

No Brasil, do mesmo modo, a noção de reserva do possível se propagou. Aqui,
contudo, a expressão perdeu parte de seu sentido inicial, pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financeiramente possível. (Falsarella, 2015, p.5)

Para Fochesatto (2012, p.17): “A teoria da reserva do possível, portanto, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida para sua efetivação.”

Essa é, então, uma diferença crucial entre a intenção inicial da teoria que visava à razoabilidade e maneira como ela é tratada no Brasil por grande parte da doutrina que critica por analisar apenas os aspectos concernentes aos recursos disponíveis para a efetivação desses direitos.

Fernando Facury Scaff e Ana Paula de Barcellos são exemplos de autores que fazem uma analise primordialmente financeira da aplicação da reserva do possível (Falsarella, 2015). Em contrapartida Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo fazem uma análise tríplice e mais ampla que abrange os recursos financeiros a disponibilidade jurídica de efetivá-los e a razoabilidade nessa efetivação (SARLET; FIGUEIREDO, 2008 apud WANG, 2008).

Nesse sentido Sarlet detalha a dimensão tríplice da reserva do possível de forma que possa abranger:

 a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2010, p.287)

Sobre a razoabilidade Sarlet (2010) observa que mesmo existindo recursos financeiros disponíveis não é possível que um indivíduo exija indiscriminadamente qualquer coisa do Estado em nome dos direitos sociais, sendo assim, o pedido “deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”(p.287).

Complementando esse pensamento Sarlet, em outra obra, observa que na exigibilidade dos direitos sociais é necessária a:

 busca de um equilíbrio possível, apostando em critérios racionais e razoáveis, que efetivamente possam balizar uma efetividade maior para um maior numero de pessoas. A constatação de que a consideração dos direitos sociais como direitos exigíveis não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos sociais) (SARLET, 2008, p.37)

 Observa-se, assim, que o sentido original alemão não foi totalmente perdido ao se trazer essa Teoria ao Brasil, embora, a maioria dos autores ainda analisem primordialmente os aspectos financeiros em detrimento aos de razoabilidade e proporcionalidade.

**4.1 O STF e a Teoria da reserva do possível**

A discussão acerca das decisões do Supremo a respeito do referido assunto, decorrem do fato de uma ação judicial obrigar que o Estado atenda aos direitos sociais gerando gastos públicos, tais despesas põem em risco outro direito social, principalmente no que refere ao coletivo. Alexy (2001) apud Wang (2015) define esse termo como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” o que vem a ser o mínimo existencial.

Baseando-se em decisões do Supremo no que se refere ao direito à saúde e à educação, sendo tais direitos sociais, estes são tratados da seguinte forma:

O direito a saúde (visto como direito à vida) era tratado como absoluto em decisões como a Pet 1246, AgRg 238328/Rg, ADPF 46.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (WANG, 2015, p.6)

Somente após a ADPF 45, DF que essa ideia passa a ser decomposta, podendo ser vista como precedente da STA 91, Julgada pela Ministra Ellen Gracie, onde há necessidade de ponderação e tratar com prioridade interesses coletivos e não os individuais, onde o Estado em uma posição nova, de não obrigado a fornecer medicamentos pedidos (WANG, 2015)

Analisa-se abaixo o posicionamento do Ministro Celso de Mello apud Falsarella (2015, p.12) sobre a razoabilidade da Reserva do possível:

“(...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.”

O mesmo já não foi possível com o direito à educação, na ADPF 45, trouxe ao contrário do que foi visto no direito citado acima, contradição, e uma discursão em nível de abstração em vez de análise do caso concreto como é proposto por Ellen Gracie “cada caso é um caso, esse deverá ser analisado em seu caso concreto e não reintegrando decisões já tomadas’’. Passou-se a considerar possíveis restrições após ADI 3324 e ADI 1950, onde temos uma visível preocupação com a reserva do possível no que se refere à matéria e não a sua observação. (WANG, 2015)

O STF aceita a possibilidade de invocar a teoria da reserva financeira do possível no que tange a indenização por dano moral, no quesito de excessiva população carcerária. (FALSARELLA, 2015)

 Por fim, fica bastante evidente que o uso da cláusula da reserva do possível vem passando por um processo de integração nas decisões do Supremo, tendo em vista que estas nem se quer eram citadas, o que sofreram bastante criticas, uma vez que não e possível ignorar o financeiro tendo em vista que é através dele que se torna possível barganhar as verbas pra a concretização de tais direitos. Devendo-se analisar sempre o caso concreto e ter como objeto o interesse coletivo e não apenas o individual.

**5 CONCLUSÃO:**

Abordando o caráter cidadão da Constituição de 1988, que anexa ao rol dos Direitos Fundamentais os Direitos Sociais, fica clara a intenção de utilizar a atividade interpretativa para tutelar esses direitos fundamentais, uma vez que nossa Constituição é abrangente, pois engloba direitos e garantias implícitos que decorrem de princípios.

 Os direitos sociais possuem, devido a isso, aplicabilidade imediata, o que significa dizer que são exigíveis e essa exigibilidade vem diretamente da constituição. Como os direitos sociais se concretizam, primordialmente, através de prestações positivas (direitos prestacionais) é necessário analisar a possibilidade de limitação desses direitos, já que, dependem de recursos disponíveis.

Em 18 de julho de 1972 surge na Alemanha a Teoria da Reserva do Possível, que tem como principal objetivo não só analisar a possibilidade na limitação à prestação de direitos sociais devido à escassez recursos financeiros, mas também dos desejos individuais e exigíveis ao Estado.

Na doutrina brasileira observa-se uma crítica à aplicação dessa teoria como se ela levasse em contra apenas a existência de recursos disponíveis para a concretização de direitos sociais ocorrendo, assim, certa discrepância entre o sentido original da teoria e esse tipo de análise. Em contrapartida outros doutrinadores como Sarlet fazem uma análise mais abrangente que leva em conta, além da disponibilidade de recursos, a disponibilidade jurídica e a razoabilidade na exigência desses direitos o que, a nosso ver, é uma análise mais completa e em harmonia com o sentido original de surgimento da reserva do possível.

A suprema corte brasileira vem se pronunciando em relação ao uso da teoria no Brasil. O ministro Celso de Mello chegou a mencionar que sem o binômio: razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado o direito social seria impossível de ser realizado. A ministra Ellen Gracie, por sua vez, destaca a necessidade de se analisar o caso concreto para estabelecer se caberá ou não à aplicação da reserva do possível.

Vale frisar que em momento o Estado, que em hipótese alguma poderá valer-se dessa espécie de limitação para se abster de suas obrigações para com o coletivo desde que as pretensões sejam proporcionais e razoáveis.

**REFERÊNCIAS**

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**.7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. de 2015.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**

Disponível em: http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo\_tese%2028.pdf. Acesso

em: 15 mar. 2015.

FOCHESATTO, Eduardo. **Aplicabilidade da reserva do possível e do mínimo existencial no** **direito brasileiro.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\_1/eduardo\_fochesatto.pdf. Acesso em: 15 mar. 2015.

GIL, A. C. Como classificar as pesquisas? In:\_\_\_\_\_\_.**Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 4, p.41-57.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann.  **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm. Acesso em: 18 mar.2015

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco.-9.ed.rev.e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.10 ed. rev. atual. ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARLET, Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p.163-206.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Rev. direito GV, São Paulo , v. 4, n. 2, Dec. 2008 . Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S180824322008000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2015.

1. Paper apresentado à disciplina Direito Constitucional II, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno do 4º período do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluna do 4º período do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-3)
4. Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-4)