

**O CONFLITO REAL ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A RESERVA DO  
POSSÍVEL NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: UMA  
REINTERPRETAÇÃO DO CASO CONCRETO**

THE REAL CONFLICT BETWEEN RULES AND PRINCIPLES AND THE RESERVE OF  
THE POSSIBLE INSIDE THE ADMINISTRATIVE REGIME: A REINTERPRETATION  
OF THE CASE

**Rafael da Silva Santiago**  
Universidade de Brasília – UnB  
*ra.fasantiago@hotmail.com*

**RESUMO**

O estudo em questão enfrenta dois temas importantes no direito brasileiro: (i) o conflito real entre regras e princípios e (ii) a reserva do possível no regime jurídico-administrativo. Ciente de que o entendimento de um implica na possibilidade do outro, é realizada uma exposição acerca dos elementos do regime jurídico de direito público, delimitando o conceito de cada argumento utilizado, sobretudo a relação de princípios e regras como integrantes da noção de norma jurídica. A reserva do possível também é alvo de breves considerações, traçadas desde a sua origem até a sua recepção pelo direito brasileiro, destacando, dentre outros aspectos, a sua natureza principiológica. Sendo assim, o conflito real entre regras e princípios é abordado, implicando na possibilidade da efetivação da reserva do possível no direito brasileiro. Para tanto, quando da constatação de um conflito entre regra e princípio (da reserva do possível), será proposto um desenvolvimento para a sua solução, a partir da reinterpretação do caso concreto que deu origem a esse conflito, abrangendo uma necessária harmonização entre os princípios pertinentes à relação fática. Ademais, tendo em vista o princípio da reserva do possível recair sobre a impossibilidade de o Estado concretizar determinados direitos fundamentais, a análise dessas normas jurídicas também é realizada, em sintonia com o sistema constitucional brasileiro. Ressalte-se, também, a abordagem do papel do juiz nessas situações, a fim de que se delimite o tratamento adequado para o conflito real entre regras e princípios e a reserva do possível no sistema normativo pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regra; Princípio; Conflito real; Reinterpretação; Reserva do possível; Direitos fundamentais; Harmonização; Juiz

**ABSTRACT**

This study faces two important themes in Brazilian law: (i) the real conflict between rules and principles and (ii) the reserve of the possible in the administrative regime. Knowing that the understanding of both is related to the same basis, some considerations are made about the elements of the public law regime, defining the concept of each argument used, beyond the establishment of the relationship between principles and rules. There are also some developments about the reserve of the possible, including its origin and its reception in the Brazilian law, always emphasizing its principle character. In effect, when it is found a conflict between rule and principle (reserve of the possible), a development is proposed for its solution, based on the reinterpretation of the case that gives life to this conflict, including the harmonization between relevant principles to that case. Moreover, as the reserve of the possible is related to the inability of the State to effect fundamental right, the analysis of these rules is also made, from the perspective of the Brazilian constitutional system. The role of the

judges in these situations is also discussed, which marks the proper treatment for the real conflict between rules and principles and the reserve of the possible in Brazilian law.

**KEYWORDS:** Rule; Principle; Real conflict; Reinterpretation; Reserve of the possible; Fundamental Rights; Harmonization; Judge

## **Introdução**

O conflito entre regras e princípios constitui um dos temas mais complexos e debatidos no direito brasileiro. Diversos são os posicionamentos acerca da matéria, o que confere grande importância ao seu exato entendimento, sobretudo quando da discussão do papel do juiz nessas situações.

A posição que se defenderá tem como fundamento a noção trazida por Caio Mário Pereira, de que é necessária a harmonização da regra jurídica e do princípio:

[...] se um é fonte de inspiração do outro, não exprimem ideias antagônicas, mas, ao revés, tendem a uma convergência ideológica, ou, ao menos, devem procurá-la, o direito positivo amparando-se na sujeição ao direito natural para que a regra realize o ideal, e o direito natural inspirando o direito positivo para que este se aproxime da perfeição.<sup>1</sup>

Nesse sentido, a partir da exata compreensão de que cada regra guarda, consigo, relação com princípios que a justificam e que são decisivos para a sua elaboração, o caminho a ser seguido para a solução do mencionado conflito é lastreado, em verdade, pela harmonização entre princípios.

Harmonização que se consubstancia em uma reinterpretação do caso concreto que suscitou o conflito entre princípio e regra, conferindo ao aplicador do direito elementos para a reconstrução do plano fático, o que enseja a escolha de uma daquelas normas jurídicas como sendo a mais adequada para a situação.

Ademais, ciente da grande divergência em torno da reserva do possível, o conflito real entre regras e princípios será desenvolvido como fundamento para a sua aplicação no direito nacional.

Dessa forma, além da análise da possibilidade de aplicação da reserva do possível, proceder-se-á à realização de breves considerações acerca de sua origem, conceito, natureza e dimensões, concedendo o seu adequado contorno no sistema normativo brasileiro.

Sendo assim, o objetivo do trabalho é a demonstração da utilização da mencionada reinterpretação do caso concreto quando do conflito real entre direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível, conferindo ao intérprete elementos para a sua decisão.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 23.

## 1. Elementos da argumentação: entendendo os paradigmas adotados

Pelo fato de se estar abordando a questão do princípio da reserva do possível, parece claro que o campo de incidência das proposições que serão trazidas é delimitado, basicamente, pelo regime jurídico-administrativo. Com isso, cumpre esclarecer quais institutos do mencionado regime deverão ser utilizados, além de definir qual o sentido que se dará a cada um deles.

### 1.1. Regime jurídico-administrativo: deveres da Administração e a reserva do possível

*Prima facie*, a base ideológica que deve circunscrever qualquer argumentação pertinente à Administração Pública se orienta no sentido de que o Direito Administrativo é um conjunto de limitações aos poderes do Estado. O regime jurídico-administrativo, então, elenca, sobretudo, uma série de deveres da Administração em face dos administrados<sup>2</sup>.

Portanto, deve ser afastado o entendimento<sup>3</sup> do princípio da reserva do possível lastreado pela noção de que o Direito Administrativo é um Direito elaborado em favor do poder, com o intuito de aglutiná-lo em sua feição administrativa.

Primeiro porque, em sendo um conjunto de deveres da Administração, o Direito Administrativo não pode conferir feições absolutas ou super poderosas ao princípio da reserva do possível. Em outras palavras, o Estado não pode negar cumprimento aos seus deveres injustificadamente, revestindo-se dos ditames da reserva do possível.

É preciso que se entenda que esse princípio não constitui comando genérico expressivo de poder. É verdade que a reserva do possível configura, em seu sentido amplo, uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais<sup>4</sup>. Mas essa não é a sua única acepção. Pelo contrário, em determinadas hipóteses, a reserva do possível pode funcionar como garantia dos direitos fundamentais já realizados, abrangendo, também, uma dimensão negativa<sup>5</sup>.

Ademais, não se pode perder de vista o fato de o Estado brasileiro encontrar-se, atualmente, sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, um de seus

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 43.

<sup>3</sup> Esse entendimento é trazido pelo professor Celso Antônio Bandeira de Melo, e por ele é combatido: “Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Conquanto profundamente equivocada e antiética à razão de existir do Direito Administrativo, esta é a suposição que de algum modo repousa na mente das pessoas” (*Idem*, p. 43).

<sup>4</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. p. 72.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*.

elementos conceituais se refere ao seu dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social<sup>6</sup>.

Destarte, a atuação positiva do Estado em benefício dos indivíduos – sobretudo no que diz respeito aos serviços de saúde, educação, segurança, etc. – é resultado de um direito a tais prestações<sup>7</sup>. Direito, esse, que nenhum princípio é capaz de revogar. Admitir isso seria admitir uma negação ao próprio Estado, visto que esse, além de Social, é um Estado de Direito, ou seja, que se subordina aos direitos dos indivíduos.

Portanto, o princípio da reserva do possível não caracteriza uma ofensa ao sistema jurídico. Pelo contrário, constitui mais um dos seus elementos, guardando, com os demais, plena harmonia.

## 1.2. Normas jurídicas no regime jurídico-administrativo

No que diz respeito ao significado das normas no regime jurídico-administrativo, é essencial que se entenda que o ordenamento é dotado de duas espécies de normas jurídicas: (i) as regras e (ii) os princípios<sup>8</sup>. Isso porque, o Direito – assim como o Direito Administrativo – é um sistema aberto de princípios e regras, como bem definido por Ronald Dworkin<sup>9</sup>.

Não obstante a existência de outros entendimentos acerca dessas normas, faz-se mister que se perceba que o regime jurídico-administrativo abrange relações jurídicas em que um dos pólos é configurado pela presença de direitos fundamentais.

Além disso, a discussão acerca do princípio da reserva do possível se desenvolve apenas quando dos casos em que um ou mais direitos fundamentais estejam em jogo, o que impõe que se adote a aludida noção de princípios e de regras.

Isso porque, como bem ressalta Robert Alexy, para a teoria dos direitos fundamentais, o mais importante é a distinção entre regras e princípios, que constitui a base da sua fundamentação e a chave para a solução de problemas centrados na dogmática dos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Destarte, de acordo com o autor:

[...] La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de

---

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 56-57.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 145

<sup>9</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 63.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 81.

partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de La teoría de los derechos fundamentales.<sup>11</sup>

### 1.2.1. Princípios e Regras

De início, pode-se destacar que Ronald Dworkin qualifica os princípios como sendo normas abertas, que não têm o objetivo de controlar previamente sua própria aplicação<sup>12</sup>. Entretanto, a constatação mais importante é a de que os princípios nada mais são do que verdadeiras normas jurídicas, dotados, pois, de valor normativo. Por isso, devem influenciar diretamente a solução de problemas jurídicos concretos<sup>13</sup>.

Isso se deve ao fato de, não obstante a sua qualidade abstrata e indeterminada, os princípios serem passíveis de densificação nos casos concretos de aplicação, de acordo com a sua adequação às especificidades da situação sob foco, em termos de sua capacidade de regência, sem implicar em injustiças em face aos demais princípios<sup>14</sup>.

Sendo assim, a perspectiva positivista deve ser relativizada em virtude do caráter normativo dos princípios jurídicos, que, não obstante serem gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, sobretudo a partir de uma perspectiva voltada à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito<sup>15</sup>.

Ademais, no que diz respeito ao posicionamento de ambas as normas jurídicas no ordenamento, faz-se mister ressaltar que o princípio pode ser entendido, inclusive, como norma de hierarquia superior à das regras, as quais não podem contrariá-lo, pelo fato de ele determinar o seu sentido e alcance, sob pena de atentar contra a harmonia do próprio ordenamento jurídico<sup>16</sup>.

Dessa forma, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que:

**Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].<sup>17</sup> (grifo nosso)**

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 81-82.

<sup>12</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 63.

<sup>13</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** *Op. cit.* p. 145.

<sup>14</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 64.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** *Op. cit.* p. 146.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** *Op. cit.* p. 959.

Por sua vez, as regras, retomando-se os ensinamentos de Ronald Dworkin, nada mais são do que proposições normativas que visam ao controle de sua aplicação<sup>18</sup>. São, assim como os princípios, normas jurídicas, por estatuírem o que deve ser<sup>19</sup>.

Um dos critérios de sua distinção em relação aos princípios, que têm grau de generalidade relativamente alto, consubstancia-se na verificação de que as regras são dotadas de um nível relativamente baixo de generalidade<sup>20</sup>.

Dessa forma, a fim de se trazer um conceito claro de regra, podem ser utilizados os ensinamentos de Robert Alexy, no sentido de que:

las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, **las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible**. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.<sup>21</sup> (grifo nosso)

Cumprе ressaltar, por fim, que, obviamente, a aplicação das regras não deve ser feita de maneira isolada, mas em conjunto com todo ordenamento. É imprecisa e inadequada a aplicação exclusiva de uma regra, sem a consequente aplicação de todo o Direito<sup>22</sup>.

### 1.2.2. A relação regra – princípio

Para se entender a relação existente entre regra e princípio, cumpre trazer à baila os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre esta norma:

[...] Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico [...].<sup>23</sup>

Sendo assim, é possível determinar as seguintes relações entre as normas jurídicas:

- (i) o princípio como elemento fundamental da regra, sendo parte integrante de seu espírito e
- (ii) o princípio como critério para a compreensão da regra, definindo a racionalidade do ordenamento jurídico.

---

<sup>18</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. *Op. cit.* p. 63.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. *Op. cit.* p. 83.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 87.

<sup>22</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. *Op. cit.* p. 149

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.* p. 53.

### 1.2.2.1. Princípio como elemento fundamental da regra: justificativos e decisivos

Cumprido destacar, nesse momento, que a maioria das regras guarda uma relação íntima com algum princípio. Essa relação, inclusive, tem como fonte a própria origem de ambos. Com efeito, como as normas convivem no mesmo seio jurídico, fica fácil constatar que o conteúdo de uma regra está, na maioria das vezes, vinculado ao conteúdo de um princípio.

Nesse sentido, Dworkin ensina que todas as normas, até mesmo as regras, se constitucionalmente válidas, nada mais são do que densificações de certos princípios<sup>24</sup>. Isso porque o princípio se posiciona como um elemento fundamental da regra, fazendo-se presente, inclusive, na sua própria composição. Destarte, toda regra jurídica, na maioria dos casos, traz consigo um princípio que lhe fundamente.

Em relação às regras, tem-se que, em geral, elas são o ato normativo oriundo da manifestação do Poder Legislativo. Sendo assim, pelo fato de o legislador, por inúmeras vezes, ser orientado pelos princípios, pode-se mostrar, também, a relação regra – princípio.

Ora, por ter sido a elaboração da regra orientada por certos princípios, a sua origem também coincide com determinações principiológicas. Esse raciocínio, inclusive, mostra-se válido para as regras constitucionais, visto que o constituinte também é influenciado por princípios, direta e indiretamente, quando da elaboração da norma, dos direitos fundamentais.

Todos esses princípios podem ser denominados de princípios-justificativos, pois as suas orientações serviram de justificativa para que o legislador pudesse produzir a regra. É isso, inclusive, que confere harmonia ao sistema jurídico de qualquer país.

Vale ressaltar, também, que é possível identificar, dentre os princípios que orientaram a elaboração de determinada regra, ou seja, dentre os princípios-justificativos, aquele ou aqueles que mais a influenciaram. Esses podem ser chamados de princípios-decisivos, pois a sua orientação, mais que uma justificativa para o legislador, constituiu um imperativo decisivo na elaboração da regra.

Esse entendimento, inclusive, decorre da noção formulada por Dworkin de Estado de Direito centrado nos direitos, que pressupõe que o conjunto de regras representa as tentativas da comunidade de compilar direitos morais<sup>25</sup>, o que implica, guardadas as devidas proporções, coincidência de conteúdo dessas regras com os princípios existentes na comunidade.

---

<sup>24</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 66.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** Tradução de: BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 16.

### 1.2.2.2. Princípio como critério para a compreensão da regra

Carlos Ari Sundfeld ensina que os princípios “são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”<sup>26</sup>. Com isso, pode-se definir como outro aspecto da relação regra – princípio o fato de a enunciação deste resultar no auxílio do conhecimento do conteúdo daquela<sup>27</sup>.

Nesse sentido, o aplicador do direito que conhece apenas as regras deixa de lado a parte mais importante do direito, isto é, os princípios, em virtude de esses serem o critério que faz do conjunto de regras um todo coerente, lógico e ordenado<sup>28</sup>.

Por tudo o exposto, quanto à função dos princípios como critério para determinar a adequada interpretação das regras, o aludido autor ensina que:

Quanto à função dos princípios na interpretação das regras, pode-se dizer que: a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.<sup>29</sup>

Como se percebe, portanto, a íntima relação existente entre princípio e regra impõe que a compreensão (interpretação) dessa norma jurídica se realize a partir da sua adequada harmonização principiológica. Dessa forma, a regra que ofenda o conteúdo do princípio com quem se relaciona mostra-se vazia em si, por sua essência não encontrar harmonia com a essência do sistema jurídico a que pertence, caracterizada, dentre outros aspectos, pelo princípio ofendido.

## 2. Reserva do possível

Assentadas as bases de direito público que se pretende utilizar, faz-se mister a compreensão dos ditames da reserva do possível, procedendo-se à análise dos aspectos que integram o seu conteúdo, passando-se à proposição da abrangência da reserva do possível no regime jurídico-administrativo.

---

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. *Op. cit.* p. 143.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 143.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 148.

## 2.1. Origem

A expressão “reserva do possível”, obtida a partir da tradução da locução alemã *Vorbehalt des Möglichen*, ganhou proeminência no cenário jurídico da Alemanha com a publicação da decisão proferida, em sede de dois controles concretos de constitucionalidade, pelo seu Tribunal Constitucional Federal, em 18 de julho de 1972<sup>30</sup>.

Naquela oportunidade, a Corte alemã entendeu estar sob exame a constitucionalidade da limitação absoluta imposta pelas normas elaboradas pelas universidades que, sob o fundamento da insuficiente capacidade de ensino, limitavam a admissão de estudantes no curso de medicina, como condição necessária para a sua existência<sup>31</sup>.

Com isso, a partir da noção de que o direito à admissão em cursos universitários na Alemanha se impõe como decorrência de alguns direitos fundamentais, que demandam atuação positiva do Estado, os julgadores argumentaram que os direitos sociais de participação em benefícios concedidos pelo Poder Público encontram-se no âmbito da reserva do possível<sup>32</sup>.

Em resumo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que certas prestações estatais estão sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável. Isso significa dizer, portanto, que há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível<sup>33</sup>.

Ademais, vale ressaltar que, antes de a Corte alemã proferir decisão acerca do tema, Peter Häberle já havia desenvolvido as primeiras noções do que veio a ser a reserva do possível<sup>34</sup>.

Isso porque, segundo o autor, mostrava-se importante saber se os direitos fundamentais deveriam ser satisfeitos na proporção da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o Estado prestacional deveria existir na proporção dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Destarte, para Häberle, a pressão normativa para a concretização de direitos fundamentais subsistiria, não se podendo, entretanto, exigir do Estado prestacional o impossível<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 51-52.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 52-53.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 53-54.

<sup>33</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. *Op. cit.* p. 69-70.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*.

## 2.2. Recepção no direito brasileiro

A noção de reserva do possível, no quadro do sistema constitucional brasileiro, volta-se para um limite à realização dos direitos fundamentais, que abarca algumas dimensões<sup>37</sup>.

Cumprido ressaltar que no direito alemão, berço da reserva do possível, o instituto tem ligação com dispositivo na sua Lei Fundamental que afirma que o orçamento deve espelhar todos os encargos do Estado<sup>38</sup>.

Entretanto, como bem ressalta Fabiana Kelbert, “a Constituição de 1988 não tem norma similar, e, portanto, é duvidoso que se possa compreender a reserva do possível, no caso do direito constitucional brasileiro, nos mesmos termos em que foi desenvolvida na doutrina e jurisprudência alemã”<sup>39</sup>.

Dessa forma, como ponto de partida do entendimento da reserva do possível no direito brasileiro, Eros Roberto Grau ensina que, em qualquer caso, a aplicação dos recursos públicos não pode depender de aspectos exclusivamente individuais, sem que se leve em consideração os interesses coletivos<sup>40</sup>.

Na sociedade moderna, o Estado é dotado de verbas para financiar os direitos fundamentais, por intermédio, sobretudo, da arrecadação tributária. Entretanto, embora haja verba orçamentária destinada a projetos sociais, esta não se mostra suficiente para a concretização daqueles direitos ou acaba por não ser aplicada à finalidade a que se destina<sup>41</sup>.

Ademais, não se pode negar que todos os direitos fundamentais dependem, para sua concretização, de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas. Sendo assim, a escassez de recursos pode constituir limite à sua efetivação<sup>42</sup>.

Tendo em vista essas constatações, ainda que a Constituição brasileira de 1988 não tenha previsão expressa de que o orçamento deve refletir os encargos do Estado, como na Alemanha, a partir de uma interpretação sistemática, lastreada, sobretudo, pelos direitos fundamentais, pode-se alcançar esse dever<sup>43</sup>.

Sendo assim, Fabiana Kelbert afirma que no Brasil:

[...] o reconhecimento dos direitos sociais não se deu em razão da disponibilidade de recursos, de modo que existe uma responsabilidade dos entes estatais no sentido de alocar recursos para a sua efetivação, uma vez que a própria Constituição assim determina. Desse modo, resta claro que não se pode pleitear o impossível, mas a

---

<sup>37</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 76.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*.

reserva do possível é argumento que só poderá ser aceito excepcionalmente, pois não configura uma regra.<sup>44</sup>

Portanto, tem-se que, não obstante a existência da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, as vinculações orçamentárias expressamente previstas na Constituição de 1988 devem ser cumpridas, sob pena de violação da imposição normativa<sup>45</sup>.

Nesse sentido, é imprescindível que se tenha atenção reforçada quando da adoção da reserva do possível no direito brasileiro relacionada à escassez de recursos econômicos, como fundamento para a não efetivação dos direitos fundamentais, a fim de que não se torne argumento inviabilizador da concretização desses direitos<sup>46</sup>.

### 2.3. Natureza principiológica

Nesse momento, cumpre destacar a natureza principiológica do referido instituto no sistema normativo brasileiro, muito embora inexista consenso doutrinário ou jurisprudencial quanto a esse aspecto, sendo a reserva do possível, por diversas vezes, considerada como um princípio e, por outras, como uma cláusula<sup>47</sup>.

Tomando-se por base a noção de reserva do possível como uma cláusula, pode-se dizer que a escassez de recursos, utilizada como justificativa para a omissão do Estado, encontra fundamento na teoria da reserva do possível, que seria uma cláusula condicional que preceitua pela submissão de determinado direito fundamental aos recursos públicos disponíveis<sup>48</sup>.

Dessa forma, a efetividade de direitos fundamentais só seria garantida nos casos em que o Poder Público possuir recursos suficientes, não tendo o Estado ônus de sempre garanti-los, mas apenas quando munido de recursos suficientes para tanto<sup>49</sup>.

Por sua vez, em se considerando tão-somente o aspecto financeiro, um dos elementos centrais da reserva do possível, fica fácil compreender a natureza principiológica do instituto. Isso porque, dentre outros argumentos, os princípios não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>45</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>46</sup> *Idem*, p. 77-78.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>48</sup> FERREIRA, Maria Beatriz Cresp. A reserva do possível e os contratos privados de plano de saúde. *In*: LIMA, Fernando Rister de Sousa; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; PORT, Otávio Henrique Martins [coords.]. **Poder Judiciário, Direito Sociais e a racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011. p. 53-59.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*. Ressalte-se, aqui, a existência de outras dimensões de aplicabilidade da reserva do possível, que não se relacionam exclusivamente com a esfera financeira.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: BOEIRA, Nelson. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 40.

Diferente das cláusulas condicionais, que trazem conseqüências jurídicas imediatas quando da sua observância, o princípio preceitua “razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”<sup>51</sup>.

Ademais, a noção de cláusula condicional implica imediata restrição da atuação do Estado. No entanto, não é possível limitar tal atuação de maneira imediata, frente a uma cláusula de reserva do possível. Isso porque existem outros princípios, regras e direitos em jogo, de forma que essa subsunção imediata nem sempre ocorrerá.

Com isso, a noção mais adequada acerca da natureza da reserva do possível é aquela que a considera como princípio. Ora, o princípio da reserva do possível pode não constituir fator determinante que implique restrição imediata da atuação estatal.

Vale lembrar que é possível a existência de outros princípios que argumentem em direção diversa. Se assim for, o princípio da reserva do possível pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio do ordenamento jurídico brasileiro, visto que, em outros casos, quando as considerações em contrário tiverem menor força, o princípio pode consubstanciar fator determinante da limitação imediata da atuação estatal<sup>52</sup>.

Além disso, não se pode conferir a qualificação de cláusula de condição para a reserva do possível no regime jurídico-administrativo. Primeiro porque essa noção implica na incorreta subsunção lógica: “se não existe condição financeira imediata, então aplica-se a reserva do possível”.

Como já abordado, o aludido princípio caracteriza restrição a ser aplicada em hipóteses excepcionais, frente à natureza prestacional do Estado brasileiro. Ora, consubstancia dever do Poder Público o implemento de direitos fundamentais, sob pena de se negar a sua própria existência.

Portanto, não há que se falar em restrição da atuação do Estado por meio de uma cláusula condicional, mesmo porque uma determinação constitucional, de concretização de direitos fundamentais, não pode estar submetida a nenhuma cláusula condicional.

Ademais, a cláusula não configura elemento principal de uma relação jurídica. Pelo contrário, a sua função, via de regra, é abordar condições de observância que limitam a eficácia do elemento principal da relação jurídica.

---

<sup>51</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 41-42. Ressalte-se que Ronald Dworkin não abrange, nessas considerações, o princípio da reserva do possível, mas todo e qualquer princípio, o que confere ao instituto em questão a sua natureza principiológica que se pretende dar.

Acontece que todos os direitos têm seus custos, que não se resumem ao aspecto econômico-financeiro – sem dúvida o aspecto mais imediato – mas também abarcam os custos indiretos, como os encargos de manutenção das estruturas estatais, p. ex.<sup>53</sup>.

Destarte, qualquer desenvolvimento que se relacione com os direitos, deve ter como elemento principal, dentre outros, a escassez de recursos. Assim, “a realização dos direitos fundamentais só poderá ser efetivada quando o Estado dispuser de verbas, ou seja, quando o orçamento público permitir gastos nesse sentido”<sup>54</sup>.

Dessa forma, não se pode vislumbrar a reserva do possível como uma mera cláusula condicional, mas como elemento principal na concretização dos direitos fundamentais, alçando-a à qualidade de princípio.

## 2.4. Conceito: as suas três dimensões

Tendo em vista as já exauridas e variadas noções de reserva do possível abordadas até o momento, não se procederá à fixação de um conceito para esse princípio. Pelo contrário, é imprescindível que se compreenda as três dimensões que abrangem a sua aplicabilidade.

Cumprir destacar que a expressão “reserva do possível” foi adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras por intermédio da tradução literal da já mencionada locução alemã *Vorbehalt des Möglichen*<sup>55</sup>. Conforme se estudará a seguir, mencione-se que

[...] isso faz com que muitas vezes se ignorem as circunstâncias em que este termo foi cunhado, como por exemplo, quando se equipara a reserva do possível à dimensão econômica dos direitos sociais, o que está correto apenas em parte, já que o sentido verdadeiro abrange outras dimensões.<sup>56</sup>

### 2.4.1. Dimensão fática

A dimensão fática deve ser entendida como a ausência total de recursos para a concretização de direitos prestacionais, o que impede faticamente o cumprimento da demanda social. Ressalte-se que a ausência de recursos não se limita ao campo econômico, mas também aos recursos humanos e a outros recursos materiais, como a falta de médicos e de leitos de UTI em hospitais, por exemplo<sup>57</sup>.

Essas considerações, como não poderia ser diferente, têm íntima relação com os objetivos constitucionais. Em outras palavras, a arrecadação de recursos titularizada pelo

---

<sup>53</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. *Op. cit.* p. 66.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 78-79.

Estado, assim como a sua aplicação, deve atender às finalidades constitucionais que fundamentam o Estado Social e Democrático<sup>58</sup>. Dessa forma, Fabiana Kelbert ensina que:

[...] isso significa [...] que a reserva do possível, na sua dimensão fática, só poderá ser alegada quando o Estado comprovar que efetivamente não dispõe de verbas ou que já as aplicou de maneira satisfatória e em atendimento aos objetivos e finalidades constitucionais. A mera alegação de inexistência de recursos não pode ser aceita, pois viola os ditames constitucionais.<sup>59</sup>

Portanto, a dimensão fática da reserva do possível, intimamente ligada à ausência de recursos, é argumento que só pode ser aceito em caráter excepcional, tanto pelo administrador público quanto pelo Poder Judiciário, sob pena de violação de preceito constitucional. Dessa forma, para a adequada aplicação do princípio da reserva do possível, é indispensável a comprovação da inexistência de recursos pelo Poder Público.

#### **2.4.2. Dimensão jurídica**

A dimensão jurídica da reserva do possível se relaciona à disponibilidade de meios e recursos para a concretização dos direitos fundamentais. Destarte, os recursos existem, mas por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados. Em outras palavras, a mera existência de recursos não autoriza o Estado a efetivar direito fundamental<sup>60</sup>.

Com isso, a impossibilidade jurídica pode estar ligada ao orçamento público já aprovado e que, em geral, não poderia ser modificado ou então à inexistência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos<sup>61</sup>.

Ademais, é imprescindível a observância das escolhas constitucionais. A discricionariedade do administrador público deve ser exercida com a finalidade de promover os direitos fundamentais, tendo em vista a vinculação de todos os poderes estatais a esses direitos<sup>62</sup>.

Sendo assim, considerando-se que dentre os objetivos da Constituição está a promoção dos direitos fundamentais, os poderes constituídos estão obrigados a buscar a satisfação desses objetivos. Assim, surge a obrigação de aplicação dos recursos no atendimento dos fins preceituados constitucionalmente<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>59</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 82-83.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 85-86.

### 2.4.3. Dimensão negativa

A dimensão negativa do princípio da reserva do possível relaciona-se com a ideia de escassez de recursos para a efetivação de todos os direitos prestacionais, partindo-se da noção de que inexistem recursos suficientes para satisfazer todos os direitos fundamentais. Sendo assim, a dimensão negativa da reserva do possível se posicionaria como impedimento à satisfação de uma prestação que tivesse o condão de comprometer a satisfação de outra prestação<sup>64</sup>.

Isso significa que a concessão ou previsão de uma prestação onerosa não pode se realizar tão-somente sob a ótica individual, sem considerar o todo. Portanto, prestações que possam ocasionar prejuízos à coletividade poderão deixar de ser satisfeitas, tendo em vista uma potencial violação de outros direitos<sup>65</sup>.

### 3. Conflito entre normas: a reserva do possível e os direitos fundamentais

Não há como negar que a aplicação do direito, em certas situações, pode ser confundida com um silogismo, por meio do qual se aplica a norma geral e prévia a um caso concreto. Entretanto, o raciocínio jurídico, via de regra, não se mostra tão simples como no silogismo de subsunção, tendo em vista a complexidade da vida real<sup>66</sup>.

Com efeito, por diversas vezes o aplicador do direito se encontrará em situações em que a dupla exigência jurídica<sup>67</sup> – (i) de ordem sistemática, que se relaciona com o conjunto coerente de regras e (ii) de ordem programática, ou seja, de ordem principiológica – resultará em um conflito, cuja resolução é necessária para que o direito possa ser efetivamente aplicado ao caso concreto.

Ademais, nem sempre os seus princípios guardarão sintonia com o conjunto de regras. Não obstante a já demonstrada relação regra – princípio, diversas são as normas jurídicas que integram o sistema normativo, de forma que as orientações de uma podem, total ou parcialmente, ir de encontro às determinações de outra.

Destarte, frente à diversidade das relações sociais, não é possível que se conceba uma posição absoluta da regra em detrimento do princípio. Pelo contrário, não se deve falar em contraposição entre ambos<sup>68</sup>. Da mesma forma, ainda que se admita que os princípios tenham

---

<sup>64</sup> *Idem*, p. 87.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 88-89.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. *Op. cit.* p. 78.

<sup>67</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 23.

hierarquia superior às regras, não há espaço para supremacia absoluta, pois, como já salientado, cada regra traz, em si, princípios que lhe justificam e (ou) decidem a sua criação.

Nesse sentido, considerando-se que o princípio da reserva do possível, frente à sua excepcionalidade, incide, sobretudo, no campo dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer quais as situações em que existe conflito entre essas duas normas jurídicas.

Em sintonia com a constatação da existência dos princípios-justificativos e dos princípios-decisivos da elaboração da regra de direito, Robert Alexy, inclusive, destaca a natureza dual dos direitos fundamentais. Entretanto, segundo o autor, as disposições de direitos fundamentais podem ser consideradas não apenas como positivizações de princípios, mas, também, como resultado de estabilizações contra-fáticas de princípios contrapostos<sup>69</sup>.

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, ressalte-se, é atestada pelo entendimento da própria dimensão negativa da reserva do possível. Isso porque a mencionada possibilidade de limitação de direitos individuais em virtude da coletividade decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais “[...] ou seja, uma vez que configuram normas principais, não são absolutos, podendo sofrer restrições”<sup>70</sup>.

Sendo assim, Alexy constata que uma disposição de direito fundamental preceitua determinações relacionadas a princípios contrapostos, estatuinto, consigo, não apenas considerações no campo dos princípios, mas configurando uma verdadeira regra. Caso essa regra não seja aplicada sem ponderação prévia, ela deve ser considerada incompleta, o que pressupõe uma decisão fundamentada por princípios<sup>71</sup>.

Em outras palavras, se a aplicação dos direitos fundamentais não se desenvolve sem ponderação prévia a respeito de todos os aspectos que permeiam a sua concretização, englobando, portanto, o princípio da reserva do possível e as suas dimensões, a aplicação da regra é incompleta, o que demanda uma decisão fundamentada por princípios.

Isso porque, em alguns casos excepcionais, quando o intérprete realiza prévia ponderação a respeito dos direitos fundamentais e do princípio da reserva do possível depara-se com situações de conflito real entre as duas normas jurídicas, o que demonstra, portanto, a necessidade de solução dessas hipóteses.

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. *Op. cit.* p. 133.

<sup>70</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. *Op. cit.* p. 88.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem.*

### 3.1. Conflito e a força normativa das regras

Antes de qualquer crítica ao desenvolvimento proposto no trabalho, deve-se deixar bem claro que não está sendo formulada uma mitigação à força normativa da regra de direito, com o intuito de esvaziar seu conteúdo.

Fato é que, viajando na história, o cenário político que permitiu a formulação do positivismo tornava possível a crença dos juristas na força das regras racionalmente elaboradas por especialistas<sup>72</sup>.

Ademais, num contexto de relativa homogeneidade moral e estabilidade de mercado, era plausível a percepção do utilitarismo positivista como um fundamento capaz de frear as tradições morais reacionárias. Nesse sentido, conceder a autorização para que “juízes extraíssem princípios morais, a partir da leitura da tradição jurídica, ressoaria conservadorismo e anticientificidade”<sup>73</sup>.

Entretanto, tal posicionamento não pode ser defendido de maneira absoluta. Cumpre ressaltar que o paradigma liberal do Direito significou uma solução que ia ao encontro de todos os anseios daquela época. Hoje, porém, anseios semelhantes demandam uma resposta diferente<sup>74</sup>.

Por sua vez, o paradigma do Estado de Bem-Estar Social resultou, segundo Habermas<sup>75</sup>, em uma “revolução dos direitos”, que deve ser considerada como um desafio para se interpretar de maneira diferente os princípios do Estado de Direito, em harmonia com as novas experiências históricas.

A legitimidade de uma regra não encontra fundamento apenas na sua procedência. Pelo contrário, ela deve ser considerada como um fato histórico, como a consequência de um processo de evolução da sociedade<sup>76</sup>. Mesmo porque se relaciona diretamente, em sua origem, com princípios presentes nessa mesma sociedade.

Além disso, como bem ressaltam os autores Menelick Neto e Guilherme Scotti:

A noção do ordenamento jurídico como sistema de regras, tendo-se em vista a base teórica lingüística pressuposta pelos expoentes maiores do positivismo científico, implica o reconhecimento de seu caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso. **Admitindo-se a estrutura aberta da linguagem, a pretensão de regulação de todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas se mostra inviável,**

---

<sup>72</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 45.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 45-46.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 10.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>76</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 47.

cabendo ao sistema jurídico lidar com essa indeterminação diante de sua tarefa inescapável de decidir.<sup>77</sup> (grifo nosso)

Dessa forma, existem condutas (em outras palavras, acontecimentos no mundo do ser), que, em sendo reguladas pelo ordenamento jurídico, pelo mundo do dever ser, implicam a necessidade de se recorrer a outras fontes do direito, que não as regras.

Isso porque, como bem ressaltam os aludidos autores, inexistente possibilidade de as regras regularem todas as especificidades presentes nas relações da sociedade. Nesses termos, o conflito real existente entre regra e princípio constitui fruto da impossibilidade de aquela norma regular, por si só, todo e qualquer acontecimento fático.

Destarte, frente a tal impossibilidade, o instrumento cuja utilização está sendo proposta, visando à solução do mencionado conflito, é a análise da cadeia principiológica nele presente.

Faz-se mister ressaltar que em um sistema jurídico laureado por princípios até mesmo as regras de direito, que trazem detalhadamente as suas hipóteses de incidência, não são capazes de esgotá-los. Sendo assim, as regras podem ter sua aplicação afastada diante de princípios, tendo em vista a análise das especificações fáticas e das pretensões de direito suscitadas pelas partes na reconstrução de determinado caso concreto<sup>78</sup>.

Por fim, deve ser afastado o entendimento de que o princípio, caso se admita sua superioridade hierárquica frente às regras, sempre prevalece quando da existência do conflito real. Na verdade, a sua superioridade hierárquica não lhe confere caráter absoluto, pois, como já mencionado, quase todas as regras relacionam-se com princípios que as fundamentam.

Dessa forma, em casos de conflito real entre regras e princípios, o que acontece, na verdade, é um conflito real entre princípios, pelo fato de aquela norma jurídica ter, no seu espírito, a composição de princípios justificativos e decisivos de sua elaboração.

#### **4. Harmonização de princípios: reserva do possível como elemento de reinterpretação do caso**

Como ponto de partida para a proposta de uma reinterpretação do caso tendo como elemento a reserva do possível<sup>79</sup>, é imprescindível a compreensão de que quando existe um conflito real entre princípio e regra, o que existe, em verdade, é um conflito entre princípios.

---

<sup>77</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 59.

<sup>79</sup> Ressalte-se que, não obstante apenas o princípio da reserva do possível ser analisado no trabalho em questão, as considerações propostas abrangem a maioria dos conflitos reais entre regras e princípios.

Nesse sentido, é como se a regra não existisse. Em virtude do seu conflito real com determinado princípio ela desaparece, sai de cena, resultando em uma lacuna legal fictícia, que deve ser devidamente preenchida por princípios.

No entanto, em sintonia com os ensinamentos de Ronald Dworkin, não é qualquer princípio que se legitima para fundamentar a releitura do caso concreto. Sendo assim, o consagrado autor explica que:

[...] É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma [...].<sup>80</sup>

Destarte, deve-se resgatar os ensinamentos acerca dos princípios-justificativos e dos princípios-decisivos para a elaboração da regra, porque são eles que irão preencher a lacuna fictícia deixada pela sua saída.

Ora, pelo fato de esses princípios estarem íntima e diretamente ligados a determinadas regras, nada mais lógico o fato de eles constituírem, junto com o princípio que originou o conflito real com a regra, elementos centrais da releitura do caso concreto.

Com isso, ilustrando o ponto de partida, tem-se que, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, inciso L<sup>81</sup>, são garantidas às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Quanto aos princípios que se relacionam direta e intimamente com a aludida regra, podem-se destacar como justificativos de sua existência a dignidade da pessoa humana e a proteção à maternidade. Além disso, como princípio-decisivo na sua elaboração tem-se o princípio da proteção à criança<sup>82</sup>.

Caso uma presidiária, com o intuito de se concretizar o mencionado direito fundamental, movimente a tutela jurisdicional, frente à omissão estatal no adimplemento de tais condições, e argumentando, o Poder Público, pela impossibilidade do seu cumprimento, tendo em vista o princípio da reserva do possível, faz-se mister que se atente para as considerações anteriores.

---

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.* p. 60.

<sup>81</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º [...] L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;” Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso: 21.11.2011.

<sup>82</sup> POLETTI, Ronaldo. **Constituição Anotada**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 58. O professor Ronaldo Poletti, em considerações a respeito do mencionado dispositivo constitucional, afirmar ser “[...] interessante a norma, pois ela, além de visar a proteção da criança, valoriza uma das relações humanas mais relevante, que é a maternidade, sobretudo na alimentação pelo leite materno, na identificação de todas as mães[...]. No fundo, aplica-se a *fávor maternitatis*.” (*Idem*, p. 58).

Dessa forma, nessas situações é imprescindível que, como ponto de partida, o intérprete do direito, entendendo o conflito real entre regra e princípio e a subsequente lacuna fictícia, deve buscar os princípios-justificativos e os princípios-decisivos da elaboração da regra, com o intuito de preencher essa lacuna.

Posteriormente, o aplicador do direito deve, munido de todos os elementos principiológicos atuantes na hipótese, reconstruir o caso concreto, a partir de uma releitura de seus fatos, uma verdadeira reinterpretação, não das regras ou dos princípios, mas do plano fático sob análise.

No exemplo citado, portanto, é imprescindível que se realize uma reinterpretação do caso concreto, ou seja, dos motivos que levaram o Estado ao não adimplemento das condições fixadas na Constituição, tomando-se por base a harmonização dos princípios pertinentes, isto é, da dignidade da pessoa humana, da proteção à maternidade e da proteção à criança de um lado e da reserva do possível de outro.

Sendo assim, nos casos em que existem conflitos reais entre regras (direitos fundamentais) e princípio (da reserva do possível), na verdade o que existe é uma diversidade de princípios aplicáveis à hipótese, frente à lacuna fictícia deixada pela regra e preenchida por eles, que demandam uma reinterpretação da situação fática. Mas como se realiza essa interpretação? A partir de que elementos? É isso que será abordado a seguir.

#### **4.1. Interpretação constitucional: concordância prática**

Entendido o ponto de partida, sabe-se, então, que os princípios entram em conflito e interagem uns com os outros, de forma que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de determinada decisão, mas não a estipula<sup>83</sup>.

Para se decidir os conflitos entre princípios, é necessário o reconhecimento da exigência de avaliar todos os princípios conflitantes e antagônicos, chegando-se a uma decisão a partir deles, nunca escolhendo um como sendo o princípio válido<sup>84</sup>, tendo-se por base a necessidade de harmonização recíproca.

Isso porque, como bem ressaltam Menelick Netto e Guilherme Scotti “[...] princípios contrários são não somente opostos, mas se requerem complementarmente como parte da

---

<sup>83</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>84</sup> *Idem*, *ibidem*.

integridade complexa do Direito no momento de sua aplicação, nunca podem ser considerados isoladamente”<sup>85</sup>.

Assim, além de a regra sair de cena, a resolução do conflito real impõe que se realize uma reconstrução do caso concreto, agora a partir de outra visão dessa regra, isto é, a partir de uma visão principiológica, considerando-se a totalidade da ordem jurídica.

De fato, todo sistema normativo fundado em princípios depende de uma reinterpretação, de uma releitura do caso concreto, e, dessa forma, depende do que Sunstein denominou de “normas de fundo”. A regra jurídica, indiscutivelmente, é o pressuposto a ser considerado. Entretanto, ela apenas se torna inteligível em virtude (i) do contexto e (ii) das “normas de fundo” que lhe dão conteúdo<sup>86</sup>.

Em geral, o contexto não traz especificidades tamanhas e, por outro lado, as regras são tão incontroversas que o texto, por si só, parece ser uma fonte suficiente de interpretação<sup>87</sup>, não sendo necessário que se recorra ao sistema jurídico como um todo. Entretanto, em outros casos a regra produzirá ambigüidades. Essas são as hipóteses em que os tribunais teriam que recorrer às “normas de fundo”<sup>88</sup>.

Nesse sentido, as ambigüidades produzidas pelo conflito real entre regra de direito e princípio fazem com que o intérprete tenha que lançar mão das “normas de fundo”, entendidas pela utilização da releitura do caso concreto ora proposta.

Ademais, tomando-se emprestado os princípios de interpretação da Constituição, mesmo porque a reserva do possível pode implicar restrições aos direitos fundamentais, a reinterpretação do caso concreto deve ser realizada tendo como base o princípio da concordância prática (ou da harmonização).

O consagrado jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”<sup>89</sup>.

Esse princípio de interpretação se relaciona com a ideia do semelhante valor dos bens constitucionais, que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, estabelecendo limites e condições de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. *Op. cit.* p. 64.

<sup>86</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. *Op. cit.* p. 11-12.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>89</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 228.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*.

Sendo assim, esse é o sentido que se está vislumbrado para a reinterpretação do caso concreto, nas hipóteses de conflito real entre direitos fundamentais (regra) e reserva do possível (princípio).

Considerando-se que uma das razões da existência do Estado se assenta na necessidade de concretizar determinados direitos fundamentais, cuja efetivação, por sua vez, está submetida a certas condições, de natureza fática, jurídica e negativa, a releitura do caso deve resultar em conclusão que harmonize os princípios em jogo.

Dessa forma, é necessário que se proceda a uma concordância prática dos ditames principiológicos, sob pena de violar (i) a Constituição, frente à autorização da omissão injustificada do Poder Público, ou (ii) a sociedade, frente à impossibilidade de essa arcar com os custos de todo e qualquer direito individual.

#### **4.2. A dinâmica da interpretação: as dimensões da reserva do possível**

Especificamente quanto à reserva do possível, viu-se que o seu conteúdo abarca, pelo menos, três dimensões, que possuem importância fundamental para a proposta do trabalho. Sendo assim, sabendo da existência dessas dimensões, na reinterpretação do caso concreto o aplicador do direito, para fins de harmonização dos princípios pertinentes, deve perpassar por três estágios, necessários para que se chegue a uma solução adequada.

De início, o intérprete, inserido na dimensão fática da reserva do possível, deve, ao reconstruir o caso concreto, buscar elementos que configurem a ausência total de recursos para a concretização dos princípios que justificaram e decidiram a elaboração do direito fundamental em jogo.

Ressalte-se que, nesse primeiro estágio, os recursos a serem analisados não são apenas de ordem econômica. A ausência de recursos, aqui, pode ser de ordem humana ou de qualquer outro recurso material indispensável à atuação prestacional do Poder Público.

Caso a falta de recursos, diante do princípio da reserva do possível, seja cabal e concreta, impedindo totalmente a prestação do Estado, deve-se concluir pela impossibilidade estatal de atuar positivamente, devendo o aplicador do direito buscar outros elementos, que não aqueles que demandem uma atuação estatal, para a solução do caso concreto.

Ora, se há inexistência total e completa de recursos para a atuação do Estado no sentido de concretizar os direitos, a sua efetivação se torna vazia e impossível, tendo em vista a já mencionada constatação de que todos os direitos têm os seus custos. Caso não haja recursos para supri-los, deve-se concluir pela impossibilidade de satisfazê-los, frente ao princípio da reserva do possível.

Entretanto, caso a ausência de recursos suscitada pelo Estado se mostre apenas aparente, tendo em vista a reinterpretação do caso concreto, o aplicador do direito deve proceder ao segundo estágio de sua releitura.

Destarte, é preciso que se configure uma análise acerca da disponibilidade dos meios e recursos para a concretização do direito fundamental. Se os recursos existem – caso contrário não se estaria discutindo essa dimensão – vale investigar a razão da sua indisponibilidade e da sua não utilização.

Com isso, se a indisponibilidade jurídica se mostrar absoluta, com razões cabais e concretas que justifiquem a omissão estatal, impedindo-o de atuar no sentido de efetivar o direito fundamental em jogo, deve-se concluir pela impossibilidade de o Estado satisfazê-los, sob o fundamento, logicamente, do princípio da reserva do possível.

Por sua vez, caso aquelas razões se mostrem injustificadas e desprovidas de embasamento jurídico, tornando a omissão estatal, sob a ótica daquelas dimensões, descabida, o intérprete deve proceder à análise do último estágio de sua reinterpretação.

Dessa forma, deve ele encontrar, nos elementos fáticos reunidos – repita-se – a partir da reinterpretação do caso concreto, argumentos que sustentem o impedimento à satisfação do direito fundamental, no sentido de comprometer a realização de outra prestação. Em outras palavras, o aplicador do direito deve buscar, na hipótese, situações que justifiquem o argumento de que a concretização do direito fundamental é capaz de comprometer a efetivação de outra prestação do Poder Público.

Isso porque, como já mencionado, a imposição de uma prestação onerosa não pode se realizar tendo em vista apenas as consequências individuais, sem considerar a comunidade como um todo. Nesse sentido, prestações que possam ocasionar prejuízos à coletividade não devem ser satisfeitas, tendo em vista uma potencial violação de outros direitos. Conclui-se, portanto, quando da constatação desse fato, pela impossibilidade de o Estado concretizar o direito fundamental, frente ao princípio da reserva do possível.

Pelo contrário, se a prestação do direito fundamental não resultar em prejuízos para a coletividade não há que se falar em princípio da reserva do possível. Tendo em vista não implicar a observância de quaisquer de suas dimensões, o aplicador do direito, perpassando por todos os estágios mencionados, deve concluir pela necessidade de o Estado concretizar o direito fundamental.

### 4.3. Papel do juiz na harmonização de princípios: uma questão de divisão de poderes

*Prima facie*, vale mencionar que o entendimento do papel do Poder Judiciário na aplicação da reinterpretação do caso concreto perpassa, sobretudo, pela reconstrução da sistemática clássica da divisão de poderes.

Na teoria liberal, a rígida vinculação legal das questões judiciais, de acordo com o esquema clássico da separação dos poderes do Estado, era pressuposta para disciplinar o arbítrio da autoridade pública no Estado de Direito<sup>91</sup>.

Esse modelo, inclusive, é orientado pela premissa de que a Constituição do Estado Democrático de Direito deveria, basicamente, desviar os perigos que podem ser originados da relação cidadão-Estado, isto é, das relações entre o monopólio do poder estatal e as pessoas privadas desarmadas. Como bem ressalta Jürgen Habermas, uma acepção positivista do Direito como “um sistema recorrentemente fechado de regras adapta-se bem a esse modelo”<sup>92</sup>.

Entretanto, conforme desenvolvimento anterior, o Direito não deve ser concebido como um sistema fechado de regras, mas como um campo em que incidem diversas variantes – dentre elas os princípios – que, em muitas vezes, divergem com as próprias regras. Sendo assim, deve-se ter como base a ordem jurídica materializada do Estado de Bem-Estar Social, que, segundo o mencionado filósofo<sup>93</sup>, abarca a aplicação do Direito em vista de uma justificação a partir de princípios.

É nesse sentido que se deve buscar a decisão correta, como postura a ser assumida pelo juiz em face das questões aparentemente não reguladas pelas regras, tendo em vista seu caráter controverso, de densificação dos sentidos abstratos dos princípios<sup>94</sup>.

Destarte, a crença de que as regras, por si só, são capazes de regular as situações sempre individuais e infinitamente complexas da vida, sem a mediação do aplicador, já se mostra implausível. Essa crença, inclusive, gera a falsa ideia de imparcialidade do juiz, que demandaria a sua cegueira às particularidades dos casos de aplicação, dando vida ao mito iluminista, totalmente irracional, como se sabe hoje<sup>95</sup>.

No momento em que o paradigma dominante se voltava à ideia de que a elaboração de regras gerais e abstratas eliminaria o problema do Direito, tendo em vista a sua aplicação mecânica e silogística pelo juiz,

---

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. *Op. cit.* p. 6.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>93</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>94</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. *Op. cit.* p. 61.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 64.

[...] Desconhecia-se, precisamente, que o advento de normas gerais e abstratas, válidas para toda a sociedade, incrementam a complexidade social em geral, e do direito em especial sempre abrindo a possibilidade, pelo simples fato de terem sido positivadas, de que pretensões abusivas de aplicação em situações concretas que, na verdade, nunca se deixaram reger por elas, venham a ser levantadas [...].<sup>96</sup>

Ademais, cumpre ressaltar que não se está, aqui, a defender a mitigação completa do sistema de separação de poderes presente no texto constitucional brasileiro. Pelo contrário, o que se propõe é o entendimento de sua flexibilidade, frente à materialização do Direito presente no Estado de Bem-Estar Social.

Tal materialização tem como consequência uma “remoralização”, isto é, enquanto argumentação jurídica se torna compreensiva a argumentos de princípio moral e de políticas públicas, que suavizam a vinculação linear do Judiciário em moldes estabelecidos pelo legislador<sup>97</sup>.

Sendo assim, as normas de princípios fundamentais trabalhadas por Habermas<sup>98</sup>, ou seja, os princípios, posicionam-se no sentido da necessidade de uma leitura contextual do caso concreto, considerando-se o sistema jurídico como um todo, isto é, considerando o campo principiológico que incide sobre a questão.

Ademais, é indiscutível que essa visão implica aumento de poder do Judiciário, a partir da ampliação das finalidades da margem de decisão judicial, ameaçando, em certa medida, o equilíbrio previsto pela clássica estrutura normativa do Estado de Direito<sup>99</sup>.

Isso porque, como bem ressalta Jürgen Habermas,

[...] a orientação por normas de princípios fundamentais [...] significa que a prestação jurisdicional deve voltar sua atenção, originalmente voltada para a história institucional da ordem jurídica, essencialmente para os problemas do presente e do futuro.<sup>100</sup>

A pretensão à legitimidade da ordem jurídica leva a decisões as quais não podem se limitar a concordar com o tratamento de casos parecidos no passado e com o sistema jurídico em vigor, visto que devem ser fundamentadas racionalmente, com o intuito de serem aceitas como decisões racionais pelos sujeitos de direitos<sup>101</sup>.

Com isso, “[...] os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos”<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. *Op. cit.* p. 7.

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>99</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 246.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*.

Além disso, faz-se mister rechaçar a idéia de que o juiz passará, a partir da reinterpretção do caso concreto para fins de solução do conflito real entre regra e princípio (no caso, da reserva do possível), a utilizar argumentação jurídica única e exclusivamente pautada em valores.

Não obstante o paralelo traçado entre regra, sobretudo os direitos fundamentais, e princípios, tem-se que os princípios das normas (isto é, das regras) capazes de justificar outros atos normativos têm um sentido deontológico, enquanto que os valores guardam consigo um significado teleológico<sup>103</sup>.

Como bem ressalta Jürgen Habermas:

[...]Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. [...] Normas surgem como uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; [...] Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros [...].<sup>104</sup>

Sendo assim, resta clara a constatação de que normas e valores diferem entre si. À luz daquelas é possível que se decida qual é o caminho a ser feito. À luz de valores, decide-se qual é o caminho mais adequado<sup>105</sup>.

Nesse sentido, uma releitura do caso concreto, que solucione o conflito real entre regra e princípio, tem como consequência a definição do caminho a ser feito, por que elaborada à luz de regras e, em última análise, à luz de princípios (deontológicos).

Em conclusão, especificamente quanto ao princípio da reserva do possível, ao analisar a atuação jurisdicional no campo dos direitos fundamentais, o argumento da falta de recursos e da reserva do economicamente possível não deve ser considerado uma presunção absoluta ou um argumento avesso ao controle jurisdicional<sup>106</sup>.

O impacto no orçamento das atuações judiciais voltadas a assegurar a efetividade normativa dos direitos fundamentais é elemento inevitável quando se analisam as condições caracterizadoras de uma democracia constitucional<sup>107</sup>.

Dessa forma, Fabiana Kelbert ensina que:

[...] a indisponibilidade de recursos encontra um limite no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, mesmo o Judiciário estará legitimado a determinar uma despesa que vise à garantia do mínimo em conteúdo do direito pleiteado, sem que isso configure uma invasão na esfera de outro poder estatal. [...] a consideração acerca do caráter não absoluto dos orçamentos públicos não significa que o

---

<sup>103</sup> *Idem*, p. 316.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 317

<sup>106</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. *Op. cit.* p. 81.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 86.

Judiciário não deva levar em conta as conseqüências orçamentárias, políticas e sociais de sua atuação.<sup>108</sup>

#### **4.4. A reinterpretação e os direitos fundamentais: a relativização desses em face de princípio (da reserva do possível)**

Por fim, cumpre destacar a impossibilidade de se adotar concepção absoluta acerca dos direitos fundamentais, impedindo a realização da reinterpretação do caso concreto, sobretudo no que diz respeito à aplicação do princípio da reserva do possível.

A ideia que se tem hoje acerca dos direitos fundamentais é consequência de um processo histórico rico e complexo, de uma história comum, mas sempre plural. Plural porque matizada regionalmente, de acordo com as especificidades das tradições herdadas em cada país<sup>109</sup>.

Processo histórico plural, em outros termos, porque, dentre vários fatores, desenvolvido a partir de uma pluralidade de princípios, existentes de acordo com as especificidades de cada país.

Muito embora a sua indiscutível força, cumpre ressaltar a fragilidade da fundamentação que se pode oferecer à noção de direitos fundamentais, direitos institucionalizados em uma sociedade complexa<sup>110</sup>.

Dessa forma, não obstante os direitos fundamentais constituírem noções permanentes na sociedade moderna, tem-se que o significado de permanência é, apenas, o que é capaz de ter o seu sentido renovado com a constante transformação da própria sociedade<sup>111</sup>.

Nesse sentido, os autores Menelick Netto e Guilherme Scotti afirmam que:

[...] No contexto de uma racionalidade que se sabe precária, os fundamentos revelam-se frágeis *constructos* sociais, requerendo que os compreendamos como conquistas históricas discursivas que, embora estruturalmente inafastáveis do processo de reprodução diuturna da sociedade moderna, **por si sós, não são definitivas, ao contrário, encontram-se, elas próprias, em permanente mutação** [...].<sup>112</sup> (grifo nosso)

Destarte, não se pode levar a cabo acepção absoluta de qualquer direito na sociedade moderna, até mesmo aqueles tidos como fundamentais. Ainda mais no que diz respeito ao seu conflito real com outros princípios, que, como visto, encontram-se presentes no processo histórico que irá resultar na sua criação.

---

<sup>108</sup> *Idem*, p. 87.

<sup>109</sup> CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 41.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 41-42.

Dessa forma, é mais adequada a constatação da Corte Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, no sentido de que os direitos fundamentais são princípios de uma ordem jurídica total (*Prinzipien einer Gesamtrechtsordnung*). Princípios, ressalte-se, elementares, pois seu conteúdo normativo estrutura o sistema de regras como um todo<sup>113</sup>.

Deixando de lado esse caráter jurídico objetivo elementar dos direitos fundamentais determinado nas decisões da aludida Corte, o que importa é que fique bem clara a indiscutível relação dos direitos fundamentais com princípios, de tal forma que o significado daqueles direitos, por diversas vezes, confunde-se com o significado desses.

Em não havendo a possibilidade de perpetuação do conflito real entre princípios e regras (direitos fundamentais), pois um implica necessariamente o significado do outro, está armada a necessidade de harmonizá-los, a partir de uma noção de análise da regra sob outra perspectiva, protagonizada pelos princípios que lhe deram causa. Tudo conduzido pelo processo de reinterpretação da situação fática regulada.

## **Conclusão**

O regime jurídico-administrativo é caracterizado pela presença de duas normas jurídicas: as regras e os princípios. Ressalte-se que o princípio se relaciona com a regra a partir de dois aspectos: (i) constituindo um de seus elementos fundamentais, justificando (princípios-justificativos) ou decidindo (princípios-decisivos) sua criação; e (ii) constituindo um verdadeiro critério para a compreensão da regra, conferindo racionalidade ao sistema.

Ademais, especificamente quanto à reserva do possível, com origem na Alemanha, ela foi recepcionada no direito brasileiro como, em geral, um limite à realização dos direitos fundamentais, que abrange três dimensões.

A dimensão fática deve ser entendida como a ausência total de recursos – financeiros, materiais, humanos, etc. – para a concretização de direitos fundamentais. Já a dimensão jurídica se relaciona com a disponibilidade ou não de meios e recursos para a concretização dos aludidos direitos. Por sua vez, a dimensão negativa do princípio da reserva do possível relaciona-se com a ideia de escassez de recursos para a efetivação de todos os direitos prestacionais, resguardando a satisfação dos direitos realizáveis.

---

<sup>113</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. *Op. cit.* p. 7. Habermas, inclusive, traz uma breve noção da transformação da conceituação dos direitos fundamentais, refletida nas decisões da Corte Constitucional alemã: “direitos negativos que garantem liberdades e conservam a Administração intervencionista no interior dos limites da lei tornam-se princípios retores de uma ordem jurídica que, de uma maneira conceitualmente obscura, elevam o conteúdo dos direitos subjetivos de liberdade, das liberdades individuais, para o conteúdo jurídico-objetivo de perpassantes normas fundamentais conformadoras de estrutura”.

Ademais, ciente da possibilidade de existência de conflito real entre regra e princípio, quando o intérprete realiza prévia ponderação a respeito dos direitos fundamentais e do princípio da reserva do possível depara-se com situações de conflito real entre as duas normas jurídicas, o que demonstra, portanto, a necessidade de solução dessas hipóteses.

Nesse momento, cumpre ressaltar que quando existe um conflito real entre princípio e regra, o que existe, em verdade, é um conflito entre princípios, a ser analisado a partir da releitura do caso concreto. Destarte, é como se a regra não existisse. Em virtude do seu conflito real com determinado princípio ela desaparece, sai de cena, resultando em uma lacuna legal fictícia, que deve ser devidamente preenchida pelos seus princípios-justificativos e princípios-decisivos.

O aplicador do direito deve, munido de todos os elementos principiológicos atuantes na hipótese, reconstruir o caso concreto, a partir de uma releitura de seus fatos, uma verdadeira reinterpretação, não das regras ou dos princípios, mas do plano fático sob análise.

Isso significa que é imprescindível, para a resolução do aludido conflito real, uma reinterpretação do caso concreto, a partir da harmonização e da concordância prática dos princípios que o integram, perpassando, essa releitura, pelas três dimensões da reserva do possível, que funcionam como um verdadeiro filtro à sua incorreta aplicação.

Frise-se que a aplicação da reserva do possível demanda um indiscutível aumento de poder do juiz. Isso porque a pretensão à legitimidade da ordem jurídica leva a decisões as quais devem ser fundamentadas racionalmente, com o intuito de serem aceitas como decisões racionais pelos sujeitos de direitos.

Vale ressaltar que a indisponibilidade de recursos encontra uma restrição no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, mesmo o Judiciário estará legitimado a determinar uma despesa que vise à garantia do direito pleiteado, sem que isso configure uma invasão na esfera de outro poder estatal.

Por fim, em não havendo a possibilidade de perpetuação do conflito real entre reserva do possível (princípios) e direitos fundamentais (regras), está armada a necessidade de harmonizá-los, a partir de uma noção de análise da regra sob outra perspectiva, protagonizada pelos princípios que lhe deram causa. Tudo conduzido pelo processo de reinterpretação da situação fática regulada.

## **Referências**

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso: 21 de novembro de 2011.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de: BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sérios**. Tradução de: BOEIRA, Nelson. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

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

LIMA, Fernando Rister de Sousa; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; PORT, Otávio Henrique Martins [coords.]. **Poder Judiciário, Direitos Sociais e a racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição Anotada**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.