

**RESERVA DO POSSÍVEL, NATUREZA JURÍDICA E MÍNIMO ESSENCIAL:
PARADIGMAS PARA UMA DEFINIÇÃO* ****

**RESERVE OF POSSIBILITY, JURIDICAL NATURE AND ESSENTIAL
MINIMUM: PARADIGMS TO A DEFINITION**

**Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Mário Lúcio Garcez Calil**

RESUMO

O presente estudo trata do instituto da reserva do possível em relação aos seus aspectos mais basilares. Poucos cientistas dedicaram trabalhos especificamente ao histórico, à natureza jurídica ou a um conceito do instituto, conduzindo seus estudos a expedientes mais complexos, envolvendo outros conceitos. Neste trabalho, pretende-se conferir justamente esta visão do tema, ou seja, de aspectos básicos da teoria, na busca por contribuir com os estudos mais amplos. Para tanto, procurou-se tratar das principais vertentes acerca da natureza jurídica do instituto, das suas relações com o chamado mínimo essencial e, além disso, conferir uma definição contextual ao instituto em voga. A reserva do possível é um tema relativamente novo, merecendo contribuições constantes para seu aprimoramento, considerada sua importância no direito público atual.

PALAVRAS-CHAVES: RESERVA DO POSSÍVEL; NATUREZA JURÍDICA; MÍNIMO ESSENCIAL.

ABSTRACT

This study deals with the institute of the reserve of possibility in relation to its most basic aspects. Few scientists dedicated their work specifically to history, the legal nature or a concept of the institute, conducting the studies to more complex arrangements, involving other concepts. In this work, it is intended to provide precisely this vision of the subject, namely the basic aspects of the theory, in the search for contributing to the broader studies. With this aim, it was searched for to handle the main aspects about the juridical nature of the institute, its relations with the so-called essential minimum and, furthermore, giving a contextual definition to the institute. The reserve of possibility is a relatively new issue, that deserves contributions for its constant improvement, considering its relevance to the current public law.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade de Ensino Superior Toletto Ltda. (UNITOLEDO - Araçatuba)

KEYWORDS: RESERVE OF POSSIBILITY; JURIDICAL NATURE; ESSENTIAL MINIMUM.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência constitucional alemã, vem causando, há alguns anos, titânicos embates doutrinários. A aceitação da reserva do possível pelo direito pátrio tem reflexos evidentes no cenário jurídico, havendo se transmutado em uma barreira quase intransponível aos direitos fundamentais a prestações estatais.

Contudo, as celeumas fazem referência a tópicos muito específicos do tema, não se preocupando com suas dimensões basilares que, no final, podem revelar soluções aos impasses já existentes, além de propor novos tópicos ao debate.

No intuito de estudar o referido objeto sob um prisma diferenciado, o presente trabalho buscará, com base na literatura jurídica autorizada, formular um conceito para o instituto da reserva do possível. Neste escopo, serão enfrentados os seguintes temas: *a)* a natureza jurídica da reserva do possível, com embasamento nas principais teorias adotadas pela dogmática jurídica; *b)* as relações da reserva do possível com o chamado mínimo essencial e sua aplicação prática; *c)* as principais correntes científicas que conceituam o instituto, na tentativa de encontrar sua definição contextual.

Deve-se ressaltar que, apesar de serem temas recorrentes, não serão abordados (ao menos por via direta) os aspectos do controle judicial de políticas públicas, da sindicabilidade dos direitos sociais, ou da possibilidade de controle orçamentário no que tange aos direitos fundamentais a prestações, especificando-se o estudo na tentativa de uma conceituação teórica.

Desta feita, por intermédio deste trabalho, a título de contribuição para o desenvolvimento do tema, proceder-se-á a uma tentativa de definição do instituto. Conhecer a natureza jurídica da reserva do possível, assim como delimitar-lhe um conceito é imperioso para o entendimento desta teoria ainda em desenvolvimento, posto que recente, em termos histórico-jurídicos.

2. HISTÓRICO DO TEMA E SUA INTERPRETAÇÃO PELO DIREITO NACIONAL

Tanto a questão inicial quanto a nomenclatura que se confere ao instituto surgiram de uma decisão do tribunal constitucional federal alemão, em um caso emblemático, apelidado de *numerus clausus*. Na referida decisão, pleiteava-se acesso irrestrito ao

ensino superior em relação a determinados cursos de elevada procura, com base em dispositivo da Lei Fundamental germânica.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra (OLSEN, 2008, p. 215). Os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social (KRELL, 2002, p. 52).

O conceito vem se desenvolvendo desde a década de 1970, afirmando que a efetividade dos direitos a prestações estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, passando a traduzir a idéia da dependência da real disponibilidade financeira, localizada no campo de atuação discricionária das decisões dos poderes (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 29).

Ao fenômeno a doutrina brasileira não conferiu atenção até a década de 1990. Contudo, a teoria não era desconhecida, tendo sido antes relacionada com os limites aos direitos sociais prestacionais (BARCELLOS, 2008, p. 263).

É notório que a doutrina nacional é pródiga em importar conceitos do direito comparado que já caíram em desuso, que já demonstraram sua ineficácia, ou mesmo conceitos eficientes, porém, dispensando qualquer procedimento de filtragem ou adaptação ao ordenamento pátrio. Conforme KRELL,

[...] os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade (2002, p. 54).

Um exemplo dessa situação ocorre no que tange à reserva do possível. Por ocasião da importação do referido conceito, graves distorções foram praticadas. A decisão alemã refere-se à impossibilidade de atendimento geral sob o sacrifício de outros serviços públicos. No Brasil, conforme o entendimento doutrinário, a reserva do possível alargou seu âmbito de influência, arrastando outros conceitos diversos, na tentativa de blindar o erário público da interferência do Poder Judiciário em relação à efetivação de direitos prestacionais. A preocupação inicial, referente à proporcionalidade e à razoabilidade “deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, e para os custos dos direitos” (OLSEN, 2008, p. 221).

Quanto ao tema, KRELL tece críticas à sobrecitada adoção desvencilhada das devidas adaptações sendo que, na opinião do mestre germânico, tais “importações” consistiriam em “soluções estrangeiras nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país que, há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira” (2002, p. 56).

Os publicistas brasileiros, inclusive, costumam confundir o instituto com a chamada reserva de lei (necessidade de regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais e a necessidade de dotação orçamentária consignada legalmente) e a assim qualificada reserva de consistência (que versa sobre o desconhecimento dos membros do poder judiciário sobre os ditames administrativos não jurídicos). Sobre essa distinção, assim se manifesta FREIRE JÚNIOR:

Ora, entendendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, qual o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto (2005, p. 121).

A decisão alemã tratou do tema de forma diferenciada, sendo que a exigência de prestações onerosas do Estado é vista sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito, sendo que, para “violar” a chamada reserva do possível, a satisfação do pleito teria de “gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social” (OLSEN, 2008, p. 223).

Segundo BARCELLOS (2008, p. 261), em decorrência da falta de aprofundamento acerca do tema, a reserva do possível muitas vezes funcionou, como ainda funciona, como um “mote mágico”, impedindo qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. Neste sentido, assim dita a referida autora:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão “reserva do possível” e popularizado, em boa parte, pelo empenho da Administração Pública em divulgá-lo e argüi-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico” (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Já se denota, neste ponto, o impacto que a teoria da reserva do possível tem em relação à doutrina nacional. Assim, tem-se que é conveniente avaliá-la em relação à sua natureza jurídica.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA NATUREZA JURÍDICA

Tema pouco tratado pela dogmática jurídica pátria é a natureza jurídica do instituto da reserva do possível.

Cumpra esclarecer que essa conceituação não cumpre um papel meramente dogmático, tendo implicações práticas de extrema relevância para a teoria e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

3.1. RESERVA DO POSSÍVEL COMO PRINCÍPIO

Princípios, nos dizeres de DWORKIN, são “padrões que devem ser observados por exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2007, p. 36). Em um sentido ainda mais amplo, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, configurando mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Hodiernamente, os princípios não têm apenas função interpretativa ou integrativa, de colmatação de lacunas nos sistemas jurídicos; têm, além dessas duas dimensões, o condão de estabelecer objetivos do ordenamento jurídico, sem especificarem com precisão os meios para perquiri-los, objetivando-se “alcançar um determinado ‘estado de coisas’, cabendo aos aplicadores a identificação dos meios mais adequados para alcançá-lo” (GALDINO, 2005, p. 27). A esta função dá-se o nome de “função normativa (autônoma) dos princípios, que se caracteriza por estabelecer que uma coisa deve ser de uma forma determinada (em fórmula simples: um dever ser), criando situações jurídicas subjetivas” (GALDINO, 2005, p. 30).

Tendo em vista o fato de que os critérios determinantes da reserva do possível são, de fato, dotados de grande abstração, parcela da doutrina vem conferindo ao instituto o status de norma, especificamente, de princípio.

Contudo, não parece este caso.

Caso seja considerada como princípio a permear o ordenamento jurídico pátrio, no caso de conflito com outros princípios, especificamente as normas que consagram direitos fundamentais, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a entrar diretamente na operação de sopesamento. Assim, o referido instituto teria um fim em si mesmo, não mais sendo considerado um dos fatores a se levar em conta em um conflito normativo.

A impossibilidade de definição da reserva do possível como princípio foi tratada por OLSEN, da seguinte maneira: a norma restritiva poderá configurar um princípio de restrição na eventualidade de colisão entre direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de caráter constitucional, “da qual resultaria uma restrição a direitos fundamentais” (2008, p. 140).

Sob esta concepção, a reserva do possível deixa de ser um elemento a ser considerado na ponderação entre princípios para se tornar, ela mesma um princípio. Contudo, o sentido a ela conferido por ocasião de seu surgimento, ou seja, de exigibilidade limitada àquilo que o indivíduo, racionalmente, pode esperar da sociedade (KRELL, 2002, p. 52).

Além disso, a concepção esbarra na configuração normativa dada aos direitos fundamentais: o status de princípio. Conforme GALDINO, os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, inclusive no que tange à supracitada função normativa, eventualmente criando situações jurídicas subjetivas para os respectivos destinatários (2005, p. 26).

Considerados os direitos fundamentais como princípios, revelando-se a necessidade de ponderação para identificar posições jurídicas definitivas e solucionar eventuais conflitos entre âmbitos normativos em rota de colisão, parece possível admitir a existência de restrições em um sentido mais amplo, desvinculado da noção de norma jurídica (OLSEN, 2008, p. 140).

Em sentido paralelo, deve-se colocar em pauta a posição de divisão entre os princípios materiais (promovem a criação de situações jurídicas subjetivas) e operacionais (de sobre-direito). Estes últimos funcionam como operadores que viabilizam a operação de outras normas (GALDINO, 2005, p. 39).

Tratar o tema da reserva do possível sob este prisma é o esforço hermenêutico máximo que se admite na conceituação da reserva do possível como princípio jurídico. Mesmo assim, o esforço é inútil.

O instituto de que se trata, sob a ótica do tribunal constitucional alemão, pondera a oferta insuficiente de vagas não com a reserva orçamentária em si, mas, principalmente, com o princípio da igualdade. Nos dizeres de GALDINO, mesmo a igualdade carece de conteúdo, que deve ser balizado à luz do caso concreto, tratando-se de um princípio “vazio”, que objetiva a operacionalidade de outras normas (2005, p. 43-44).

Sob este viés, a reserva do possível é incompatível com o conceito de princípio, ao menos no sentido normativo que se confere a um direito fundamental. As próprias origens do instituto sugerem um caráter de especificidade muito maior. Além disso, o instituto não confere direito subjetivo algum; ao contrário, configura obstáculo à efetivação de direitos.

3.2. RESERVA DO POSSÍVEL COMO “CLÁUSULA ABERTA”

Outra parte da doutrina e da jurisprudência tem classificado a reserva do possível como uma “cláusula”, não se percebendo de pronto qual a entonação conferida ao vocábulo. Deduz-se que o pensamento de que se trata refere-se às chamadas “cláusulas abertas” ou “cláusulas gerais” que, na definição de ENGISCH, são formulações de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem “tratamento jurídico a todo um domínio de casos” (1979, p. 189).

Exemplo próximo encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ora citado por, SILVA:

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” (2007, p. 189).

Cláusulas gerais ou abertas não podem ser confundidas com princípios, regras ou conceitos jurídicos indeterminados; ao contrário, tem a função de tornar palpáveis e mensuráveis os princípios. De acordo com MARTINS-COSTA, a errônea equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre “da extrema polissemia que ataca o termo ‘princípios’; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação” (2000, p. 316).

De acordo com NERY, as cláusulas gerais têm função “instrumentalizadora”, tornando mais concreto o conteúdo abstrato e genérico dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados, sendo “mais concretas e efetivas do que esses dois institutos” (2002, p. 5 a 7).

Para JORGE JÚNIOR, a presença dessas cláusulas gerais se verifica na ausência de instrumento legal a tipificá-la. De acordo com o autor:

Dizemos que haverá de se identificar a presença das cláusulas gerais diante da ausência de uma formulação típica para esta categoria normativa. Se algumas cláusulas gerais revelam-se patentes, outras deverão ser ‘descobertas’ no ordenamento, pois nem sempre é o arcabouço da proposição normativa que por si só as caracterizam (2004, p. 82).

Para OLSEN, essas expressões (cláusula ou postulado) podem parecer mais adequadas à definição do instituto, tendo em vista que condicionam a aplicação de normas. Um postulado não estaria, ele próprio, sujeito à ponderação (2008, p. 200). Para JORGE JÚNIOR, as cláusulas gerais são hierarquicamente inferiores aos princípios constitucionais, sendo por eles controladas (2004, p. 110).

Nesses termos, em relação à reserva do possível, a denominação de que se trata parece ser melhor do que ter o instituto como princípio jurídico, tendo em vista os requisitos para sua configuração ditados, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira do Estado).

Mesmo assim ainda não se chegou à natureza jurídica ideal, do ponto de vista deste trabalho, onde se busca um enquadramento abstrato para o tema. A cláusula aberta confere ao julgador (administrador ou juiz) um âmbito decisório de preenchimento, sendo um elemento de ponderação constante e obrigatório. A reserva do possível, como

se demonstrará abaixo, não tem essas características, tornando necessário outro delineamento.

3.3. RESERVA DO POSSÍVEL COMO TRAÇO CARACTERÍSTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

ALEXY define os direitos sociais como direitos a prestações em sentido estrito, que são direitos em face do Estado, “a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. (2008, p. 499).

Em decorrência de sua natureza de prestação, de conferir ao indivíduo direitos contra o Estado que prevêm uma ação (sempre onerosa), doutrinadores de escol afirmam que os direitos fundamentais prestacionais estão “sob” a reserva do possível, sendo que o instituto faz parte do conceito de prestação estatal, condicionando-a. A reserva do possível, por tal raciocínio, diria respeito à “apreciação da escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito” (OLSEN, 2008, p. 188).

TORRES vai além, defendendo a posição de que a reserva do possível é inerente aos direitos prestacionais, colocando, ainda, como elemento característico, a reserva de lei, afirmando que a “pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos” (TORRES, 2008, p. 81).

Essa conceituação, além de duvidosa, oferece riscos reais à exigibilidade dos referidos direitos, pois, “se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normatizado, o espaço discricionário seria incomensurável, gerando grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos” (OLSEN, 2008, p. 191).

Na doutrina americana, Stephen Holmes e Cass Sustein trazem um raciocínio que iguala todos os direitos, afirmando que todos eles têm custos, independentemente de serem prestacionais ou de defesa, sendo que os bens são escassos, não permitindo que os direitos sejam realizados de forma uniforme (OLSEN, 2008, p. 187). Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flavio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral (2008, p. 27).

Conforme o entendimento de Stephen Holmes e Cass Sustein é evidente que todos os direitos fundamentais necessitam de verbas. Porém, tendo em vista que os direitos sociais (direitos a prestações em sentido estrito) são, nas palavras de KRELL (2002, p. 19), “direitos *através* do Estado”, demandam gastos com sua proteção judicial e administrativa e, além disso, com sua efetivação material, sendo que seu impacto econômico é de certa maneira mais perceptível.

A conceituação da reserva do possível enquanto traço característico dos direitos fundamentais a prestações estatais encontra críticas na doutrina de OLSEN, que afirma que os direitos não estão “sob” uma reserva do possível, porém, que, dependendo do caso concreto “sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, de modo que a obrigação estatal somente será judicialmente reconhecida, depois de ponderados os interesses em conflito” (OLSEN, p. 223).

Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

Não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito de que se convencionou delimitar limites imanescentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade, considerada toda a sua complexidade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da indisponibilidade de outro direito fundamental (2008, p. 30).

Creemos, de fato, não ser este o melhor enquadramento da reserva do possível no que tange à sua natureza jurídica, tendo em vista que o direito existe independentemente de qualquer tipo de reserva, que poderá vir a incidir no caso concreto, não abstratamente. Basta o raciocínio de que, caso o Estado disponha, de fato, de recursos financeiros suficientes, o direito não estará restrito.

Assim, eliminada a hipótese supramencionada, segue-se para a próxima possibilidade.

3.4. RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de passar à tentativa de enquadramento da reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais, é imperioso lucubrar sobre se é possível restringir tais direitos.

Dada sua dimensão de importância (como princípios que são), a mera possibilidade de sua diminuição deve ser objeto de estudo. Quanto à referida possibilidade, OLSEN (2008, p. 117) delimita, basicamente, duas teorias: *a*) uma teoria interna; e *b*) uma teoria externa.

Para a primeira, extraída da doutrina de Friedrich Klein, seriam inadmissíveis as restrições aos direitos fundamentais, apenas permitindo-se delimitar seu conteúdo, desde sua concepção. Sob tal enfoque, não haveria uma restrição em sentido restrito, mas, sim, um “limite imanente do direito fundamental” (OLSEN, 2008, p. 118-119). O enquadramento da reserva do possível enquanto limite aos direitos fundamentais prestacionais será tratado adiante.

No que tange à segunda teoria (externa), faz-se distinção entre os fundamentais e suas restrições (separadamente), configurando-se uma “relação de restrição”, surgida de uma “necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também direitos individuais e os bens coletivos” (ALEXY *apud* OLSEN, 2008, p. 123). Essa relação de restrição é que determinaria a existência concreta do direito fundamental, verificada a inserção dele no conteúdo restritivo e a legitimação da referida restrição no caso concreto (OLSEN, p. 124). Nesse diapasão, para ALEXY,

[...] se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização - que ocorre geralmente por meio de sopesamentos -, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade são, portanto, compatíveis (2008, p. 446).

A utilização da referida teoria viabiliza efetivamente a identificação do âmbito de incidência da norma de direito fundamental, sendo que, em relação a esse âmbito de garantia, qualquer intervenção não mais será restrição, mas, sim, violação da referida norma (OLSEN, 2008, p. 125).

Para Jorge Reis Novais (*apud* OLSEN, 2008, p. 139), as restrições podem ser classificadas em: *a*) restrição em sentido restrito; e *b*) restrição em sentido amplo. Em sentido restrito seriam apenas as restrições gerais e abstratas que intervenham na norma, reduzindo seu campo de atuação. No que tange às restrições em sentido amplo, ocorreria uma “intervenção restritiva”, proveniente de outras atuações normativas, podendo os atos de restrição ser abstratos ou concretos (OLSEN, 2008, p. 141).

Parece-nos assistir certa razão aos doutrinadores citados acima, tendo em vista que separam o direito de sua restrição, não os colocando como elementos da mesma norma. Contudo, outros fatores devem ser agregados à discussão.

3.5. RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a sobrecitada teoria interna da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, não são admitidas restrições em sentido amplo, ou seja, obstáculos externos ao princípio que consagra um direito fundamental específico.

CALIENDO entende a reserva do possível como uma limitação aos direitos prestacionais, contudo, não uma limitação jurídica, mas, sim, uma limitação fática. Para ele:

A “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (“*numerus-clausus Entscheidung*”). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito (2008, p. 200).

Esta teorização traz consigo o perigo de dano ao direito fundamental, no que tange à sua efetivação. Conforme OLSEN:

[...] os poderes constituídos, sob o pretexto de configurar ou concretizar os direitos fundamentais “revelando seus limites imanentes” podem, na realidade, modificar o conteúdo destes direitos, reduzindo o alcance das posições jurídicas que eles outorgariam aos seus titulares (2008, p. 123).

Conferir razão a esta vertente não parece o mais correto, pois, assim como a teoria que coloca a reserva do possível como característica dos direitos fundamentais a prestações, esta teoria não separa o direito fundamental dos obstáculos à sua efetivação, não o considerado isoladamente.

O direito existe independentemente de sua limitação. É evidente que a norma que o consagra pode, desde seu nascedouro, restringi-lo. Contudo, a restrição não faz parte de seu conteúdo, tendo em vista até mesmo sua natureza normativa de princípio, como se explica abaixo.

3.6. RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Da doutrina de CANOTILHO extrai-se que, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais (prestacionais em sentido estrito, no entendimento de ALEXY), não há restrição, mas, sim, concretização insuficiente, derivada de omissão do poder público. O autor lusitano apóia-se, para esta configuração, no princípio da proibição de retrocesso social, assim propondo:

A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana. O reconhecimento desta protecção de <<direitos prestacionais de propriedade>>, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas” (2000, p. 332-333).

Tomando-se o raciocínio inverso, conclui-se que, caso o direito não tenha ainda sido efetivado infraconstitucionalmente, não pode ser exigido; ao contrário, tendo sido concretizado, não se pode voltar atrás.

Ainda não parece ser a melhor conceituação para o instituto em voga. A teoria ora tratada confirma o entendimento de que as normas consagradoras de direitos fundamentais a prestações não tem uma aplicabilidade imediata, independente de regulamentação infraconstitucional. É certo que o autor português põe a salvo o chamado mínimo essencial (CANOTILHO, 2000, p. 333), mas ao custo da judiciabilidade de certas normas constitucionais.

Temos que a vedação ao retrocesso refere-se não somente aos direitos consagrados ordinariamente, mas, sim, a todos os direitos fundamentais presentes em um ordenamento jurídico. Para CANOTILHO, a lei é condicionante da concretização do direito fundamental, sendo que, além disso, ressalva as crises econômicas, praticamente aniquilando a força normativa dos princípios que consagram direitos fundamentais a prestações.

Assim, teria o Estado uma dupla proteção contra a exigibilidade dos direitos prestacionais: a primeira referente à necessidade indeclinável de normatização infraconstitucional; e a segunda, que põe o Poder Público a salvo de exigências em tempos de crise.

Ora, o instituto da reserva do possível foi intuído justamente para conferir uma limitação fática que exorbitava os entendimentos consagrados até aquele momento. Um concurso de limitações tão intransponíveis terminaria por defenestrar os mandamentos

magnum para além das possibilidades reais, colocando, além de uma barreira fática, um obstáculo jurídico à sua realização.

3.7. RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A questão da possibilidade de interpretação econômica do direito, relativamente antiga, ainda causa espécie entre os operadores jurídicos. Justificando a necessidade de diálogo entre direito e economia TIMM ressalta o fato de que a economia é uma ciência descritiva do comportamento humano em relação ao mercado, que adquiriu respeitável padrão científico e que se preocupa com o manejo de recursos escassos no atendimento de necessidades ilimitadas (2008, p. 57). Para LOPES, “a economia tem um caráter prático e uma aplicabilidade de seus raciocínios em certas questões que já ofereceram, há muito tempo, regras que os juristas aplicam” (2006, p. 267).

Interpretar é conferir sentido a algo. Nesses termos, o sentido pode ser dado de diversos ângulos. Interpretar o direito economicamente, em um conceito simples, é observar os institutos jurídicos sob o prisma econômico, sendo certo que as duas ciências têm seus pontos de contato. De acordo com LOPES:

O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante.

Já o direito, como disciplina acadêmica, pode explicar e interpretar ações “do ponto de vista jurídico”. Creio, pois, que o direito também desenvolveu seu tipo ideal e nisto teve sucesso. O ponto de vista jurídico é essencialmente o de *cumprir uma regra*. (...) o tipo-ideal do raciocínio jurídico não é conseguir um bem, a menos que bem seja definido de forma amplíssima (2006, p. 269-270).

No que tange ao objeto em estudo, a economia é algo que deve ser levado em consideração, seja em decorrência da estreita relação do instituto com a escassez de recursos, seja em relação à questão orçamentária. Os bens jurídicos em conflito guardam estrita relação com a economia sendo que, nesse embate normativo, tendo em conta o impacto (negativo ou positivo) que sua utilização distorcida poderia causar em relação à população, especialmente nesse caso, a ponderação de bens deve restar comprometida não somente com a disputa argumentativa, mas com resultados sociais concretos (TIMM, 2008, p. 66).

Além disso, apesar de seu caráter científico autônomo, o direito não pode deixar de apreciar conteúdos de outras ciências que, assim como as ciências jurídicas, guardam relação direta com o meio social. Desta forma,

[...] o raciocínio jurídico e a boa dogmática jurídica não são surdos aos saberes alheios e se dão conta de que vários objetos constituídos por outras disciplinas são a matéria-prima sobre a qual decidem. Embora decidindo segundo regras, o jurista sabe que o objeto de sua decisão, o caso sobre o qual ele quer aplicar as regras, não são as regras mesmas, mas as relações entre pessoas e estas são explicadas e constituídas por muitos saberes que não apenas o direito (LOPES, 2006, p. 301).

Os argumentos, de fato, parecem justificar um relacionamento muito próximo entre direito e economia. Porém, no que tange à efetivação de direitos sociais, essa relação pode trazer conseqüências negativas aos objetivos jurídicos, conduzindo ao que se chama de análise de custo-benefício (“*cost-benefit analysis*”), que “procura maximizar os resultados sociais decorrentes da utilização de recursos sociais finitos”, afastando a proteção dos direitos fundamentais sociais “com base na utilidade geral do orçamento público (*utilitarismo*)” (CALIENDO, 2008, p. 203).

Na doutrina americana, DWORKIN alerta sobre os riscos da apreciação econômica da eficiência da lei. Conforme o referido autor:

Podemos argumentar (como fizeram alguns autores) que a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral. [...] Não podemos decidir esse tipo de questão por meio de uma análise que apenas associe meios a fins (2007, p. 11).

A reserva do possível não deve ser observada somente sob o prisma econômico, não apenas em decorrência da diferenças entre os objetos das duas ciências, mas, também, pelo fato de que mesmo as leis orçamentárias têm um grau jurídico-normativo.

De fato, elementos que devem ser considerados no embate entre os direitos a prestações e a escassez de recursos são os ditames econômicos nacionais. Contudo, o direito visa conformar a realidade, objetivo que as ciências econômicas não têm. Assim, a discussão deve prosseguir, porém, somando-se o viés econômico da questão.

3.6. RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE REAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema central das discussões acerca da reserva do possível, indubitavelmente, refere-se à escassez de recursos públicos contraposta às ilimitadas necessidades sociais. Assim, é imperioso discutir o tema da escassez de recursos. Conforme AMARAL e MELO:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta [...] A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, do ponto da satisfação (2008, p. 96).

Na opinião de OLSEN, a questão relativa à disponibilidade de recursos financeiros revela uma escassez artificial, tendo em vista que deriva de decisões políticas alocativas desses recursos (2008, p. 191). No mesmo sentido anota LOPES:

A reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez. Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabe ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos (2008, p. 173).

Para BIGOLIN (2008, n.p.), a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, não importando de quem seja a responsabilidade relativa à aplicação dos recursos públicos.

Apesar de terem conteúdos diversos, as barreiras fáticas e as leis orçamentárias guardam estreita relação, sendo que é justamente quanto aos limites reais, econômicos do orçamento que o estudo da reserva do possível se faz necessário.

Assim, tem-se que o instituto jurídico versa justamente sobre a influência que as prestações sociais têm sobre a receita do Estado, sendo que esta dimensão econômica e financeira não pode ser retirada da discussão. Desta forma, para os fins deste trabalho, adota-se a posição de OLSEN sobre a natureza jurídica da reserva do possível como “condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes” (2008, p. 212).

4. NOTAS SOBRE A DICOTOMIA “RESERVA DO POSSÍVEL VS. MÍNIMO ESSENCIAL”

Feitos os comentários acerca da natureza jurídica da reserva do possível, cumpre falar sobre uma discussão atualmente acirrada na doutrina pátria, que contrapõe a reserva do possível ao chamado “mínimo essencial”, também chamado de “mínimo existencial”, “mínimo necessário a uma existência condigna”, entre outras nomenclaturas. Tem-se que “[...] o mínimo existencial está em constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverá prevalecer (JORGE NETO, 2008, p. 151).

Os estudiosos pátrios, inspirados pela Lei Fundamental alemã, têm se preocupado em defender a primazia de um conjunto de direitos necessários a uma existência digna e ao exercício de liberdades básicas. Trata-se, na verdade, de conferir reconhecimento a uma parcela das prestações positivas consideradas indispensáveis para a vida com mínima dignidade e para o exercício dos direitos de liberdade “como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia), a educação básica *et coeterea*.” (GALDINO, 2005, p. 195).

A discussão surge a partir da necessidade de preservação dos direitos fundamentais frente às intervenções dos poderes estatais (OLSEN, 2008, p. 149). A proteção ao núcleo essencial foi prevista na Lei Fundamental alemã, em seu art. 19, §2º, que assim dita: “Art. 19 [...] (2) em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial”; (MAURER, 2007, p. 308).

CANOTILHO (2008, p. 262), a doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista o regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (Art. 187.º da Constituição Portuguesa) e, em alguma medida, os direitos análogos, mas, só na parte metodologicamente sustentada pela analogia. O problema que ora se coloca é o de saber se ela não deve ser alegada aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tendo em conta a discussão, deve-se, antes de conceituar o que seria um “mínimo essencial”, realçar sua importância para o estudo do tema da reserva do possível. De acordo com GALDINO:

Por evidente, há o reconhecimento, explícito ou mesmo implícito, de que também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter (GALDINO, 2005, p. 196).

Contudo, faz-se imperioso determinar qual é o instituto precedente, pois não se chegou ainda a aclarar qual deles dá sustentação à existência do outro. A reserva do possível limita os direitos fundamentais prestacionais a um mínimo necessário a uma existência condigna, ou a incidência da reserva financeira é de aplicação geral, apenas encontrando restrição no que tange a um núcleo dignitário mínimo? A questão não encontra tratamento específico na dogmática brasileira.

A esse mínimo existencial reconhece-se eficácia positiva proveniente de seus efeitos perante todo o sistema jurídico-constitucional (BARCELLOS, 2008, p. 258). TORRES afirma que, enquanto o mínimo existencial prescinde de lei ordinária, os direitos sociais a ela estão condicionados, tendo em vista seu caráter programático e a certeza de que sua proteção gera despesa pública que deve contar com dotação orçamentária prévia (2008, p. 80). Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

No caso Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919 (2008, p. 24).

A enumeração dos direitos pertencentes ao núcleo mínimo, apesar de importante, não será abordada no presente ensaio. Tendo em vista o espaço diminuto, faz-se necessário enfocar o tema central, postando apenas os delineamentos necessários à sua inteligibilidade.

Para SILVA, os direitos sociais apenas são fundamentais enquanto componentes do mínimo existencial, considerado o instituto em um duplo aspecto: *a*) proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos; e *b*) proteção positiva representada por prestações materiais aos menos favorecidos (2007, p. 184). Assim, tem-se que algumas prestações positivas são necessárias mesmo a um núcleo dignitário ou libertário mínimo.

Sobre a configuração de um núcleo essencial há, basicamente, duas teorias: *a*) uma teoria relativa, que se refere ao núcleo essencial como o resultado de uma ponderação pela proporcionalidade, justificando-se eventual intervenção no em virtude da dimensão de peso dos princípios envolvidos no embate; e *b*) uma teoria absoluta, que defende um núcleo essencial intangível, determinável em abstrato (OLSEN, 2008, p. 150 a 153).

A dúvida se encontra justamente nesses pontos do raciocínio. Sabe-se que o “núcleo essencial” necessita de prestações estatais e que esse conjunto de direitos tem sua eficácia positiva reconhecida de maneira quase pacífica na doutrina.

O que ainda não se determinou é: *a*) se a reserva do possível é obstáculo fático geral aos direitos prestacionais, ressalvado o núcleo essencial composto também por esses direitos; ou *b*) se é a reserva do possível que delinea o mínimo essencial, restringindo todos os direitos que a ele não pertencem.

O enquadramento em um ou em outro conceito têm conseqüências. Caso se entenda que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, está-se perante uma teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos.

Ao contrário, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial é dado pela reserva do possível, esse conjunto de direitos derivará de uma ponderação, sendo que pode ser restringido no caso concreto. Sob este prisma, o mínimo essencial apenas existiria em decorrência da existência da reserva do possível, o que não ocorre em verdade. Adotada esta tese, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a fazer parte do embate, considerando-a, sim, como característica dos direitos prestacionais.

Como exposto acima, para os fins deste trabalho, não se aceita última conceituação. Assim, por agora, temos que a reserva do possível é uma restrição fática que configura um obstáculo às prestações estatais, com ressalvas ao mínimo essencial.

5. UM CONCEITO PARA A RESERVA DO POSSÍVEL

Feitas as considerações acima, estudada a natureza jurídica da reserva do possível e sua dicotomia em relação ao mínimo essencial, impende conceituá-la com base nos delineamentos supra-expostos.

BARCELLOS conceitua, contextualmente, a reserva do possível, da seguinte maneira:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Em que pese o brilhantismo da doutrinadora fluminense, ousamos discordar parcialmente do conceito por ela apresentado, tendo em vista a análise supra-realizada. Sendo assim, prosseguirão as discussões para, ao final, tentar-se uma definição também contextual para o instituto.

Para SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 30), a reserva do possível apresenta dimensão tríplice, abrangendo: *a*) disponibilidade fática de recursos; *b*) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e *c*) a proporcionalidade na prestação.

A tripartição da lavra do professor gaúcho, como se vê, escapa da noção inicial conferida ao instituto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, agregando a necessidade da “disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos”, ou seja, da disposição orçamentária específica.

Referida doutrina, que soma elementos estranhos à concepção inicial do instituto, costuma classificar a reserva do possível em: *a)* reserva do possível fática, referente à falta de recursos; e *b)* reserva do possível jurídica, referente à ausência de disposição orçamentária (CALIENDO, 2008, p. 201). Quanto a essa divisão, assim se manifesta BARCELLOS:

A reserva do possível fática aproxima-se da exaustão orçamentária, sendo possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância, tendo em vista as formas de arrecadação e a natureza dos ingressos públicos. Quanto à reserva do possível jurídica, não há propriamente um estado de exaustão; há, sim, ausência de autorização para determinado gasto (2008, p. 262-263).

Deve-se perceber que a doutrina nacional, ao agregar outros elementos ao conceito, alarga seu âmbito jurídico, escapando da idéia inicial de ponderação referente a critérios fáticos, contribuindo para a desconsideração da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais. Ademais, chega-se a conferir à faceta econômica do instituto uma feição absoluta, negando a existência da força conformativa dos princípios que consagram os direitos a prestações estatais. Conforme AMARAL:

[...] a posição da “máxima eficácia” não dá elementos suficientes para a solução do conflito. Seus seguidores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, como se a estatuição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, per se, transformar a realidade social naquela desejada e a isso estivessem “os outros” a se opor por má vontade (2001, p. 115).

Outra vertente chega a retirar a faceta econômica do instituto, negando sua natureza limitativa fática:

[...] o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria” (KRELL, 2002, p. 54).

A uma corrente diversa pertence FREIRE JÚNIOR, que afirma a necessidade de alocação prioritária de gastos antes de serem postadas dotações referentes a outras áreas (2005, p. 74). Em sentido paralelo, SCAFF ensina que a argüição da reserva do possível somente pode se dar mediante comprovação da utilização de recursos públicos proporcional aos problemas sociais (SCAFF, 2005, p. 226).

Para os fins propostos para este trabalho, absorve-se o posicionamento de OLSEN, que assim afirma:

A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está a seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã. Mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais (2005, p. 224).

A adoção do supracitado posicionamento é justificável. Como já exposto, a reserva do possível foi intuída por ocasião da decisão de um emblemático caso judicial alemão, por ocasião do qual foi decidido que os direitos prestacionais somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, além de impossibilitar exigências superiores a um limite básico social.

A absorção dos conceitos referentes ao instituto pela doutrina e pela jurisprudência nacionais deu-se de forma distorcida, tornando-se uma poderosa arma do Estado contra os titulares dos direitos sociais. Assim, na verdade, tendo em vista sua natureza jurídica, propõe-se uma adaptação do conceito à realidade nacional, sendo que se deve prever a possibilidade de controle orçamentário, não no que tange à lei, mas em relação ao dever do legislador no cumprimento da Lei Maior, sendo que a dimensão econômica supracitada é algo a se considerar no momento de definição do instituto.

Nestes termos, para os fins deste ensaio, conceitua-se que a reserva do possível da seguinte forma: restrição fática aos direitos fundamentais que demandem diminuição do erário, considerando-se a finitude dos recursos públicos, tendo-se em conta o dever estatal de correta alocação orçamentária voltada à efetivação das prestações estatais e a possibilidade de seu controle pelas vias eleitas constitucionalmente, ressalvadas a intangibilidade e a juridicidade absolutas do mínimo essencial à dignidade e às liberdades fundamentais.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo propôs-se a delimitar a natureza jurídica da reserva do possível em relação aos seus aspectos histórico, econômico e jurídico, além de sua relação com a

teoria do mínimo essencial. Para tanto, foram identificadas e elencadas as principais vertentes acerca do tema e tecidos os pertinentes comentários sobre cada uma. Ao final, construiu-se uma definição contextual do instituto, levando-se em conta a pesquisa efetuada.

De fato, a reserva do possível é, em termos histórico-jurídicos, um instituto novo, que ainda não encontrou tratamento exaustivo por parte da doutrina mais autorizada. Desse modo, faz-se imperioso o estudo do tema, tendo em vista suas conseqüências gigantescas para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos a prestações estatais.

Percebe-se que quase todos os estudiosos que escrevem sobre o assunto tratam de suas conseqüências práticas, relacionando-as à sindicabilidade judicial dos direitos sociais. Referida atitude é justificável, tendo em vista que a reserva do possível transmutou-se de instituto jurídico a muralha intransponível a proteger o poder público de ter que cumprir com os deveres aos quais está constitucionalmente submetido. Contudo, impende visualizar o tema sob outros prismas, quais sejam sua interpretação histórica, sistemática e econômica e a busca por sua natureza jurídica. Assim sendo, tem-se que instituto em tela é de extrema relevância no cenário jurídico atual, merecendo estudos aprofundados.

De fato, importar conceitos estrangeiros tornou-se característica do sistema jurídico nacional. Muitas vezes, tais conceitos restam ultrapassados e sem aplicabilidade prática. Este, contudo, não é o caso do tema em escopo. Apesar de seu trespasse ao âmbito jurídico pátrio ter ocorrido sem uma filtragem mais apurada, um país dotado de um sistema financeiro frágil parece ser o cenário ideal para a aplicação da teoria, porém, não com o fito de salvaguardar o Poder Público do cumprimento de seus deveres, mas, sim, na proteção da equânime distribuição das verbas estatais.

Finalmente, deve a reserva do possível, assim como os conceitos a ela inerentes, passar por um processo de adaptação ao direito pátrio para que se torne instrumento de preservação do erário em prol do cidadão, não em seu desfavor.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (coleção Temas Fundamentais de Direito. V 1).

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY, Nelson. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo

Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público.** Ano 7. nº 32. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto de 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais:** leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.